

Adrian Sgarbi  
Alessandro Hirata  
Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa  
Danilo Borges dos Santos Gomes de Araujo  
Flavia Portela Püschel  
Guilherme Leite Gonçalves  
José Rodrigo Rodriguez  
Juliano Souza de Albuquerque Maranhão  
Luciano de Camargo Penteado  
Marco Aurélio Greco  
Marta Rodriguez de Assis Machado  
Noel Struchiner  
Orlando Villas Bôas Filho  
Samuel Rodrigues Barbosa  
Sheila Stolz  
Tercio Sampaio Ferraz Jr.

SAC | 0800-0557688  
Jur | saraivajur@editorasaraiva.com.br  
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

 SaraivaJur  
www.saraivajur.com.br

O seu portal  
jurídico  
na Internet



José Rodrigo Rodriguez  
Carlos Eduardo Batalha  
da Silva e Costa  
Samuel Rodrigues Barbosa


NAS FRONTEIRAS DO FORMALISMO

 Editora  
Saraiva

série  
DIREITO EM DEBATE  
Direito Desenvolvimento Justiça

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ  
CARLOS EDUARDO BATALHA DA SILVA E COSTA  
SAMUEL RODRIGUES BARBOSA  
ORGANIZADORES

# NAS FRONTEIRAS DO FORMALISMO

 FUNDAÇÃO  
GETULIO VARGAS



DIREITO GV  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

 Editora  
Saraiva

---

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ  
CARLOS EDUARDO BATALHA DA SILVA E COSTA  
SAMUEL RODRIGUES BARBOSA  
ORGANIZADORES

# NAS FRONTEIRAS DO FORMALISMO

A FUNÇÃO SOCIAL DA DOGMÁTICA

JURÍDICA HOJE

---

série  
DIREITOEMDEBATE  
Direito Desenvolvimento Justiça

 **Editora  
Saraiva**

 FUNDAÇÃO  
GETÚLIO VARGAS  
  
DIREITOGV



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP  
 CEP 05413-909  
 PABX: (11) 3613 3000  
 SACIUR: 0800 055 7688  
 De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30  
 saraivajur@editorasaraiva.com.br  
 Acesse: www.saraivajur.com.br

#### FILIAIS

##### AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro  
 Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

##### BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 — Brotas  
 Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895  
 Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

##### BAURÍ (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro  
 Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Baurí

##### CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga  
 Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384  
 Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

##### DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor da Indústria e Abastecimento  
 Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951  
 Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

##### GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto  
 Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806  
 Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

##### MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro  
 Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

##### MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 — Lagoinha  
 Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

##### PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos  
 Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038  
 Fax: (91) 3241-0499 — Belém

##### PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Lauindo, 2895 — Prado Velho  
 Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

##### PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor da Bispa, 185 — Boa Vista  
 Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

##### RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro  
 Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

##### RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel  
 Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565  
 Rio de Janeiro

##### RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 — Fátima  
 Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567  
 Porto Alegre

##### SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 — Barra Funda  
 Fone: (11) 3616-3666 — São Paulo

ISBN 978-85-02-08431-5

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
 (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Nos fronteiras do formalismo / organizadores

José Rodrigo Rodriguez, Carlos Eduardo Batalha da Silva  
 e Costa, Samuel Rodrigues Barbosa. — São Paulo : Saraiva,  
 2010. — (Série direito em debate. Direito, desenvolvimento  
 e justiça)

Vários autores.

1. Direito — Filosofia 2. Dogmática jurídica 3. Forma  
 (Filosofia) I. Costa, Carlos Eduardo Batalha da Silva e II.  
 Rodrigo Rodriguez, José. III. Barbosa, Samuel Rodrigues.  
 IV. Série.

09-05243

CDU-340.12

Índice para catálogo sistemático:

1. Formalismo e dogmática jurídica 340.12

*Diretor editorial* Antonio Luiz de Toledo Pinto

*Diretor de produção editorial* Luiz Roberto Curia

*Editora* Manuella Santos de Castro

*Assistente editorial* Daniela Leite Silva

*Produção editorial* Ligia Alves

*Clarissa Baraschi Maria*

*Preparação de originais* Maria Lúcia de Oliveira Godoy

*Maria de Lourdes Appas*

*Arte e diagramação* Cristina Aparecida Agudo de Freitas

*Edson Calabone*

*Mônica Landi*

*Revisão de provas* Rita de Cássia Queiroz Gorgatti

*Know-how Editorial*

*Serviços editoriais* Carla Cristina Marques

*Elaine Cristina da Silva*

*Capa* Studio BSS

**Data de fechamento da edição: 1º-3-2010**

Dúvidas?

Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio  
 ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.  
 A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e  
 punido pelo artigo 184 do Código Penal.

## Apresentação

Como caracterizar a dogmática jurídica e qual sua função no mundo de hoje? Ensaiar uma resposta não é tarefa fácil. De um lado, dogmática é assimilada a livros jurídicos para fins didáticos ou profissionalizantes. De outro, dogmática não se confunde com o tipo de saber que caracteriza as ciências humanas. Além disso, mesmo no campo jurídico, críticas ao formalismo, nacionais e estrangeiras, têm tratado a dogmática como uma forma de racionalidade superada ao conceber o direito como mero instrumento para efetivar valores e interesses.

Grande parte do pensamento sobre as relações entre direito e desenvolvimento tem deixado a racionalidade interna dos direitos nacionais fora de seu campo de estudos. Ao pensar abstratamente receitas de reforma institucional, termina por desconsiderar a dogmática dos direitos locais como fenômeno relevante, criando um ponto de vista completamente avesso à complexidade das realidades locais, classificadas pejorativamente como “formalistas”.

No âmbito interno, o Brasil viveu uma era de críticas “antidogmáticas” que é preciso avaliar criticamente. A dogmática é um problema teórico de ampla repercussão prática, pois o que está em jogo é a concepção de Estado de Direito que se deseja edificar. A configuração dogmática da proteção dos direitos humanos, da regulação da atividade econômica, da regulação da questão social, ou seja, grande parte da disciplina da ação de Estado e sociedade, ganha concretude e operacionalidade apenas quando se estrutura dogmaticamente. Sem clareza sobre os problemas relacionados a esta dimensão da regulação social é impossível projetar ações de qualquer natureza que impliquem no aperfeiçoamento das instituições e promovam o desenvolvimento do país.

Rejeitar visões unilaterais e preconceituosas da dogmática para aceitar o desafio de decifrar esse saber peculiar a partir do Brasil dá os contornos

da dificuldade da tarefa que se confunde, em grande parte, com a atribuição de sentido e de efetividade para o Estado de Direito. No cenário brasileiro, Tercio Sampaio Ferraz Jr., no livro *A função social da dogmática jurídica*, de 1978, avança uma resposta pioneira à época e desafiadora ainda hoje.

Os artigos foram apresentados no seminário "Formalismo, Dogmática Jurídica e Estado de Direito", ocorrido em agosto de 2008 na DIREITO GV. O evento foi promovido para debater o livro de Tercio Sampaio Ferraz Jr., que esteve presente e comentou as intervenções. Os autores compartilham a convicção de que a melhor homenagem é debater com abertura, num tom avesso à tendência laudatória da tradição bacharelésca. A leitura dos trabalhos mostrará a medida da discordância entre os autores e as diferentes avaliações e apropriações da obra discutida.

O primeiro bloco, *Dogmática, teoria e historicidade*, discute o pensamento dogmático em sua relação com a história em três registros diferentes.

Samuel Rodrigues Barbosa se preocupa em mostrar a importância da obra do Tercio Sampaio inspirado no conceito de formação de Antonio Candido. Orlando Villas Bôas Filho discute a ligação necessária entre as concepções dogmáticas e a historicidade do direito em termos mais gerais a partir dos escritos de Reinhart Koselleck. Finalmente, Alessandro Hirata reflete sobre a utilidade do conceito de dogmática jurídica para a compreensão da pesquisa histórica em direito antigo pelos juristas contemporâneos.

O segundo bloco, *Racionalidade jurídica e dogma*, debate as feições atuais da dogmática jurídica.

Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Noel Struchiner, partindo de tradições intelectuais diversas (o primeiro dos debates de lógica jurídica e o segundo da tradição analítica anglo-saxã), procuram idealizar a racionalidade jurídica como um modo de pensar que leva as regras jurídicas a sério. Os dois textos dialogam de perto em sua busca de um modelo de racionalidade jurídica centrado nas regras.

Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa situa o pensamento do professor Tercio no contexto jurídico brasileiro e mundial e mostra como sua visão de dogmática jurídica depende de sua concepção de filosofia do direito que, na formulação do autor, fornece elementos para criticar a perversão dos valores promovida pela dogmática jurídica, abrindo espaço para se pensar em alternativas a ela.

José Rodrigo Rodriguez e Guilherme Leite Gonçalves refletem sobre os limites de modelos centrados em regras, apontando para outras

possibilidades para a configuração da dogmática. Guilherme analisa em detalhes uma das fontes do pensamento de Tercio Sampaio, o livro sobre dogmática jurídica de Niklas Luhmann, para criticar sua concepção de dogmática jurídica e pensar, a partir de outros escritos do mesmo autor, em alternativas ao modelo centrado em dogmas. José Rodrigo busca evidenciar a ligação entre os modelos centrados em regras e uma concepção mais tradicional de separação de poderes, além de apontar as consequências institucionais das mudanças na teoria da racionalidade judicial, pensada para além da subsunção. Além disso, mostra que a persistência deste modo de pensar se deve ao desejo de manter as posições de poder implicadas na configuração institucional à qual ele corresponde.

O bloco final do livro *Variações sobre o fazer/saber dogmático* traz artigos sobre problemas dogmáticos em concreto, sobre alguns conceitos fundamentais e sobre a dogmática de alguns campos do Direito. Os quatro primeiros textos tratam de problemas relacionados ao direito tributário, direito penal, direito civil e direito comercial e os três últimos discutem alguns conceitos importantes para o pensamento jurídico.

Marco Aurélio Greco reflete sobre a relação entre o formalismo no direito tributário e a resistência à ditadura brasileira, mostrando como a impossibilidade de debater questões substantivas em razão da ditadura militar fez com que a resistência ao poder se concentrasse nas formas e aspectos linguísticos dos textos legais. A democratização, segundo o autor, colocou em cheque essa estratégia, juntamente com toda uma tradição do direito tributário brasileiro.

Marta Rodriguez de Assis Machado trata dos escritos de Günther Jakobs para mostrar como seu pensamento renovou de maneira decisiva a dogmática do direito penal. O ponto central dessa renovação é a desnaturalização das categorias dogmáticas penais, pensadas a partir das demandas por estabilização de expectativas.

Luciano de Camargo Penteado aplica a racionalidade dogmática à interpretação de cláusula geral *função social da propriedade* com resultados surpreendentes, que conferem rigor conceitual à indeterminação característica desta maneira de legislar.

O artigo de Danilo Borges dos Santos Gomes de Araujo dedica-se a pensar a tensão entre o formalismo dos títulos de crédito e a realidade das operações comerciais a partir de obra de Tulio Ascarelli. Seu objetivo central é refletir sobre a relação entre formalismo e a certeza quanto à existência do direito e a segurança quanto à sua realização prática.

Flavia Portella Püschel e José Rodrigo Rodriguez, a partir de um diagnóstico sobre a configuração da responsabilidade civil, discutem o papel do pensamento dogmático como instrumento de renovação e reprodução legítima do ordenamento jurídico, ressaltando a importância da imaginação no trabalho dogmático.

Sheila Stolz trata do conceito de *rule of law*. Seu texto argumenta que a crise da lei no mundo contemporâneo não significa, obrigatória e necessariamente, a respectiva crise dos valores e exigências éticas que entendendo integra o conceito de Império da Lei. Para comprovar sua tese, investiga em que sentido se pode falar de crise da lei na atualidade, dando especial atenção à questão dos direitos humanos.

Finalmente, Adrian Sgarbi escreve sobre a liberdade como fundamento geral de toda a estrutura de responsabilização social, inclusive a jurídica. Seu texto é uma investigação detalhada das principais concepções de liberdade contemporâneas e uma tentativa de propor um modelo filosófico para pensar a questão.

Os organizadores

## Sobre os autores

### Adrian Sgarbi

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ)

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (FD/USP)

Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ)

Coautor das obras *Teoria do direito neoconstitucional* (Método), *Enciclopédia de princípios* (Renovar), *Dicionário de filosofia política* (Renovar/Unisinos), *Perspectivas atuais da filosofia do direito* (Renovar), *Soberania* (antigos e novos paradigmas) (Freitas Bastos)

### Alessandro Hirata

Doutor em Direito Romano pela Ludwig-Maximilians-Universität München (Alemanha)

Livre-docente em Direito Romano pela Universidade de São Paulo (FD/USP)

Professor Associado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo

Autor de *Die Vollendung des usus modernus pandectarum: Christian Friedrich von Glück (1755-1831)*

### Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa

Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP)

Bacharel em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH/USP)

Mestre em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP)

Doutorando em Filosofia Social e Teoria das Ciências Humanas pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH/USP)

Pesquisador do núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap)

Professor Titular de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (Direito SBC)

## Orlando Villas Bôas Filho

Pós-doutorado pela Universidade de Paris — X (Nanterre) — Bolsista CAPES  
 Mestre e Doutor em direito pela Universidade de São Paulo (FDUSP)  
 Professor da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)  
 Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie  
 Autor de *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro* (Saraiva) e *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann* (Max Limonad)  
 Coautor de *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas* (Malheiros) e *Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia* (Atlas)

## Samuel Rodrigues Barbosa

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP)  
 Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP)  
 Coautor de *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade* (Juruá), *Direito e Filosofia: a noção de justiça na história da filosofia* (Atlas) e *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos* (Renovar), *Estudos em homenagem a Paulo Bonavides* (Malheiros), *Arbitragem no direito brasileiro* (LTr)

## Sheila Stolz

Mestre e doutoranda em Direito pela Universitat Pompeu Fabra (UPF) (Barcelona/Espanha)  
 Professora da Faculdade de Direito da Fundação Universidade Federal do Rio Grande (FURG) (Rio Grande/RS)  
 Coordenadora do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos da Fundação Universidade Federal do Rio Grande (NUPEDH/FURG)  
 Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Processos Participativos na Gestão Pública (PPGP/Grupo de Pesquisa do CNPq)  
 Coautora de *Direito moderno e contemporâneo: perspectivas críticas* (Delfos)  
 Organizadora de *A ONU e os sessenta anos de adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos* (Edigraf)

## Tercio Sampaio Ferraz Jr.

Pós-doutor em direito pela Universidade de São Paulo (USP)  
 Doutor em filosofia pela Johannes Gutenberg Universität de Mainz (Alemanha)  
 Professor Titular da Faculdade Autônoma de Direito (Fadisp)  
 Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)  
 Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP)  
 Autor de *A função social da dogmática jurídica* (Max Limonad), *Poder econômico* (Manole), *Introducción al estudio del derecho* (Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales), entre outros

## Sumário

Apresentação .....	5
Sobre os autores .....	9
I - DOGMÁTICA, TEORIA E HISTORICIDADE	
Notas sobre o problema da acumulação literária e a contribuição de Tercio Sampaio Ferraz Jr. ....	17
<i>Samuel Rodrigues Barbosa</i>	
A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da Begriffsgeschichte de Reinhart Koselleck.....	27
<i>Orlando Villas Bôas Filho</i>	
Dogmática como instrumento metodológico na pesquisa histórica do direito .....	63
<i>Alessandro Hirata</i>	
II - RACIONALIDADE JURÍDICA E DOGMA	
O discurso da dogmática jurídica .....	75
<i>Juliano Souza de Albuquerque Maranhão</i>	
O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações .....	103
<i>Noel Struchiner</i>	
A filosofia jurídica como saber metaideológico: anotações a partir da função social da dogmática jurídica no enfoque de Tercio Sampaio Ferraz Jr. ....	129
<i>Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa</i>	
A persistência do formalismo: uma crítica para além da separação de poderes.....	157
<i>José Rodrigo Rodriguez</i>	

Incerteza social e dogmática jurídica: limites da abordagem luhmanniana .....	193
<i>Guilherme Leite Gonçalves</i>	
III - VARIAÇÕES SOBRE O FAZER/SABER DOGMÁTICO —	
ALGUNS RAMOS E PROBLEMAS	
Crise do formalismo no Direito Tributário brasileiro .....	227
<i>Marco Aurélio Greco</i>	
Dogmática penal em crise: a contribuição de Günther Jakobs ao debate penal contemporâneo .....	235
<i>Marta Rodriguez de Assis Machado</i>	
A propriedade entre fim e função social: a operatividade de uma cláusula geral .....	255
<i>Luciano de Camargo Penteado</i>	
O formalismo dos títulos de crédito como instrumento para a certeza da existência do direito e para a segurança da sua realização: anotações a partir da bibliografia ascarelliana .....	263
<i>Danilo Borges dos Santos Gomes de Araujo</i>	
IV - VARIAÇÕES SOBRE O FAZER/SABER DOGMÁTICO —	
ALGUNS CONCEITOS	
Inveja de Sisifo: a dogmática jurídica entre tradição e inovação .....	299
<i>Flavia Portella Püschel e José Rodrigo Rodriguez</i>	
Estado de Direito e democracia: velhos conceitos e novas realidades frente aos direitos humanos .....	311
<i>Sheila Stolz</i>	
Liberdade e escolhas .....	337
<i>Adrian Sgarbi</i>	
Posfácio .....	373
<i>Tercio Sampaio Ferraz Jr.</i>	

## DOGMÁTICA, TEORIA E HISTORICIDADE

O paradoxal, ao menos no campo dogmático, reside justamente no fato de que negar a transformação, ou seja, deixar de fazer o esforço de reconstrução e incorporação do novo ao sistema jurídico dogmático, em vez de preservar a tradição resulta na sua erosão (e consequente perda de seu poder de sua força estabilizadora).

Naturalmente, a tarefa de reconstrução não é simples. É provável que demore algum tempo até que a dogmática seja capaz de reorganizar suas categorias em casos de transformações tão fundamentais quanto aquela do parágrafo único do art. 944. Por isso mesmo, é importante começar o mais cedo possível a realizar essa tarefa sem fim.

O trabalho dogmático se assemelha ao trabalho de Sísifo, mas com duas diferenças: a pedra que se deve carregar tem seu peso e forma alterados a cada passo; e a montanha que é preciso escalar está sempre mudando de lugar.

## Estado de Direito e democracia: velhos conceitos e novas realidades frente aos Direitos Humanos

*Sheila Stolz*

### 1. Introito

*“Aos que agora se dizem governantes os chamarei de servidores das leis, não por introduzir nomes novos, mas sim porque creio que isto, mais que qualquer outra coisa, determina a salvação ou a perdição da cidade; pois naquela em que a lei possua a condição de súdita sem força, vejo a destruição chegar sobre ela; e naquela outra, ao contrário, onde a lei seja senhora dos governantes e os governantes servos da lei, vejo realizada a sua salvação”<sup>1</sup>.*

A possibilidade de repensar de forma sistematizada sobre a centralidade da Dogmática Jurídica como modelo para as instituições do *Rule of Law*, tomando em conta as transformações pelas quais ambos (Dogmática Jurídica e *Rule of Law*) têm passado – reflexão esta que parte da obra *A função social da Dogmática Jurídica*, de autoria de Ferraz Jr., e que, indiscutivelmente, se constitui numa referência nacional sobre o tema – é um grande e instigante desafio. Não obstante, antes mesmo de adentrar-me no que será o cerne desta investigação, creio imprescindível explicar a acepção dada ao termo “repensar” (utilizado acima) que seguirá, no decurso desta, os ensinamentos do eminente iusfilósofo Tercio Sampaio. *Repensar* significa tratar algo com um problema, ou seja, de acordo com Tercio Sampaio, “como um conjunto de possibilidades estruturadas em alternativas. Um proble-

<sup>1</sup> Platão *apud* Pabón; Fernández-Galiano, 1983, p. 145.



ma, nestes termos, não mediatiza uma verdade, isto é, a partir dele, não é possível deduzir a sua solução, pois um problema pressupõe justamente a existência de mais de uma solução” (1974).

Portanto, não apresentarei uma solução definitiva para as problemáticas que envolvem o Estado de Direito e a democracia diante dos Direitos Humanos, mas sim esboçarei uma alternativa a estas problemáticas que considero em si mesma viável.

Usualmente se afirma que em face das contingências atuais, o *Rule of Law* vive em tempos de obscuridade. Estes tempos sombrios estariam predeterminados, conforme alguns juristas, por diversas categorias de análise, revelando-se como as mais significativas, em virtude da forte vinculação entre si: a *crise* da Lei e o desenvolvimento do Estado Constitucional e do constitucionalismo.

Assim, creio pertinente conjecturar sobre a conveniência de falar em “crise” do *Rule of Law*. Em outros termos, sobre a adequação e plausibilidade de indagação acerca da possibilidade de que o Estado Constitucional seja o motor desta crise, ou pelo contrário, seja o produto de uma transformação do *Rule of Law*. Quanto à noção de crise penso que se pode englobar a discussão sobre este aspecto em duas grandes posições que se diferenciam entre si.

A primeira afirma que o Estado Constitucional é o resultado da crise do *Rule of Law* e, portanto, representa a sua total superação. Segundo Zagrebelsky, um dos principais defensores desta posição, é mais adequado “pensar em uma autêntica alteração genética (do *Rule of Law*<sup>2</sup>), mais que em um desviar momentâneo na espera e com a esperança de uma restauração” (1999, p. 33-34) do mesmo. Os defensores do segundo posicionamento afirmam que, em realidade, o Estado Constitucional não é senão o resultado da evolução do Estado de Direito no marco do constitucionalismo contemporâneo; opinião que entre outros é endossada por Peña Freire (1997, p. 41), quando assevera que o Estado constitucional “é um modelo evoluído do Estado de Direito”.

No decorrer do texto defenderei a ideia segundo a qual a crise da Lei não significa, obrigatória e necessariamente, a respectiva crise dos valores e exigências éticas que entendo integra o conceito de Império da Lei, conceito este que penso deve ser compreendido como Império do Direito. Portanto, é imprescindível averiguar em que sentido se pode falar de crise da Lei na atualidade, tema que será abordado na próxima seção.

<sup>2</sup> Menção de minha autoria com o intuito de tornar o texto mais claro.

Evidentemente a modificação dos elementos e da estrutura do *Rule of Law* (seja em forma de superação de um velho modelo, seja em forma de sua evolução), para adequar-se aos condicionantes atuais dos ordenamentos jurídicos democráticos, pode ser sopesada a partir de muitas e variadas perspectivas. Os contornos que nos oferecem os ordenamentos constitucionais contemporâneos são de uma riqueza e complexidade profundas, reflexo de nossas sociedades plurais, complexas, heterogêneas (HART, 1963) – multiculturais e multirraciais (KYMLICKA, 1995). Para corroborar com esta assertiva, basta mencionar, por exemplo, alguns problemas vinculados aos ordenamentos jurídicos e que tanto preocupam os operadores jurídicos, questões que penso estaríamos de acordo em afirmar que formam parte das explicações e justificações do Estado Constitucional, a saber:

- 1) a distinção entre normas e princípios;
- 2) a necessidade de uma argumentação lógico-racional no âmbito judicial;
- 3) as novas exigências e a conseqüente compreensão do significado e amplitude da atividade jurisdicional;
- 4) a frequente tensão entre direitos (em particular os direitos fundamentais previstos nas Constituições) e democracia (entendida, entre outros aspectos, como aquela que respeita as decisões tomadas de acordo com a regra da maioria e o respectivo desenvolvimento dos mecanismos de controle da constitucionalidade sobre o produto normativo do Poder Legislativo).

Com base no exposto, centrarei o foco da análise em três pontos: em primeiro lugar, recuperarei o conceito clássico e original de *Rule of Law* para, a partir dele, propor um particular e determinado conceito do mesmo; em seguida, aludirei ao sentido também originário de *Império da Lei* com o objetivo de sopesar até que ponto a crise da Lei provoca a crise do Império da Lei; e por fim, caracterizarei sumariamente o Estado Constitucional com o intuito de analisar o papel que os Direitos Humanos – centro de inúmeras preocupações e controvérsias contemporâneas – e sua pretendida universalidade desempenham nesta discussão.

Justifico esta linha de análise porque parto da necessária vinculação conceitual entre Direitos Humanos e Fundamentais, Democracia e *Rule of Law*, posto que defendo que o ideário do sistema democrático e constitucional é o marco idôneo para a consagração e efetivação destes Direitos. Para dialogar com meus interlocutores acerca da minha proposta, procederei durante todo este ensaio com

uma exposição sistemática de todas estas noções, a fim de poder concluir com o que considero ser uma defesa plausível e aceitável do *Rule of Law*.

## 2. Analisando concepções, especificando conceitos

Na conhecida obra *Notas sobre direito e linguagem*, Genaro Carrió aponta a estreita vinculação entre o fato de que os operadores jurídicos empregam a linguagem como uma ferramenta de trabalho e os consequentes problemas que advêm da utilização dos termos que integram esta linguagem<sup>3</sup> e que condicionam, em grande medida, os acordos e desacordos existentes na seara jurídica. Afirma Carrió que

“quem se vale de uma palavra desvinculando-se do significado usual que em contextos análogos ela recebe, ou escolhe como único aceitável um dos significados atuais excluindo os outros, corre o risco de que os demais não o entendam, ou o entendam de forma equivocada caso não torne explícita a estipulação ou se ela não resulta do contexto” (1990, p. 95).

Além disso, as querelas e desacordos são todavia mais usuais e frequentes, se os termos utilizados possuem uma forte carga emotiva. As circunstâncias citadas por Carrió estão presentes, entre outras que abordaremos na sequência, na noção de *Rule of Law* que, além de ambígua, é de uma frondosidade conceitual manifestada em suas múltiplas acepções, residindo aí a dificuldade de uma categorização simples e definitiva da referida noção. Dito de outra forma, os conceitos em tornos dos quais se suscitam de maneira inevitável disputas e controvérsias, com relação aos usos mais convenientes que deles possam fazer os sujeitos que intervêm no debate, são denominados conceitos essencialmente controversos (*essentially contested concepts*).

De acordo com Gallie (1965)<sup>4</sup>, os conceitos essencialmente controversos – habitualmente utilizados nas ciências humanas e sociais – se caracterizam pelos seguintes contornos:

- 1) por ter uma forte carga valorativa;
- 2) por fazer referência às realidades que também são valoradas tanto positiva como negativamente;

<sup>3</sup> Como bem aponta Hart a “[...] grande anomalia da linguagem jurídica [...]” manifesta-se na “[...] nossa incapacidade para definir suas expressões mais cruciais em termos de contrapartidas fácticas ordinárias [...]” (1962, p. 97).

<sup>4</sup> Com relação a este tema veja-se, também, McINTYRE (1973-1974).

3) por possuir uma estrutura interna complexa, composta de distintos elementos a partir dos quais se conforma uma entidade que recebe determinada valoração;

4) porque os elementos configuradores da entidade não possuem entre eles uma hierarquia predeterminada, circunstância que permite perspectivas distintas sobre o conceito;

5) por possuir um caráter eminentemente aberto, sendo sua importância e aplicabilidade variáveis de acordo com o contexto.

Com relação aos sujeitos ou partes que intervêm no debate é necessário, com o intuito de compreender os conceitos essencialmente controversos, que cada parte envolvida no debate reconheça que o uso que se faz do conceito é contestável, e que será objetado pelas demais partes, devendo-se, portanto, contemplar de alguma maneira os critérios assumidos pelas outras partes; requisito que demonstra que as partes são conscientes de que o uso que se faz do conceito se confrontará com outros usos diante dos quais determinado uso, para poder conservar-se como um dos usos aceitáveis e possíveis de certo conceito, deve ser defendido de forma bastante sólida.

Além do mais, como critério de diferenciação entre os conceitos essencialmente controversos e os conceitos radicalmente confusos, Gallie acrescenta mais duas condições as já desenvolvidas anteriormente. Primeiro, que os conceitos essencialmente controversos derivem de um exemplo cuja autoridade e valor seja reconhecido por todos os sujeitos que utilizam o conceito. Segundo, que a confrontação entre os diferentes usos do conceito deva ser capaz de permitir uma ótima materialização do exemplo que se emprega como ponto de partida.

Não entrarei, aqui na contenda que questiona o interesse teórico-prático da definição apresentada por Gallie de conceitos essencialmente controversos, posto que acredito que o que importa de tal definição é compreender que existem conceitos cuja natureza mesma requer, tanto no âmbito jurídico como da filosofia política e das ciências sociais, constantes debates sobre o seu correto uso seja por sua complexidade, seja porque possuem uma forte carga emotiva, seja porque adquiriram outras conformações fruto de novos contextos histórico-sociais.

Acrescenta-se a esta constatação, o fato de que no âmbito do Direito as dimensões ideológicas e axiológicas assumem um extraordinário protagonismo. Todos estes condicionantes exigem da Filosofia e Teoria do Direito, conseqüentemente, uma aproximação reflexiva sobre as definições e conceitos elaborados pela Dogmática, já que uma parcela substancial dos debates e controvérsias persistentes gira em torno precisamente de conceitos essencialmente controver-

sos. Por isso, a necessidade de tomar em conta a advertência de Scarpelli, de que

“não existe uma definição de um conceito, mas sim possíveis definições e eleições entre definições; e que as controvérsias sobre definições são frequentemente frutos de uma combinação de desacordos sobre a eleição de definições e de dissensos sobre as coisas as quais as definições se referem” (1955, p. 37).

Terminados estes esclarecimentos iniciais, e com base nas advertências realizadas, passo a dar sequência à discussão a que me propus no início deste ensaio.

### 2.1. O conceito de Rule of Law: primeira aproximação

De origem anglo-saxônica, o conceito de *Rule of Law* foi definido pela primeira vez em 1885 na obra *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, de Albert Venn Dicey, que o converteu junto à soberania do Parlamento em um dos princípios constitutivos do direito constitucional inglês. Dicey configura o *Rule of Law* com base em três elementos que, apesar de distintos, estão relacionados entre si:

1º) que nenhum ser humano pode ser punido ou sofrer restrições em seus bens, salvo quando os tribunais ordinários do país condenem o acusado por ter violado, infringido e/ou desacatado alguma norma jurídica;

2º) a absoluta predominância do direito ordinário como limitador do poder político, com o intuito de neutralizar e se possível excluir totalmente as arbitrariedades, prerrogativas e/ou discricionalidades por parte do governo;

3º) que todo indivíduo, qualquer que seja seu *status* ou condição, está sujeito ao direito ordinário do reinado e a jurisdição dos tribunais ordinários, já que considerado, perante a lei, igual aos demais indivíduos.

Portanto, creio que estaríamos de acordo em afirmar que, em suas origens, o conceito de *Rule of Law* tinha a pretensão de limitar o poder político com vistas não só a evitar as arbitrariedades, mas também a promover a segurança. Recentemente, o *Rule of Law* foi redefinido (se bem que de um modo bastante restrito e formal) por Hayek, que afirma que tal noção deve ser entendida como a submissão do Estado

“em todas as suas ações a normas fixas e conhecidas de antemão; normas que permitem a cada um prever com suficiente certeza

como usará a autoridade em cada circunstância seus poderes coercitivos<sup>5</sup>, e dispor dos próprios assuntos individuais sobre a base deste conhecimento” (1976, p. 72).

As características com que Dicey define o *Rule of Law* – delimitação do Poder Público e Segurança – são rearticuladas por Hayek com o objetivo de garantir e de dar primazia ao direito a autonomia individual – direito pensado desde o entendimento de que cabe ao Estado estabelecer, de forma prévia, normas jurídicas estáveis, condição *sine qua non* para que os indivíduos possam traçar seus planos pessoais de vida. Mencionei que a definição de Hayek apesar de importante é, segundo meu ponto de vista, bastante restrita e formal porque, no capítulo que aborda “A planificação e o *Rule of Law*” de sua obra mais conhecida *Caminho da servidão*, o autor identifica plenamente os princípios do Estado Liberal (libertário) com o *Rule of Law*. Nele assevera que nos casos em que o Poder Legislativo, por exemplo, promulga normas jurídicas que tratem de políticas públicas intervencionistas – dirigidas à igualdade material dos indivíduos ou de justiça distributiva – não está somente cometendo um erro de apreciação dos critérios configuradores do *Rule of Law*, mas, sobretudo, negando e provocando a sua destruição.

Antes mesmo de Hayek, Lon Fuller (1964, p. 207-212) dedicou-se a sopesar que o sistema jurídico preconizado para o desenvolvimento pleno do *Rule of Law* exige das normas jurídicas que elas se atenham a “moral interna do Direito” composta por oito elementos que as configuram como normas:

- 1) gerais;
- 2) estáveis e perduráveis no tempo;
- 3) promulgadas;
- 4) claras e inteligíveis;
- 5) não retroativas;
- 6) que exijam o possível;
- 7) coerentes e não contraditórias;
- 8) congruentes em sua aplicação.

Ditos elementos, a juízo de Lon Fuller, fazem possível o Direito do *Rule of Law*, posto que somente desta forma ele está apto a proporcionar pautas públicas capazes de guiar os cidadãos em suas ações públicas e privadas de forma autônoma.

<sup>5</sup> Nota da autora para melhor compreensão da afirmação do autor citado.

Diferentemente de Lon Fuller, Herbert Hart<sup>6</sup> não cria um catálogo de elementos considerados essenciais para a existência e funcionamento do Direito do *Rule of Law*, mencionando apenas alguns elementos que considera imprescindíveis, dando-lhes o nome de “princípios de legalidade” ou “requisitos de justiça do Direito”, e que são a generalidade e a perdurabilidade das normas jurídicas (elementos plenamente compatíveis, segundo creio, com a moral interna do Direito de Lon Fuller<sup>7</sup>).

Também se dedica a refletir sobre o direito do *Rule of Law* o notório professor de Direito de Oxford, Joseph Raz. De acordo com Raz, a ideia básica que oferece o *Rule of Law* consiste em que o direito “[...] seja capaz de guiar o comportamento dos sujeitos” (1979, p. 214) e desta constatação, derivam, segundo o autor, alguns princípios que fundamentam o *Rule of Law*:

- 1) que as normas jurídicas devam ser prospectivas, públicas, claras, objetivas e relativamente estáveis;
- 2) que a criação de normas jurídicas específicas e particulares seja uma exceção na estruturação de um ordenamento jurídico;
- 3) que a independência do Poder Judicial deva ser efetivamente afiançada;
- 4) que os princípios de justiça natural, entre eles, o de que os julgados sejam públicos e imparciais, a fim de garantir a objetividade judicial, sejam realmente respeitados;
- 5) que os tribunais possuam poderes de revisão das normas jurídicas com respeito aos princípios a elas subjacentes;
- 6) que os tribunais sejam de fácil acesso a todos os membros da comunidade política;
- 7) que a discricionariedade dos corpos de segurança (*crime-preventing agencies*) seja controlada com o objetivo de que não se permita a instauração de rupturas no Direito legítimo vigente<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Sobre os princípios de legalidade veja-se mais em: Hart (1963, p. 27-51).

<sup>7</sup> Tratei de forma mais detalhada os possíveis pontos de conexão entre as teorias de Hart e de Lon Fuller em Stolz (2007, a). As divergências entre ambos autores no que tange a moral interna do direito podem ser encontradas em Hart (1983, p. 170-183) e Fuller (1958).

<sup>8</sup> Não cabe aqui entrar nesta temática, mas creio oportuno destacar que o discurso político que justifica a tortura e/ou a incapacidade da legalidade para enfrentar, por exemplo, o terrorismo ou o crime organizado do narcotráfico, parecem ignorar totalmente este fundamento do *Rule of Law*.

Entre nós, Vicente Ráo (2005, v. I, p. 59) enuncia um catálogo de valores que considera cruciais para que se possa falar em *Rule of Law*, a saber:

- 1º) Origem popular do poder público e do Direito;
- 2º) Temporariedade das funções políticas legislativas e executivas;
- 3º) Divisão dos poderes políticos;
- 4º) Garantia dos direitos civis, políticos e econômicos, inerentes à personalidade humana;
- 5º) Participação daqueles Estados que se organizarem de acordo com estes princípios gerais essenciais a uma organização democrática na Comunidade Internacional.

Partindo destas noções introdutórias, penso que se pode arguir primeiramente que a definição de *Rule of Law* se encontra articulada com a noção de Direito e mais precisamente, com uma particular noção de Direito que possui em si mesma, valor moral. E, se bem é correta a afirmação de que todos os Estados possuem algum tipo de Direito (mais garantista e democrático ou mais tirano e absoluto, por exemplo) em face ao imprescindível regramento da convivência em sociedade, o mesmo não se pode afirmar do *Rule of Law*, posto que este é um ideal que os Estados podem ou não possuir. Além do mais, este é um ideal que dado seus contornos, pode apresentar esboços graduais de aperfeiçoamento.

O *Rule of Law*, tomado em seu sentido mais restrito, é interpretado como aquela noção em que o exercício do governo é regido pelo direito e submetido a ele. Em um sentido mais amplo, o *Rule of Law* não só engloba o sentido restrito, mas também o entendimento de que cabe aos membros de determinada comunidade política obedecer ao direito e governar-se por ele. Evidentemente esta é uma concepção formal do *Rule of Law*, pois não estabelece outros requisitos que fariam a própria noção mais completa e exigente. Uma delas, por exemplo, diz respeito à criação das normas jurídicas, neste aspecto o interesse residiria em saber se ditas normas são elaboradas pelas maiorias democráticas ou se impostas pelo poder político. Esta noção tampouco assinala algo acerca dos Direitos Humanos e Fundamentais e de valores concernentes a liberdade, a igualdade ou a justiça. Esta é, portanto, uma versão formal do *Rule of Law* e quase insuficiente em seu conteúdo.

Pois bem, a maior parte dos requerimentos (alguns deles já arrolados pelos autores citados anteriormente) que se encontram associados ao *Rule of Law* conduzem-me a afirmar que ele constitui

uma das virtudes que um ordenamento jurídico pode, ou melhor, deve possuir e pela qual ademais deve ser avaliado e julgado. Caso esteja arguindo corretamente, pode-se dizer que esta é uma concepção instrumental do *Rule of Law*, que o planifica como uma virtude que requer a concretização de determinadas exigências éticas. Sendo assim, o *Rule of Law* não pode ser confundido com outras noções e também valores como, por exemplo, a democracia, a justiça, a igualdade (perante o direito ou de outra forma), nem com os Direitos Humanos e Fundamentais, não obstante possua com todos estes valores estreitos vínculos.

Nesse mesmo sentido, se manifesta Summers (1993, 127-142), para quem a teoria do *Rule of Law* faz com que possamos distinguir nesta noção dois aspectos: os institucionais (que se referem aos elementos estruturais e funcionais já aludidos) e os axiológicos. Antes de prosseguir com a explanação, creio que convém explicar, ainda que resumidamente, a noção de Império da Lei.

## 2.2. O conceito de Império da Lei

A partir de uma interpretação *débil*, o "Império da Lei" significa império do Direito, ou seja, submissão das ações do Poder Público às normas jurídicas, independentemente de qual seja a origem destas normas. Seu objetivo principal é a eliminação da arbitrariedade das decisões públicas. Esta primeira noção de Império da Lei revela que ele, assim como o *Rule of Law*, possui distintos graus em seu exercício, já que as atividades dos Poderes Públicos podem estar mais ou menos submetidas à lei, o que não implica a possibilidade de valoração moral daquele, mas sim a consequente graduação de tal valor em cada caso concreto.

Na interpretação *forte*, o Império da Lei significa estritamente isto, império de um tipo especial de direito (a lei) caracterizado por sua origem democrática. Outras qualidades da lei, como, por exemplo, seu caráter abstrato e geral, são agora secundárias, pois simplesmente reforçam o que já foi qualificado como efeito principal do Império da Lei em sua interpretação *débil*.

Desde o ponto de vista das razões que justificam sua qualificação moral, a interpretação *débil* do Império da Lei possui afinidade com a visão formal do *Rule of Law*. Por outro lado, pode-se dizer que a interpretação forte do Império da Lei não encontra correspondência com a versão formal do *Rule of Law*, visto que o princípio democrático não é um requisito essencial desta.

Nesse sentido, creio que a versão estrita ou *débil* do Império da Lei defende a superioridade moral da legalidade diante da arbitrarie-

dade. Em outros termos, defende a seguridade jurídica ou certeza do Direito, requisitos que asseguram o valor moral da autonomia individual. Pois somente com a supressão da arbitrariedade, a autonomia individual poderá alcançar a sua concretização, embasada em marcos estáveis e seguros com os quais os indivíduos poderão, então, escolher seus estilos e formas de vida e fixar seus propósitos e objetivos pessoais a curto, médio e longo prazo.

Nesse momento, o leitor deve estar se perguntando por que tratei as noções de Império da Lei e *Rule of Law* como distintas uma da outra?. Justifico este tipo de abordagem porque o termo *Rule of Law* não possui em nosso idioma uma expressão compatível. Ademais, o termo em questão foi traduzido tanto por Império da Lei como por Estado de Direito, circunstâncias que provocaram inúmeras confusões terminológicas e imprecisões de conceitos. Assim, no que segue, apresentarei o que considero ser a melhor definição de *Rule of Law* e que será por mim traduzida como Estado de Direito Constitucional Democrático.

Com base no exposto, concluo que em alguns aspectos e exigências as noções de Império da Lei e *Rule of Law* são coincidentes. Não obstante, creio que cabe o seguinte questionamento: as razões apresentadas até aqui são suficientes para caracterizar o *Rule of Law*? A resposta a esta indagação será dada a seguir.

## 2.3. Razões para ampliar o conceito de Rule of Law

O apreço que se tem pelo *Rule of Law* advém, em grande medida, pelo entendimento de que ele é capaz de garantir e salvaguardar a autonomia individual, valor ético-moral crucial das sociedades ocidentais contemporâneas. Por isso, valores como a seguridade e certeza jurídica são centrais no contexto de apologia ao *Rule of Law*.

Não obstante, creio que existem mais razões para valorar o *Rule of Law*, mas antes de adentrar neste tema, quero recuperar algumas ideias lançadas anteriormente acerca dos requisitos que devem cumprir as normas jurídicas. Ainda que se possa concordar, e inclusive defender que as normas jurídicas sejam promulgadas com caráter geral, é impossível negar o fato de que, na atualidade, se multiplicam as normas com caráter setorial e temporal, dada a diversificação de grupos sociais e de interesses corporativos que coexistem na sociedade e que usualmente operam mediante o cálculo racional-instrumental do *do ut des*, imprimindo e moldando um novo tipo de sociabilidade e de relações políticas e econômicas que influenciam o fenômeno jurídico. Com o que não somente reduzem a universalidade e abstração normativa, mas também fazem mais heterogêneo e complexo o con-

teúdo das normas, pressupostos que acrescentam novas dificuldades tanto para a unidade, coerência e congruência do sistema jurídico como para a coesão social<sup>9</sup>.

Não obstante a impossibilidade real de que todos os cidadãos conheçam e cumpram com todas as disposições de um ordenamento jurídico, a produção normativa se recente de mais um outro problema – que não exclusivamente a excessiva proliferação de normas – e que pode ser constatado na opacidade, prolixidade, equívocidade e textura aberta da linguagem com que se expressão as proposições jurídicas<sup>10</sup>. Portanto, cabe reafirmar, na esteira do que já foi ressaltado, que aos critérios de publicidade, perdurabilidade e generalidade são imperiosos e devem ser a eles adicionados outros elementos: os da clareza e inteligibilidade das normas jurídicas.

Quanto à advertência de que as normas jurídicas sejam relativamente estáveis, concordo que é inegável a sua importância. Sem embargo, este requerimento não pode ser uma escusa utilizada por aqueles que detêm o poder para estagnar as relações sociais e imobilizar normativa e institucionalmente o sistema jurídico, suposto que levado ao extremo pode eclipsar o direito. Portanto, no que tange as alterações normativas, é necessário tomar muito cuidado, sobretudo, com a defesa de amplas e irrestritas mudanças constitucionais ou com a pretensa legitimidade imutável da vontade originária dos constituintes, pois qualquer uma das situações extremas apontadas não é compatível com a estrutura e com os requerimentos cada vez mais vastos e exigentes do *Rule of Law*.

No que se refere ao requisito da não retroatividade, é correto asseverar que um ordenamento jurídico que comumente permitisse que as suas normas fossem retroativas, geraria não somente muitíssima instabilidade social, mas inclusive o derrocamento do próprio ordenamento. O fato de que as normas jurídicas habitualmente estipulam consequências *ante* e não *ex post facto* não deixa de apresentar dificuldades e matizes ao desiderátum da irretroatividade normativa. E, se bem a irretroatividade normativa seja um objetivo perseguido pelo *Rule of Law*, cabe centrar a discussão em outro problema que atinge a segurança jurídica e a justiça como valores éticos que se conseguem realizar por intermédio do direito.

<sup>9</sup> Opinião que creio também é compartilhada por Jeremy Waldron (1999).

<sup>10</sup> Veja-se mais sobre estas questões em: Hart (1963), Bix (1993, p. 7-35), MacCormick (1991, p. 72-84).

A história recente está repleta de exemplos de Estados de exceção que, mediante utilização do instrumental jurídico, cometeram atrocidades contra a humanidade, e é especificamente em ditos sucessos que se faz indispensável lançar um outro olhar sobre a retroatividade normativa ou, como alega Hart (Op. cit., p. 261), é necessário introduzir fissuras no princípio da *nulla poena sine lege* como uma medida curativa que busque corrigir, na medida do possível, as irregularidades ocorridas no passado pois, como bem assevera Lon Fuller (1964), nestes casos é necessário deter-se no passado para recolher os fragmentos e reconstruir o presente com o objetivo de alcançar um futuro melhor.

Nestes casos, a retroatividade normativa não menoscaba a segurança jurídica, já que atua em função dela não somente suprimindo a legislação iníqua, mas também, em alguns casos, punindo os excessos havidos seja com o intuito de restabelecer garantias, seja de prevenir que ocorram novamente situações de ilegalidade, arbitrariedade e/ou crueldade; supostos que, definitivamente, restabelecem os pressupostos da seguridade.

Ademais, se a *ratio legis* da irretroatividade normativa é um fundamento do *Rule of Law* (e em particular de uma precisa noção de *Rule of Law*, que defenderei mais adiante e que pretende ser em si mesmo um instrumento de salvaguarda dos Direitos Humanos e Fundamentais da arbitrariedade jurídica e do poder ilimitado), seria um contrassenso utilizá-la como justificativa para que se conservassem impunes atos espúrios do passado, perpetrando, conseqüentemente, a injustiça<sup>11</sup>. Nesse sentido, qualquer juízo que afirme que a justiça e a segurança jurídica são valores antagônicos está superado, já que esta última não pode mais ser pensada desde a perspectiva do Estado decimonônico.

Acabo de referir que defenderei uma noção mais ampla de *Rule of Law*, superadora daquela utilizada historicamente para o Estado decimonônico, vinculado ao Império de Lei em seu sentido débil. Creio que atualmente o *Rule of Law* só pode ser pensado com base no que representa o Estado de Direito Constitucional Democrático,

<sup>11</sup> Penso que este é o entendimento que permitiu, e seguirá permitindo, julgar os crimes e violações dos direitos humanos cometidos por aqueles que exerceram o Poder ilimitado nos momentos de exceção, como, por exemplo, na Alemanha nazista, na antiga Iugoslávia ou no Timor Leste. Esta também é a base jurídica para condenar, retroativamente, os detentores do poder e/ou colaboradores das ditaduras militares latino-americanas, veja-se neste sentido Stolz (2007, b).

organização que se opõe ao clássico Estado de Direito. Precisamente porque concordo com Prieto Sanchís (1998), não entrarei aqui na inabarcável discussão teórica que trata de resolver se o Estado Constitucional representa uma continuação enriquecedora do velho *Rule of Law* ou é, pelo contrário, uma superação negadora deste.

Direi que o Estado Constitucional é fruto das transformações sofridas nos elementos e estruturas internas do próprio *Rule of Law*, desta figura histórica também chamada de Estado liberal, caracterizado basicamente pela presença dos direitos liberais ou de autonomia e que se viu forçado a reestruturar-se por distintos fatores, sejam eles econômicos, políticos, sociais ou jurídicos. Perante esta situação, se delineou historicamente uma nova forma de estruturação do *Rule of Law*, que assumiu contornos mais amplos com a positivação dos chamados direitos sociais e/ou prestacionais<sup>12</sup>, e também mais democrático dado que o Poder Público passou a delimitar-se e a estar fundamentado no princípio da primazia da Constituição. Este princípio acarreta – no que concerne a uma interpretação débil do Império da Lei – uma tríplice transição nos elementos e estruturas dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, a saber:

- 1) da primazia da lei à primazia da Constituição;
- 2) da reserva da lei à reserva da Constituição;
- 3) do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da Constituição.

A parte destas significativas alterações jurídicas, o Estado Constitucional não só regulamenta as relações sociais, baliza as atuações do Poder Público para que esteja mais atento aos reclames sociais, mas também é um forte opositor ao imobilismo normativo e institucional. Com base nesta constatação, creio oportuno voltar a ressaltar que a noção conservadora de segurança jurídica também foi suplantada por uma noção dinâmica e forte do Império da Lei (dado o requisito democrático), permeada por exigências morais e pelos Direitos Humanos e Fundamentais que se encontram custodiados pelos Tribunais e/ou Cortes Constitucionais que atuam sob potestade constitucional.

Da mesma forma que se modificam as noções primeiras de Império da Lei e de *Rule of Law*, ao se incorporar novos conteúdos morais

<sup>12</sup> Ainda que a referência seja sucinta, faço questão de destacar que estou ciente de que nem todos direitos sociais implicam técnicas de prestação e que nem todos os direitos prestacionais são direitos sociais.

ao Direito, este se torna mais sensível e atento a determinados valores, que historicamente estiveram apartados do mesmo.

Portanto, podemos arguir que nem todo o Estado é um Estado de Direito, mas que todo Estado cria e utiliza um Direito ou que funciona empregando algum sistema de legalidade. Nesse sentido, cabe relembrar o criterioso argumento de Elías Díaz de que

“difícilmente caberia pensar hoje em um Estado sem Direito, um Estado sem um sistema de legalidade. E, sem embargo, dizemos que nem todo o Estado é um Estado de Direito; a existência de um ordenamento jurídico, de um sistema de legalidade, não autoriza a falar sem mais em um Estado de Direito. Designar como tal a todo Estado pelo simples fato de que se serve de um sistema normativo jurídico constitui uma imprecisão conceitual e real que somente leva – algumas vezes intencionalmente – a confusões” (1973, p. 13).

Compartilho do argumento de Elías Díaz, por acreditar que este resume acertadamente a ideia que desde o início deste texto estou defendendo: para que se possa falar em Estado de Direito é necessário algo mais que um sistema de legalidade. É mister acrescentar as dimensões formal e instrumental já aludidas, também a dimensão substancial que se identifica básica e principalmente com a positivação, proteção, garantia e efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais.

### 3. Os Direitos Humanos e Fundamentais no marco do *Rule of Law*

#### 3.1. Considerações prévias

Ao propor o tema Estado de Direito e Democracia em face dos Direitos Humanos e Fundamentais, o campo de questões aos quais estou fazendo referência é certamente vastíssimo, pois nos encontramos evidentemente na presença das chamadas inter-relações entre o Direito, a moral e a política. Desde o início deste texto, parti da posição de que sem Direitos Humanos e Fundamentais não se pode falar em *Rule of Law*. Não obstante, sou ciente de que no âmbito das relações sociais, das teorias sobre política e sobre a moral, ou mesmo sobre o Direito, afirmações categóricas como a anterior não são para nada recomendáveis, justamente por isso, é necessário expor o sentido de tal afirmação.

Os Direitos Humanos, centro de inúmeras preocupações e controvérsias contemporâneas, são, como bem destaca Tercio Sampaio (1974), enfocados a partir de diversas óticas. Sua análise pode ser

feita através de diferentes perspectivas teóricas: as históricas, que se ocupam da sua gênese e evolução; as filosóficas, dirigidas a sua fundamentação; as sociológicas, tendentes a desentranhar sua função dentro da sociedade; e por último, as jurídicas, que estudam a incorporação de tais direitos nos ordenamentos jurídicos nacionais e no Direito Internacional.

Portanto, creio que corresponde aos teóricos do direito desenvolver este tema desde o ponto de vista da teoria jurídica (sem deixar, desde logo, de tomar em consideração as demais perspectivas teóricas), seja como Direitos Fundamentais – denominação geralmente aceita para designar ao fenômeno dos Direitos Humanos que foram positivados ou incorporados nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados – preferencialmente nas Constituições ou em normas infra-constitucionais – seja como aqueles direitos arrolados em declarações, pactos e resoluções internacionais.

A noção de *Rule of Law* que defendo, bem como sua respectiva compreensão, afeta diretamente uma dinâmica que se estabelece nos sistemas jurídicos democráticos entre três elementos: Estado de Direito, Direitos Fundamentais e Democracia. Elementos que estão em essência vinculados entre si, com o qual a temática abordada aqui parece bastante relevante.

Primeiro, porque os Direitos Fundamentais são um elemento imprescindível do conceito contemporâneo de *Rule of Law* (de Estado de Direito Constitucional Democrático) que defendo. Segundo, que esta noção de *Rule of Law* pressupõe um determinado modelo de estruturação do exercício da capacidade normativa por parte do Estado. As exigências morais e jurídicas do *Rule of Law* impedem considerar que todo Estado seja um Estado de Direito. Nesse sentido, o *Rule of Law* pode ser considerado como a expressão da democracia, posto que não há democracia onde não se podem identificar as características básicas do *Rule of Law*, da mesma forma que é um contrassenso falar do mesmo quando estamos fazendo referência a um regime político não democrático. Em todo caso, convém aqui recordar que ambas as ideias – *Rule of Law* e Democracia – constituem, na atualidade, uma referência nos discursos políticos e entre os quais se desenvolveram discursos com um alto grau de retórica. Hoje, nenhum Poder Público se autodefine, pelo menos publicamente, como contrário ao Estado de Direito e à Democracia. Terceiro, que em uma interpretação não exclusivamente formal da Democracia, os Direitos Fundamentais são um elemento constitutivo de tal conceito.

Portanto, para que em um ordenamento jurídico tais direitos se encontrem protegidos de maneira consistente e eficaz, é necessário

por parte do poder político um determinado compromisso cuja expressão normativa é o próprio Ordenamento. Este compromisso se materializa na positivação de normas jurídicas que os incorpore, e seja também o resultado da identificação que se produz entre o Poder Público e a moralidade dos direitos.

Creio que tal compromisso só é capaz de ser efetivo onde existe um Poder Público democrático e, entre outros motivos, porque a juridificação destas pretensões morais supõe uma limitação ao Poder Público, pois desde o momento em que existem normas de Direitos Fundamentais, o Poder Público sabe que existem limites positivos e negativos para as suas ações. Assim, o poder político democrático – que é por definição um poder que exige a participação cidadã – é o único capaz de limitar-se a si mesmo, dado o reconhecimento dos Direitos Fundamentais.

### 3.2. A universalidade dos Direitos Humanos e o multiculturalismo das sociedades contemporâneas

Todos os argumentos trazidos tratam de demonstrar a plausibilidade e adequação da noção mais ampla e substancial do *Rule of Law*. Como dito no início destas páginas, as sociedades contemporâneas são heterogêneas, complexas, multirraciais e multiculturais, e a consequente incorporação dos Direitos Humanos e Fundamentais a ideia mesma de *Rule of Law* não é tão pacífica como a princípio pode parecer. Primeiro, porque a complexidade social exige dos ordenamentos jurídicos não somente normas gerais e abstratas, mas também específicas e setoriais. Segundo, porque os Direitos Humanos e Fundamentais possuem na universalidade – qualidade que costuma ser tratada como antagônica a especificidade cultural – um dos seus atributos definidores.

Com o objetivo de tornar mais clara a exposição, abordarei a noção de universalidade, contemplando seus diferentes significados e usos linguísticos. Em se tratando de Direitos Humanos e Fundamentais, a “universalidade” se refere, a pelo menos três dimensões do termo que, apesar de diferentes, encontram-se estritamente vinculadas. Desde o plano lógico, a universalidade se refere à titularidade dos direitos; titularidade esta que é atribuída a todo e qualquer ser humano pelo simples fato de sê-lo. Com base neste ponto de vista, a universalidade apresenta como principais características a racionalidade e a abstração, características que são congruentes com esta titularidade plena e extensiva a todos os seres humanos. Desde o âmbito temporal, a universalidade pressupõe que ditos direitos são válidos independentemente de questões históricas. Desde o plano espa-



cial, por universalidade se entende que a cultura dos Direitos Humanos deve ultrapassar as fronteiras geopolíticas estatais incluindo, conseqüentemente, todos os indivíduos, todos os grupos sociais e culturais e todas as sociedades políticas sem exceção.

Cabe dizer que, no transcurso deste trabalho, tentarei responder adequadamente à pergunta acerca da viabilidade de defender o caráter universal dos Direitos Humanos e Fundamentais diante da diversidade cultural. Não obstante, creio necessário realizar algumas prévias ponderações. A primeira alude ao contexto em que se desenvolve esta pergunta, contexto este que é pré-jurídico e que concerne ao âmbito da filosofia moral. Portanto, abordarei os Direitos Humanos e Fundamentais como um ideal ético de justiça que deve fundamentar as organizações e instituições políticas e sociais, e pautar as relações inter-pessoais. Segundo, que esta aproximação filosófico-moral se fundamenta na aceitação, também prévia, da existência de diferentes concepções morais e políticas acerca da justiça, posto que igualmente existem diferentes modos de responder às perguntas:

1) O que é justo?

2) Quais são os pilares com que devemos edificar a convivência social justa e pacífica?

Uma das respostas possíveis a estes interrogantes, ainda que não seja a única, afirma que os Direitos Humanos e Fundamentais devem ser a pedra angular de qualquer modelo de organização política e social aceitável – neste particular, do *Rule of Law*. Conseqüentemente, indagar-se acerca da universalidade de tais direitos é perguntar-se, em primeiro lugar, sobre a vontade e a possibilidade social e política de elaborar um paradigma moral crítico e, em segundo lugar, se dito paradigma pode repousar ou não na noção de Direitos Humanos e Fundamentais.

Realizados estes esclarecimentos, acredito ser pertinente seguir tentando responder a outros relevantes questionamentos que dão novos matizes ao tema em foco, quais sejam:

1) Existe, por acaso e efetivamente, uma única forma básica de bem viver que, *de jure*, possa impor-se a todos os indivíduos?;

2) Existem, por acaso e efetivamente, diversas formas de viver igualmente básicas e legítimas, mas radicalmente distintas?

Caso a nossa resposta afirme que existe somente uma forma básica de bem viver, necessitamos continuar respondendo às seguintes perguntas:

1) Existem meios para conhecer objetivamente estes princípios ético-políticos que fundamentam o *Rule of Law*, e que possuem em si mesmos a pretensão de universalidade?

2) Qual é o conteúdo configurador de ditos princípios?

3) Como podem ser efetivamente aplicados?

Caso a nossa resposta afiance que existem formas legítimas, mas radicalmente distintas de bem viver, necessitamos continuar respondendo à seguinte pergunta:

Como pode conservar-se a pluralidade de formas de vida que a história da Humanidade nos legou, mediante a preponderante massificação das sociedades imprimida pelo fenômeno da Globalização<sup>13</sup> – que tão bem caracteriza este milênio – e que tende a traduzir-se na imposição de um único conjunto de valores, convertendo-se em uma ameaça constante para a diversidade cultural, política e moral?

Motivada por estas indagações e constatações, creio que qualquer razoável aproximação à diversidade cultural só pode ser realizada tomando em consideração uma série de importantes contingências históricas e atuais que afetam os Direitos Humanos e Fundamentais e que colocam em cheque o universalismo e a universalidade de tais direitos.

Por isso, nada mais óbvio que tanto as teorias (sejam elas de cunho antropológico, sociológico, filosófico ou jurídico) que defendem o relativismo cultural como as que endossam o nacionalismo combatam, em uníssono e veementemente, as noções de universalismo e universalidade, tão caras aos Direitos Humanos e Fundamentais. E, ainda que defensora do pluralismo e da diversidade cultural, penso que existe um imenso equívoco na forma como algumas vezes se compreende o universalismo dos Direitos Humanos e Fundamentais, pois como muito bem destaca Peter Jones, o

“caráter universalista dos Direitos Humanos conduziu a alguns a expressar os seus temores ante o imperialismo cultural que poderia supor. A ideia de que os indivíduos de todo o mundo devem chegar a um acordo sobre os Direitos Humanos, poderia autorizar os entusiastas deste particular desenvolvimento da cultura europeia para tratar sem cuidados outras culturas que não compartilhem esta concepção da vida boa e de uma sociedade justa” (*apud* MILLER, 1989, p. 150-151).

Creio que resulta bastante evidente que não estou negando, em absoluto, que o universalismo e a universalidade dos Direitos Humanos foram muitas vezes utilizados para justificar a intervenção de *per*

<sup>13</sup> Em outro texto, Stolz (2008), tratei de explicar o fenômeno da globalização e suas conseqüências sobre os Direitos Humanos.

si injustificada das potências hegemônicas nos assuntos internos dos Estados, e que estas noções (de universalismo e universalidade) estiveram outras tantas vezes presentes na linguagem e no discurso histórico do imperialismo, do colonialismo e, atualmente, da globalização. Mas, ainda que se devam denunciar insistentemente estas manipulações ou procedimentos e técnicas que pervertem o que considero ser um grande ideal, penso que tampouco podemos prescindir da ideia da unidade da condição humana e de uma defesa humanista e emancipatória sobre os fins morais que devem perseguir os Estados de Direito e também a Humanidade.

### 3.3. Algumas críticas ao caráter universal dos Direitos Humanos e Fundamentais

As críticas à universalidade dos Direitos Humanos e Fundamentais, que possuem estreita relação com o *Rule of Law*, podem ser resumidas da seguinte forma: uma parte delas entende que o ideal da universalidade não respeita a pluralidade moral e cultural existente. Atitude que, segundo alertam seus detratores, é incompatível com a tolerância preconizada pela ética liberal, que fundamenta o *Rule of Law*; já as outras, centram seu foco de análise na noção ocidental de indivíduo – entendido como agente moral racional – afirmando que tal noção descansa seus fundamentos em um grau exacerbado de individualismo, esquecendo, conseqüentemente, a dimensão coletiva, isto é, os vínculos comunitários e societários tão caros a todos os seres humanos. Além do mais, ressaltam que o individualismo não outorga relevância ao terceiro elemento da trilogia revolucionária de 1789 – a fraternidade – justamente porque nega a existência de direitos de caráter coletivo.

Uma forma de enfrentamento a estas potentes críticas, se bem que não seja a única, é aquela sugerida pelo liberalismo igualitário democrático, que desde suas prerrogativas identifica objetivamente as diferentes culturas atribuindo-lhes um valor intrínseco. Esta tomada de posição não só exige o reconhecimento, mas também a aceitação dos direitos de grupo oferecendo formas de ações corretoras e promotoras de medidas positivas a favor, por exemplo, das minorias sexuais, religiosas, linguísticas e/ou étnicas.

Nesse sentido, a força dos Direitos Humanos e Fundamentais reside na heterogeneidade, com o intuito de combinar identidade e diferença dentro e fora das fronteiras estatais, já que tanto as figuras do Estado como as da Comunidade Internacional deixam de ser representadas por um conjunto de pseudoiguais para converter-se em construções caracterizadas pelo pluralismo e diversidade culturais.

Sendo assim, é necessário observar que os ideais do reconhecimento e da política de inclusão das diferenças não se encontram isentos de dificuldades que podem provocar, eles mesmos, novas exclusões. E, precisamente por isso, apontarei aquelas exclusões que considero mais transcendentais para o debate em questão.

Primeiro, acredito que não podemos esquecer que os direitos e interesses de grupos, enquanto titulares de direitos, podem entrar em conflito com a autonomia individual<sup>14</sup> e com a cláusula de livre eleição (*free choice*) – ambos valores substantivos de que são titulares todas as pessoas independentemente do grupo ou comunidade particular a que pertençam. E, como já é bem sabido, a autonomia dos indivíduos (e também dos cidadãos) que gozam de direitos iguais corre o risco de não permanecer assegurada em um contexto de preferência de direitos de grupo/comunidade em face de direitos individuais. Segundo Kymlicka (1995), notório defensor do multiculturalismo, é possível distinguir dois tipos de direitos de grupos/comunidades:

- a) o direito do coletivo a limitar a liberdade dos seus próprios membros, com o objetivo de fomentar a solidariedade de grupo ou preservar a pureza cultural;
- b) o direito de grupo contra o resto da comunidade, que não pertence ao grupo com o fim de assegurar o espaço das minorias.

Assim, entende o autor que, enquanto os primeiros tipos de direitos (a) protegem o impacto da dissidência interna, o segundo tipo de direitos (b) atua contra as pressões externas. Estes últimos (b) devem ser defendidos ao mesmo tempo que se diminuem e eliminam as restrições internas, pois os direitos de grupo não podem servir para produzir novos modelos de exclusão, de opressão e de falta de liberdade no interior das coletividades, sejam elas étnicas, nacionais ou estrangeiras.

O segundo ponto a acentuar diz respeito à homogeneidade interna a que se recorre para manter a identidade de uma dada comunidade e/ou grupo, que de pronto também pode converter-se em “diferença”, isto é, em diferenciação entre os membros do grupo/comunidade e os não membros do grupo/comunidade.

A existência de fronteiras interiores que mantêm a fidelidade e a pureza identitária do grupo/comunidade costuma provocar, perante o dissenso interno, restrições destinadas à proteção da identidade de grupo, impondo limites importantes ao exercício dos direitos do indi-

<sup>14</sup> Veja-se, entre outros, Raz (1994) y Kymlicka (1995).

víduo<sup>15</sup>. Logo, configuradas estas circunstâncias, penso que aqui também se provocam exclusões – agora externas – que operam *verbi gratia*, com critérios seletivos em função do idioma, do dialeto, da etnia, da religião ou da orientação sexual.

De acordo com o que foi dito anteriormente, tudo aponta a pensar que a centralidade dos Direitos Humanos e Fundamentais, pensada única ou exclusivamente como dependente da identidade cultural, necessita desmarcar-se tanto de sua pretendida superioridade histórico-natural como de sua pressuposta “pureza e supremacia” diante do caráter universal de tais direitos.

#### 4. Considerações finais

Antes de concluir, creio que cabe novamente a indagação sobre a possibilidade de que os Direitos Humanos e Fundamentais sejam o núcleo basilar ou o *standard* moral que deve servir de fundamento para o *Rule of Law*. Dadas as limitações lógicas deste trabalho, não poderei abordar aqui as distintas concepções éticas e de justiça existentes, mas somente fazer a ressalva de que os Direitos Humanos e Fundamentais são uma dentre as possíveis e plausíveis concepções éticas e de justiça existentes. Não vou aqui justificar os Direitos Humanos, mas sim justificar a defesa do seu caráter universal.

Portanto, retomo a pergunta: Podem os Direitos Humanos e Fundamentais converter-se em um elemento ou núcleo essencial de um paradigma moral válido e aceitável de apreciação do *Rule of Law*? Responder de forma negativa a esta pergunta é afirmar que os Direitos Humanos e Fundamentais possuem um âmbito de validade espaço-temporal limitado e, em definitivo, este entendimento acaba negando a uma ampla e significativa parcela da cidadania a titularidade de tais Direitos. Responder positivamente a esta pergunta equivale à defesa de que todos os seres humanos são titulares dos direitos proclamados neste sistema ético-normativo que é a Constituição.

É realmente desejável, tal como me inclinei no parágrafo anterior, adotar uma perspectiva ético-normativa desta envergadura? Em outras palavras, é possível encontrar algum modelo mais viável, quem sabe, ideal de nossa convivência em sociedade? Penso que podemos responder a esta questão pensando que a “nossa” convivência em sociedade pode, em um primeiro momento, servir para

Veja-se, sobre estas questões, entre outros autores, Walzer (1989 e 1997), Taylor (1992).

organizar a convivência das pessoas que se encontram no “nosso” entorno, ou que pertencem ao “nosso” grupo social, que falam o “nosso” idioma ou dialeto, ou que pertencem a “nossa” mesma etnia, religião, comunidade cultural ou que compartilham a “nossa” mesma orientação sexual, mas também creio que devemos pensar que é plausível e também mais igualitário, fraterno e solidário ampliar o círculo do “nosso(a)” para fazê-lo compor uma noção mais abrangente e substancial de *Rule of Law*.

Deixo ao leitor a opção de que encontre as suas próprias respostas e argumentos a todas as proposições e indagações que foram levantadas. Quanto a mim, devo admitir que desde o início destas páginas estou deixando claro o meu posicionamento. Entendo que conceber os Direitos Humanos e Fundamentais como o conteúdo básico do *Rule of Law* é entendê-los não como um paradigma ou concepção acabada, mas sim como um conjunto de normas jurídicas e exigências éticas que permitam a todos os seres humanos escolher autonomamente seu modelo e/ou projeto de vida e alcançá-lo em sua plenitude.

Obviamente esta não é uma defesa neutra de tais direitos, mas sim posicionada, e que tem a pretensão de que eles determinem os limites da tolerância<sup>16</sup> em uma sociedade razoável tanto ao nível comunitário como estatal e que, portanto, se transfigurem definitivamente em valores cruciais que o *Rule of Law* deve perseguir. Este argumento, ademais, se fundamenta no entendimento de que a nossa vida como seres humanos em comunidade com outros se enriquece em grande medida graças ao adequado desempenho do *Rule of Law*. Sem ele, não há expectativas de realizar a dignidade dos seres humanos como participantes independentes, ainda que interdependentes, nas atividades públicas e privadas em sociedade. Esta independência-em-interdependência é, ao meu modo de ver, um valor moral e humano crucial e imprescindível.

#### Referências

- BIX, Brian H. *Law, language and legal determinacy*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre el derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

<sup>16</sup> Sobre a tolerância ver a obra de Walzer – citada na referência bibliográfica – e também STOLZ (2008, a).

- DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. *Cuadernos para el Diálogo*, Madrid, 1973.
- DICEY, Albert Venn. *An introduction to the study of the law of the Constitution*. 8. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.
- FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- \_\_\_\_\_. Perversão ideológica dos direitos humanos. 1974. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/24>>. Acesso em: 24 jun. 2008.
- FULLER, L. Positivism and fidelity of law – A replay to Professor Hart. *Harvard Law Review*, Cambridge: Massachusetts, v. 71, n. 4, 1958, p. 630-672.
- \_\_\_\_\_. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1964.
- GALLIE, W. B. “Essentially contested concepts”. *Proceedings of the Aristotelian Society*, v. 56, 1956, p. 167-198.
- HART, H. L. A. *Derecho y moral*: Contribuciones a su análisis. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Deelma, 1962.
- \_\_\_\_\_. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- \_\_\_\_\_. *Essays in jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983.
- HAYEK, Friedrich August von. *The road to Serfdom*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.
- KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford: Oxford Clarendon Press, 1995.
- MACCORMICK, Neil. On open texture in law. In: AMSELEK, P.; MACCORMICK, N. (ed.). *Controversies about Law's Ontology*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991.
- McINTYRE, A. The essential contestability of some social Concepts. *Ethics*, 84, 1973-1974, p 1-9.
- MILLER, David (ed.). *Enciclopédia do pensamento político*. Madrid: Alianza Diccionarios, 1989.
- PABÓN, J. M.; FERNÁNDEZ-GALIANO. PLATÃO. *Las leyes*. Madrid: C.E.C, v. I, Libro IV, 715, 1983.
- PEÑA FREIRE, A. M. *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*. Madrid: Trotta, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- RAZ, Joseph. Multiculturalism: a liberal perspective. In: *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- SCARPELLI, Uberto. *Il problema de la definizione e il concetto di diritto*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino, 1955.
- STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista Direito GV*, v. 3, 2007, p. 101-119.
- \_\_\_\_\_. (a). La moral interna del derecho. La moral que complementa la estructura del Derecho propuesta por Herbert Hart. *Ámbito Jurídico*, v. 45, p. 45-Ano X, 2007.
- \_\_\_\_\_. (b). Los Derechos Humanos y su aplicabilidad más allá de las fronteras estatales: comentarios sobre la decisión del Tribunal Supremo Español en el Caso Adolfo Scilingo. *Revista Juris*, FURG, Rio Grande/RS, v. 13, 2007, Artigo aceito para publicação.
- \_\_\_\_\_. Algunas acotaciones sobre el carácter inviolable o absoluto (erga omnes) de los derechos humanos. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia – UNIBRASIL*. Curitiba: v. 3, 2008, p. 1-14.
- \_\_\_\_\_. (a). El dilema de los flujos migratorios: ¿soberanía o Derechos Humanos? Un modelo jurídico-político a construir. Texto inédito aguardando publicação dos Anais do IV Seminário Internacional de Derechos Humanos “Xavier Gorostiaga” realizado pelo Curso de Direito da Universidade Católica de Pelotas, durante os dias 28 a 30 de maio de 2008.
- SUMMERS, Robert. A formal theory of the rule of law. *Ratio Juris*, v. 6/2, 1993, p. 127-142.
- TAYLOR, Charles; GUTMANN, Amy. *Multiculturalism and “The politics of recognition” an essay by Charles Taylor with commentary by Amy Gutmann*. Princeton (N.J.): Princeton University Press, 1992.
- ZAGREBELSZY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução de M. Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- WALDRON, J. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- WALZER, Michael. *Spheres of justice a defense of pluralism and equality*. Oxford: Basil Blackwell, 1989.
- \_\_\_\_\_. *On toleration*. New Haven: Yale University Press, 1997.