



# **CENTRO UNIVERSITÁRIO LUTERANO DE PALMAS**

---

COMUNIDADE EVANGÉLICA LUTERANA "SÃO PAULO"  
*Recredenciado pela Portaria Ministerial nº 3.607 - D.O.U. nº 202 de 20/10/2005*

**DIOGO JOSÉ DA ROCHA TAVARES SILVEIRA LEITE**

**DECLARAÇÕES DE DIREITO NO ÂMBITO ANGLO AMERICANO, SUAS  
ORIGENS E POSTERIORES INFLUÊNCIAS**

Palmas – TO  
2016

**DIOGO JOSÉ DA ROCHA TAVARES SILVEIRA LEITE**

**DECLARAÇÕES DE DIREITO NO ÂMBITO ANGLO AMERICANO, SUAS  
ORIGENS E POSTERIORES INFLUÊNCIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas, como requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Esp. Fabiana Luiza Silva Tavares

**Palmas-TO  
2016**

Dedico à todos, que direta ou indiretamente me ajudaram ou colaboraram nesses anos de estudos.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus, por sempre ser meu amparo em todos os momentos difíceis. Agradeço também ao apoio financeiro que recebi da minha família em todos os anos letivos. A minha mãe Maria Elisabete da Rocha Tavares, meus irmãos, Shoraya Elisabete Morales e Samuel Alexandre Morales, pois todos de alguma forma contribuíram para que eu pudesse chegar aonde cheguei. E também a minha namorada, Divina Magna Brito da Silva, que de alguma forma sempre esteve ali durante esses últimos meses de preparo, me apoiando ou me advertindo, quando necessário. Também devo agradecer aos meus amigos, professores e colegas de faculdade.

Seu trabalho vai preencher uma parte grande da sua vida, e a única maneira de ficar realmente satisfeito é fazer o que você acredita ser um ótimo trabalho. E a única maneira de fazer um excelente trabalho é amar o que você faz.

Steve Jobs

## RESUMO

Tendo em vista o aprofundamento do tema sobre as origens dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico anglo americano, vem expor os acontecimentos e também a evolução que ocorreu no passar dos séculos. Tal complexidade em definir com exatidão sua gênese, acaba remetendo nos direitos existentes nos primórdios, o que levava todo o ordenamento jurídico para um campo sem divisão entre homem e Deus, o que perdurou até o século XVII. Devido a isso, delimita-se o tema com enfoque na origem dos direitos fundamentais no âmbito norte americano. A pesquisa procurará demonstrar aonde e como ocorreram os primeiros indícios dos direitos fundamentais perante a sociedade e governos, e também aonde é evidente seu legado nos dias atuais. Com embasamento em um contexto nos avanços anglo americanos no campo dos direitos.

**Palavras Chave:** Direito Anglo americano; Jusnaturalismo; Positivismo.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1.DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE VIRGÍNIA .....</b>	<b>10</b>
<b>1.1 Declaração e Constituição Norte Americana .....</b>	<b>12</b>
<b>1.2 Sistema Anglo americano de direito .....</b>	<b>17</b>
<b>2.DIREITO NORTE AMERICANO .....</b>	<b>19</b>
<b>2.1 Direitos Fundamentais.....</b>	<b>22</b>
<b>2.2Jusnaturalismo.....</b>	<b>25</b>
<b>3.POSITIVISMO .....</b>	<b>31</b>
<b>3.1 Normativismo de Hans Kelsen.....</b>	<b>36</b>
<b>3.2 O Estado Constitucional .....</b>	<b>44</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como tema a positivação dos direitos fundamentais nas Declarações de direitos. Existem inúmeras controvérsias sobre a origem dos direitos fundamentais. Tal complexidade em definir com exatidão sua gênese, acaba remetendo aos direitos já na antiguidade, o que nos leva a evidente inexistência do limite entre o poder do Estado neste período. Delimita-se o tema com enfoque na origem dos direitos fundamentais no direito anglo americano.

A pesquisa procurará demonstrar aonde e como ocorreram os primeiros indícios dos direitos fundamentais perante a sociedade, e também aonde é evidente seu legado nos dias atuais. Para se alcançar esse objetivo, será preciso aprofundar nos eventos históricos e sociais, tanto em questões relevantes ao direito, quanto em eventos que findaram em mudanças na estrutura da ordem mundial.

Posto que o tema é totalmente relevante, pois vem demonstrar os primórdios do Direito, o que veio a formar a atual ordem jurídica e mundial.

O tema estudado foi construído com a intenção de elucidar alguns questionamentos referentes a formulação e evolução dos direitos na visão anglo americana.

Quais foram os países percursores na criação e implantação dos direitos fundamentais?

O problema consiste no fato de que ainda existem dúvidas sobre as origens de tal tema, pois ainda é muito complexo e controvertido definir com exatidão aonde e como tudo começou.

Esse trabalho de pesquisas e análises de fatos históricos, que abrange o período do século XVIII ao século XX vem para simplificar tais questionamentos de origens e evoluções históricas dos direitos fundamentais.

Serão abordados e analisados os temas referentes a declaração de direitos de Virgínia, declaração e constituição norte americana, sistema anglo americano de direito positivo, direitos fundamentais, jusnaturalismo, positivismo e teoria moralista, que levarão a uma averiguação de tais fatos históricos e aonde serviram de influencia para o fomento dos atuais direitos fundamentais, ao que tange no sentido global de direitos.

É fundamental, a análise da legislação antiga, e que siga a inquirição de documentos históricos do mesmo período. O que neste presente trabalho irá seguir por meio de obras doutrinárias.

Nos conteúdos estudados serão compreendidos o movimento de evolução e incessante transformação no transcorrer da história, sempre analisado com o olhar voltado para a temática jurídica.

Pois a estrutura das sociedades estabelece um todo dotado do dinamismo que é resultado dos choques e contradições entre elementos componentes dela. Quando a aptidão dos instrumentos de produção se transformam, quando as técnicas melhoram, as relações que já existem mudam com maior ou menor celeridade.

Como exemplo pode se citar um momento na Idade Média, em que seus rols políticos e jurídicos não mais abrangiam as relações que os novos meios de produção e de troca impunham. Se a estrutura social não houvesse se transformado, não teria existido outro sistema social.

Há um processo histórico na organização e transformação das sociedades, cujo parâmetro são as relações estabelecidas entre os indivíduos, ao se atribuírem à tarefa de produzir os bens destinados à satisfação das necessidades sociais.

O mundo cultural não surge de modo mecânico e automático das condições sociais. O indivíduo aqui estudado tem a primordial importância, porque, graças ao grupo de suas características de organização, ele é o epicentro de elaboração, de junção e articulação de vínculos sociais.

E também é preciso ressaltar que a matéria social está nas relações que se baseiam ao redor do mecanismo pelo qual se produzem os bens. A primeira coisa que o ser humano fez em sociedade foi produzir para viver. Para produzir, usa meios, aplica conhecimentos e experiências que vão decidir o tipo de relações que vão unir e organizar os indivíduos.

Assim sendo, o tipo dessas relações, prende-se a uma estrutura fundamental que é integrada por um conjunto de fatores dentre os quais se destacam os conhecimentos e as técnicas. As relações da sociedade primitiva, da sociedade medieval ou da atual sociedade capitalista se baseiam em estruturas diferentes, e não é por acaso que isto acontece.

Os instrumentos de produção, os conhecimentos científicos, as atuais e antigas normas e leis vigentes nessas sociedades fornecem a sustentação para a compreensão dos seus respectivos sistemas sociais.

Nesse contexto a análise da Declaração de Direitos da Virgínia surge como um ponto de partida, pois além de localizar-se em um novo continente, também surge em meio a um turbulento período histórico, uma guerra de independência. E mesmo surgindo no ano de 1776 e em um período tão belicoso, foi de suma importância para a evolução dos direitos. Nessa Declaração surge toda a questão do início da valoração do homem.

## 1.DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE VIRGÍNIA

Ao fim de uma longa e cruel guerra de independência, tanto estadistas e líderes da mais nova nação emergente começam a redigir e a inserir o que viriam a ser as novas diretrizes de um Estado Democrático de Direito.

A Declaração do Bom Povo da Virgínia, tendo por inspiração leis escritas advindas de sua antiga metrópole, Inglaterra, como a “Magna Carta de 1215”, o “Ato de Habeas Corpus de 1679” e a “Petição de Direitos de 1688”.

Porém, com o diferencial de que esta declaração de direitos, exclui o poder soberano e divino de suas linhas, aposentando as figuras dos reis, príncipes, lordes e demais suseranos, tão dominantes e presentes nas antigas normas inglesas.

Em suas alíneas fica clara a explicitação das garantias e limitações, direitos e liberdades que estariam dispostas a todos os cidadãos.

Todos os homens são, pela natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança. (Artigo I da Declaração do Bom Povo da Virgínia, 12 de junho de 1776).

As novas concepções que o povo norte-americano contemplam são as de que todos os homens são iguais, que um governo deve buscar o bem da população pensando sempre na coletividade e não na acomodação de seus governantes, introduzindo em seus artigos inclusive o direito e a possibilidade do povo de mudar de governo.

Reprimindo os antigos ideais de privilégios monárquicos, resguardando a liberdade no processo eleitoral, vetando o confisco, garantindo a plena liberdade de opinião e de imprensa, e também dentre tantas outras garantias, afirma a justiça.

As teorias de Rousseau, Montesquieu, Locke e também nos estudos e escritos de Thomas Jefferson e Adams, foram postas em uso por George Manson e James Madson, entre outros pensadores e políticos norte americanos do período.

A Declaração da Virgínia é de 12 de junho de 1776, sendo parte do movimento de independência das 13 colônias. O que viria logo em seguida seria sua evolução para uma das primeiras Constituições, essa embasada em princípios democráticos e liberais.

É importante frisar que em seu contexto fundamental, esta Declaração se preocupou com a estrutura e as diretrizes de um governo sólido, democrático e com um sistema que delimitaria os poderes.

E o que antes observado, eram que os antigos textos ingleses de normas tinham a preocupação apenas de limitar o poder de um monarca, e também por sua vez, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei, garantindo a afirmação do poder supremo do parlamento.

As primeiras declarações de direitos focaram em desenvolver mecanismos que limitavam o poder estatal como tal. A Declaração da Virgínia é inspirada no ideal da existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem.

A Declaração de Virgínia consubstanciava as bases do direito do homem, tais como: (1) todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes; (2) todo o poder está investido no povo e, portanto, dele deriva, e os magistrados são seus depositários e servos, e a todo tempo por ele responsáveis; (3) o governo é, ou deve ser, instituído para o comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; (4) ninguém tem privilégios exclusivos nem os cargos ou serviços públicos serão hereditários; (5) os Poderes Executivo e Legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do Judiciário e, para garantia contra a opressão, os membros dos dois primeiros teriam que ter investidura temporária e as vagas seriam preenchidas por eleições frequentes, certas e regulares; (7) é ilegítimo todo poder de suspensão da lei ou de sua execução, sem consentimento dos representantes do povo; (SILVA, 2001, p. 153-154)

Vê-se que, mesmo em 1776, os idealizadores dessa Declaração conseguiram estruturar um código de normas reguladoras bem avançado. Em seus artigos é bem clara a preocupação em romper com antigos costumes vindos da Inglaterra ou resquícios da Europa medieval. Divisão de poderes, fim da hereditariedade em cargos e privilégios extravagantes, direito a julgamento rápido e imparcial, liberdade religiosa, etc.

Esta declaração foi concebida para proclamar os direitos naturais e positivos pertinentes ao ser humano, dentre os quais o direito de se rebelar contra um governo “ineficaz”. A importância desse documento pode ser vista em outras declarações de direitos, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos no ano de 1776, a Carta dos Direitos dos Estados Unidos (*Bill of Rights*) no ano de 1789 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa também do ano de 1789.

Por ter surgido em um novo continente e antiga colônia, a Declaração de Virgínia aparece como um divisor de águas nas questões referentes ao que se entendia por direitos naquela época.

E mesmo que impensável para um período em que a monarquia era predominante em todo o mundo, o republicanismo norte americano e seu novo conceito de governo e de direitos se espalhou, surge aí um novo modelo de estruturação política e jurídica.

A Declaração do Bom Povo da Virgínia trouxe os fundamentos de uma Constituição livre de influencias monárquicas ou tendenciosa, se mostrando a frente de seu tempo, o século XVIII, e que seguiu sendo base para a formulação de tantas outras constituições e declarações que tinham por princípios fundamentais a liberdade, democracia e organização social.

Dali em diante a organização jurídica, política e social da nação recém formada necessitaria de algo ainda mais sólido e contundente que a Declaração de Virgínia, com algumas modificações, acréscimos e reduções foi formulada a sua Declaração de Independência e Constituição, os Estados Unidos da América dali em diante, mesmo ainda com influencias do sistema inglês foi pioneiro na formulação de uma Constituição.

Nas palavras de Fábio Konder Comparato:

A importância histórica da Declaração de Independência está justamente aí: é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. Nas nações da Europa Ocidental, com efeito, a proclamação da legitimidade democrática, com o respeito aos direitos humano, somente veio a ocorrer com a Revolução Francesa, em 1789. Até então, a soberania pertencia legitimamente ao monarca, auxiliando no exercício do reinado pelos estratos sociais privilegiados. (2003, p. 103, 104)

No capítulo seguinte serão expostos os fatores que formularam a Declaração de Independência e Constituição, influencias, protagonistas históricos e exposição de fatos que levaram a isso.

## **2.1. Declaração e Constituição Norte Americana**

Em 4 de julho de 1776, a Declaração de Independência, de autoria de Thomas Jefferson, vindo em seguimento da Declaração de Virgínia, teve uma maior repercussão e efetivação, mesmo não tendo natureza jurídica como sua antecessora da Virgínia.

Na Declaração de Independência, se destaca o seguinte trecho:

Consideramos estas verdades como evidentes de per si, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que, entre estes, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade; que, a fim de assegurar esses direitos, instituem-se entre os homens os governos, que deveriam seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la e instituir novo governo, baseando-se em tais princípios e organizando lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para lhe realizar a segurança e a felicidade.(SILVA, 2002, 154.)

Neste trecho da Declaração de Independência fica bem clara a vontade de exprimir os ideais democráticos que surgiram no período de luta pela liberdade e autonomia da nação norte americana, ideias que trazem consigo também os contextos de liberdades e garantias individuais, algo novo para uma Constituição naquele período histórico, aonde as monarquias absolutistas eram predominantes em todo o mundo.

É observado pelo os diferenciais que haviam na Declaração de Independência, na época, consideradas até mesmo “peculiares”. Pois no contexto que foi redigida, somem a figura de um monarca soberano, e de um Estado voltado para si. E surge um modelo de governo democrático e voltado para a vontade popular.

O pioneirismo norte americano serviu de inspiração para Constituições e Declarações que viriam a seguir. Sendo uma das influencias mais conhecidas Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional francesa em 1789.

Juntamente com a Declaração de dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional francesa em 1789, as declarações de direitos norte-americanas constituem as cartas fundamentais de emancipação do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o estamento, as organizações religiosas. A afirmação da autonomia individual, que vinha sendo progressivamente feita na consciência europeia desde fins da Idade Média, assume na Europa Ocidental e nos Estados Unidos, no último quartel do século XVIII, contornos jurídicos definitivos.(COMPARATO, 2003, p. 107).

Acontece que perder a proteção familiar, de classe ou religiosa torna a pessoa bem mais vulnerável aos contratemplos da vida. E ali foi constatado que uma sociedade liberal oferece a segurança da legalidade e nada mais. Tal questão só foi revista no século XX, com o

advento da Estado Social, aonde os grandes riscos sociais da humanidade foram assumidos, que dali em diante não mais pelos grupos tradicionais, mas pelo Estado.

Fábio Konder Comparato não deixa de falar sobre a transformação dos direitos naturais para os direitos positivos, e seu reconhecimento como de nível superior a todos os outros.

Dali em diante os Estados Unidos deram ao direitos humanos a qualidade de direitos fundamentais, elevando os ao nível constitucional, o que será mais aprofundado bem mais adiante.

A Constituição em sua interpretação contemporânea é, de fato uma criação norte americana. Para os povos antigos, o conceito de constituição significava a organização corrente de determinada sociedade, incluindo não só as relações de poder político, como também a composição das instituições da vida em seu âmbito privado, principalmente a família, a educação e a propriedade.

Veja-se aqui outras características da formação de uma Constituição:

A Constituição moderna, ao contrário, tal como a conceberam pela primeira vez os norte americanos, é um ato de vontade, o supremo ato da vontade política de um povo. A sua finalidade precípua é a proteção do indivíduo contra os abusos dos governantes. Por esta razão, ela deve constar de um documento solene, que é a verdadeira Carta Magna das liberdades. (COMPARATO, 2003, p.109)

É ressaltada a preocupação das constituições em promover e garantir a proteção do indivíduo contra os abusos dos governantes.

Contrariamente ao fundamento da soberania parlamentar, que prevaleceu na Inglaterra, a supremacia da Constituição sobre as leis pareceu, desde o princípio, o primeiro mandamento do sistema jurídico dos Estados Unidos.

Neste mesmo critério, foi também o surgimento da judiciabilidade de todo e qualquer direito fundado em norma constitucional. Como os direitos humanos passaram a integrar diferentes Constituições dos Estados e da Constituição Federal, reconheceu-se que a primeira e fundamental garantia desses direitos era de origem judicial.

Tanto os princípios da supremacia da Constituição sobre as leis e da garantia judicial dos direitos humanos só foram incorporados ao direito europeu continental na segunda metade do século XX.

Em 1787 foi criada a Constituição Norte Americana, anos depois da Declaração de Independência. É a lei suprema do país.

A constituição, originalmente composta por sete artigos, é estrutura nacional de governo.

Seus três primeiros artigos definem a doutrina da separação dos poderes, pela qual o governo federal está dividido em três áreas, legislativo, que reside no Congresso Bicameral; o poder executivo, composto pelo Presidente e pelo Vice Presidente; e o poder judiciário, que constitui-se da Suprema Corte e outros tribunais judiciais.

Os artigos quatro, cinco e seis definem os conceitos do Federalismo, que descrevem os direitos e responsabilidades dos governos estaduais e dos estados em relação ao governo federal. O sétimo artigo dispõe o sistema posteriormente utilizado pelos treze Estados a ratificá-lo.

Ao longo de mais de 220 anos a Constituição Americana teve 27 emendas aprovadas.

As 10 primeiras são designadas por *Bill of Rights* por conterem os direitos básicos do cidadão perante o poder do estado. Não tendo sido consensual a sua inserção no texto original da constituição, foram apresentadas depois da entrada em vigor da constituição.

Os *bills of rights* norte americanos são, em sua essência, declarações de direitos individuais. Mas também é preciso, no entanto, assinalar que nesse campo dos direitos individuais, eles foram, sem sombra de dúvida, pioneiros.

Se, juridicamente, o principal precedente das declarações de direitos norte americanas é o Bill of Rights inglês de 1689, o seu fundamento filosófico vem não só de Locke, mas também do seu pensamento ilustrado europeu do século XVIII, notadamente dos escritos de Montesquieu e Rousseau.

Os norte americanos, porém, não se limitaram a receber passivamente esse patrimônio cultural: foram mais além, e transformaram os antigos direitos naturais em direitos positivos, reconhecendo-os como de nível superior a todos os demais. Seguindo o modelo do Bill of Rights britânico, os Estados Unidos deram aos direitos humanos a qualidade de direitos fundamentais, isto é, direitos reconhecidos expressamente pelo Estado, elevando-os ao nível constitucional, acima portanto da legislação ordinária.(COMPARATO, 2003, p. 108)

Entre as mais célebres reformas ocorridas posteriormente a sua vigência em 1776, se destacam as leis que determinaram o fim da escravidão no ano de 1865; a criação do voto para as mulheres no ano de 1920; o vetos das confissões sob tortura no ano de 1937 e a que o

outorgou o direito do cidadão permanecer em silêncio e requisitar um advogado quando acusado por algum crime no ano de 1966.

Até hoje a única emenda revogada, foi a que proibia a venda de bebidas alcoólicas, conhecida como a Lei Seca, aplicada nos anos 20.

Veja-se agora uma breve explicação do sistema aplicado na Constituição Americana, com as palavras de Figueiredo:

A esse modelo de organização de poder costuma-se denominar de sistema de “freios e contrapesos”, ou no original checks and balances. Nele, os poderes encontram-se repartidos, equilibrados, ajustados o quanto possível, de tal forma a impedir que nenhum deles ultrapasse os limites da Constituição, sempre com vistas à limitação da autoridade (que sempre tende ao arbítrio se não controlada) e, finalmente, preocupada (a teoria e o sistema) em garantir as liberdades individuais. (2001, p. 19)

Claramente a influencia do autor de “O espírito das leis” está presente no mecanismo dos poderes norte-americano. Basta percorrer a Constituição americana para verificar, por exemplo, que o Congresso faz as leis, mas não intervém diretamente na ação governamental, embora possa barrar a escolha de alguns tipos de funcionários e na recepção de tratados.

Na outra parte, o Poder Executivo encontra impedimentos somente na lei, podendo em determinadas ocasiões obrigar o Congresso a rediscutir sua posição. Enfim os tribunais possuem independência, podendo contudo invalidar os atos ilegais originários do Executivo e os atos inconstitucionais do Poder Legislativo.

É necessário observar que a Carta, porém, não se preocupa em tratar dos interesses de estados e municípios, que estão livres para solucionar por conta própria assuntos como aborto, pena de morte, jogos de azar, entre outros temas. A Justiça tem ainda o poder de analisar a Constituição conforme as mudanças sociais, econômicas e culturais da nação.

Assim fica constatado que o conjunto de leis que regem os Estados Unidos da América mesmo sendo em sua grande maioria práticos, também são sólidos.

O que leva a um aprofundamento na análise do sistema anglo americano de direito positivo, seus mecanismos de funcionamento, heranças do direito inglês, inovações, *common law*, *equity* e *statue law*.

Uma mescla de direito positivado e normativado com um direito costumeiro e que se baseia também na prática e jurisprudência. Tal mescla que o diferencia de tantos outros sistemas que seguem um padrão em sua maioria herança do direito romano.

## 1.2. Sistema Anglo americano de direito positivo

As fontes do sistema anglo americano se dividem em direito comum (*common law*), de origem nos costumes e declarado pela legislação; o direito estatutário (*statue law*) e o direito equidade (*equity*). Não irá se considerar a doutrina pois ainda existe desentendimento com a ligação de sua classe como ordem.

A *common law* foi desenvolvida pelos juízes, que tinham de solucionar litígios particulares, e hoje ainda é condutora, de forma inequívoca, da marca desta origem.

A regra de direito da *common law*, menos subjetivo que a regra de direito da família romano-germânica, é uma norma que viria dar resolução a um processo, e não elaborar uma regra geral de conduta para o futuro.

As normas que dizem à respeito à administração da justiça, ao processo, à prova, e as relacionadas à execução das decisões de justiça têm a vista dos *common lawyers* uma importância semelhante, e mesmo superior, às regras que dizem respeito ao fundo do direito, sendo sua função imediata a de reconstruir a ordem perturbada, e não a de impelir as bases da sociedade.

A *common law* está, pela sua exordia, compatível ao poder real; foi desenvolvida nos casos em que a paz do reino estava em perigo, ou quando qualquer outro motivo importante solicite ou justifique a intervenção do poder real; aparece como tendo sido em sua origem, basicamente um direito público, só permitindo as questões entre particulares serem submetidas aos tribunais da *common law* na medida em que pusessem os interesses da Coroa ou do reino em questão.

Na composição e no progresso da *common law*, direito público consequente do processo, o conhecimento dos romanistas, estabelecida sobre o direito civil, exerceu uma função muito restrita: as classificações da *common law*, as noções que ela utiliza e as nomenclaturas dos *common lawyers*, são totalmente diferentes das divisões, noções e nomenclaturas dos juristas de direito romano-germânico.(DAVID, 1998)

A *common law* diz respeito a um conjunto de princípios e de costumes observados desde tempos antigos e admitidos, discretamente ou expressamente, pelo poder legislativo, aparecendo ora em caráter geral, quando prevalecer em todas as jurisdições, ora em caráter especial, quando predominam em certas regiões.

É imensa, a diferença que separa a valoração da jurisprudência inglesa do valor da jurisprudência nos demais países, pois enquanto aquela se torna em direito normativo, esta tem, tão somente, caráter de elemento explicativo da lei escrita.

É árduo idealizar a formação de um sistema de direito positivo pela jurisprudência, sem presumir a consagração, pelos julgados, de leis, escritas ou não, mas antes já existentes; sem se admitir, a prática da resolução dos conflitos segundo certas normas gerais de procedimento, diferentes modos uniformes de conduta tidos como corretos, ou certa unanimidade no comportamento da população.

Aos operadores do direito latinos e germânicos, racionais e metódicos por formação intelectual própria, o direito anglo americano poderá configurar-se desordenado, não subordinado as esferas jurídicas criadas e propostas pela doutrina e, até mesmo, exposto por uma ciência jurídica de difícil entendimento.

Agora vejamos o que concluiu Raó:

Mas na realidade, deve-se considerar que cada povo revela, em sua disciplina social e jurídica, o reflexo de seu modo peculiar de vida, revela, isto é, os atributos característicos que lhe pertencem: e este modo peculiar de vida, estes atributos, formam, em sentido sociológico, os costumes, dos quais a jurisprudência, na Inglaterra e nos Estados Unidos, extrai as normas aplicáveis à solução dos conflitos. (1997, p. 129)

É fato que, com o adicionamento frequente dos casos julgados com a valoração de precedente obrigatório que deles resulta, o direito comum, de origem costumeira, foi, aos poucos, se estabilizando e, por meio das complicações de julgados, tornou-se numa peculiar espécie de direito redigido, apesar de que não ordenado, nem regulado. (RAÓ)

É válido afirmar, em decorrência, que a *common law*, objetivamente se manifesta como um direito jurisprudencial, mas essencialmente e por seu início corresponde a um direito costumeiro conceituado e conservado pela jurisprudência.

Dentro desse regulamento, a lei (*statue law*) estabelece, em relação ao direito comum e em certo sentido, um direito especial, que só rege, restritamente, as matérias que observa, e só em correspondência a estas matérias permanece, se afastando da *common law*, que é o direito geral.

A *equity* por sua vez, caracterizou-se, em princípio, não só com o âmbito de moderar a inflexibilidade das normas do direito comum e do direito estatutário, também, como maneira de conter a sua inércia, inclinado, pois, a dispor a evolução do direito.

Passaram se a diferenciar se os três distintos fundamentos do direito anglo americano, são; a *common law*, direito explicitamente jurisprudencial e essencialmente costumeiro; a *statue law*, direito positivo, redigido, em direção própria; a *equity*, direito costumeiro jurisprudencial, fundamentado na equidade.

O *Common Law* foi concebido como uma criação histórica, um espelho da própria sociedade e seus anseios e aspirações; assim também aconteceu com o *Civil Law* oriundo da

revolução francesa, que procurava uma maneira de reagir contra o antigo regime embasado numa divisão rígida de poderes e em um legislativo vigoroso.

E em se tratando de herança e influencia da *Common Law*, o sistema fora adotado por diversos países ao redor do mundo, com destaque para aqueles que herdaram da Inglaterra o seu sistema jurídico, como o Reino Unido, a maior parte do Canadá e as ex-colônias do Império Britânico.

Todos os países que em algum momento foram colonizados pela Inglaterra ou pelo Reino Unido usam o *common law*, também destaca-se a mescla que ocorre em alguns países, como no Canadá aonde divide seu sistema jurídico com o sistema jurídico francês, na África do Sul que também seguem o sistema romano-germânico e o sistema indiano de *common law* que é uma mistura de direito inglês e direito hindu.

Com essa breve análise do sistema anglo americano de direito positivo passa-se agora ao aprofundamento da questão do direito norte americano em um âmbito mais amplo, tratando de expor fatos e fatores que formaram esse sistema jurídico por muitos considerado tão complexo.

Um sistema baseado em sua maior parte na jurisprudência e análise de julgados.

## **2.DIREITO NORTE AMERICANO**

O direito norte americano, por sua origem histórica, e por razões de organização étnica, vincula-se ao direito inglês, que, na constituição e no aspecto, é um progresso, ajustado às circunstâncias específicas do povo estadunidense.

É executado, porém, o direito público. Nos Estados Unidos o sistema político é constitucional, desempenha forte influência sobre o direito privado, resultante da adoção do regime de constituição redigida e da subsequente vantagem hierárquica das disposições constitucionais sobre as outras normas obrigatórias.

O pressuposto principal da constitucionalidade das normas, dos atos executivos e administrativos das respostas da *common law* e da *equity*, limita, não só o alcance do juiz, como a do legislador e a do poder executivo, na criação das novas normas obrigatórias.

Os Estados Unidos da América, adotaram o sistema político federal; sistema que produz uma variação de graus, na hierarquia das normas obrigatórias.

Raó elucidada este sistema por meio desta fala:

A escala hierárquica das normas obrigatórias, nos Estados Unidos, é a seguinte, em ordem decrescente da força de sua obrigatoriedade: Constituição Federal, Leis e Atos Federais, Constituições Estaduais e Leis e Atos Estaduais, além das Leis e Atos Municipais, que dizem respeito, tão somente, aos peculiares interesses dos municípios. E, ainda em ordem decrescente de sua eficácia no espaço, observe-se que, enquanto a Constituição, as leis ordinárias e as demais normas obrigatórias federais, são aplicáveis em todo o território da União, as dos Estados só atingem os respectivos territórios, outro tanto sucedendo com as municipais. (1997, p. 133)

As leis de categorias ordinárias devem observar e sujeitar-se às de níveis mais elevados. Assim segue-se que ao princípio, ou quesito fundamental de constitucionalidade, outro princípio, ou quesito, se incorpora, tal o da legalidade.

Para compreender os aspectos gerais da *common law* na América do Norte é preciso salientar que mesmo após a sua independência política, os Estados Unidos não abandonaram o direito inglês, que em seu território prevalecia, pelo contrário, o mantiveram em vigor de maneira expressa, enquanto não opor-se a Constituição e as leis próprias, dali por diante proclamadas.

E acolhendo a que a *common law* estabelece um direito de início costumeiro e, pois, de característica local, delegaram aos estados capacidade para instituí-lo por via judicial, ou declará-lo, por via legislativa.

Daí a consequência da multiplicidade de perspectivas da *common law* norte americana, em oposição a inglesa, multiplicidade essa que legitima as soluções conforme às exigências e características próprias de cada estado, e, por consequência, suas peculiares concepções do modo de resolução de demandas.

É de fato que em alguns desses direitos estaduais se percebe, por exemplo, mais ancestral inclinação ao direito inglês, ao prosseguimento que em outros se mostra mais receptivo a interferência das novas correntes imigratórias e, em outros, ainda como no direito da Louisiana, ação perdurável do direito romano.

A *equity* no direito americano, a princípio se mostrou como um meio moralmente correto de resolução dos conflitos, assim reduzindo a rigidez do direito comum.

Mas, aos poucos e por meio dos julgados e dos precedentes por este meio criados, a *equity* tornou-se uma substância específica de direito positivo, com essência própria.

Seu objetivo, ora recai sobre assunto não contemplado no direito comum, ora sobre assunto também por este direito e pela *statue law* comanda, mas refletindo na *equity* sob fato diverso e fora da inflexibilidade daquelas demais normas obrigatórias.

Conforme salienta Silva, devem ser observadas as principais matérias disciplinadas pela *equity*; títulos equitativos e os proprietários equitativos, ou seja, o conteúdo alusivo aos patrimônios, seus titulares e os títulos de propriedade compostos por modo diverso do mencionado pelo direito comum; negócio fiduciário, é instituto que sobreveio ao use de antigo direito inglês; hipotecas e demais garantias reais, na parcela que não incide no direito comum, isto é, para a finalidade de conceder o resgate, ou a restituição dos bens onerados perante a concessão, ao devedor, de período razoável, no decurso do qual se interrompe a execução; a cessão dos direitos e das expectativas de direitos, não autorizada pelo direito comum, não apenas pela realidade de objeto concreto, senão, ainda pela preocupação de se somarem e entenderem as demandas; proteção dos bens e interesses dos incapazes, para mais adiante das medidas do direito estrito; a administração dos bens do espólio, nas sucessões; a sub rogação pessoal, é a substituição dos titulares ativos e passivos dos direitos; casos de caducidade de direitos e de penas convencionais, isto é, cláusulas contratuais que definem, para as transgressões, a perda de direitos ou comprometimento na obrigação de pagamento de multas; o caso fortuito, o erro e a fraude, bem como a lesão e a violência, em conteúdo de obrigações contratuais e reais; as funções da doutrina *estopet*, instituto exclusivo do direito anglo americano; fianças, para ação do suporte da boa fé das partes; as sociedades em nome coletivo; compensação, que adentrou no direito anglo americano por meio do direito romano.

Dessa sistemática de direito positivo, publicam-se inumeráveis conjuntos de jurisprudência, alguns ordenados e montados oficialmente, além de ressaltado número de pesquisas, não exatamente de doutrina, mas de organização ordenada dos julgados, resumidos a sumários, ou súmulas, sob o título de Digestos.

São trabalhos minuciosos, que simplificam a análise dos casos, ou anteriores, poupando a consulta dos *reports*, dos quais só os que tem relação com a Suprema Corte já ultrapassaram um grande número de volumes. O *Century Digest* compreende totalmente a jurisprudência federal e estadual.

São incontáveis, também, os denominados *Books of Citations*, que possibilitam acompanhar o histórico de cada veredito ou julgado, por meio do seguimento dos demais casos de mesma natureza.

E finalizando, as Enciclopédias Jurídicas congregam todo o direito até mesmo o consuetudinário, o retratando sob aspecto expositivo e em ordem alfabética.

Após a exposição de uma análise sobre a evolução histórica dos direitos e dos sistemas jurídicos no âmbito norte americano, agora surgem as influencias nos direitos mundo

a fora, aquilo que foi modificado, adaptado ou até mesmo suplantando com o passar dos tempos.

Direitos que hoje nos parecem tão comuns e inerentes, antes foram criados e lapidados durante todos esses anos até chegar ao que conhecemos hoje. Mesmo direitos fundamentais, simples aos nossos olhos, antes eram negados ou até mesmo ainda não haviam sido nem mesmo pensados.

Hoje a questão de direitos fundamentais, direitos humanos são corriqueiros em qualquer debate, porém, há alguns anos atrás, eram esquecidos ou mesmo renegados por muitos.

Será analisada as mudanças que o sistema norte americano de direitos deixou de herança para o restante das nações. Importante também lembrar que foram os primeiros a citarem e tornarem com força de lei, questões como respeito ao cidadão, propriedade privada, um sistema democrático, liberdades entre tantos outros que hoje figuram em tantas outras constituições ou cartas de direitos.

## **2.1. Direitos Fundamentais**

Com o passar dos séculos houveram conflitos, surgimento de constituições e declarações, revoluções, criações de modelos políticos, e também extinção de tais. O mundo veio mudando, se adaptando aos anseios da sociedade.

O que faz o estudo adentrar nas questões da positivação dos direitos que antes existentes eram em sua grande maioria um direito costumeiro, com muitas referências a leis e sistemas ancestrais o que os tornaram um tanto quanto arcaico para os novos tempos, que agora se tornarão positivados, entrando para as cartas de leis, se adequando as novas declarações de direitos, constituições e normas jurídicas.

O que antes era uma inovação apenas na América do Norte, se tornará com o passar do tempo algo de âmbito mundial, alcançando boa parte de outros continentes.

A teoria francesa indica o ponto de vista cristão e a formulação dos direitos naturais como as grandes fontes de inspiração das declarações de direitos.

Fundamentada no escasso e limitado conceito das liberdades públicas, não acertando com a exigência de abranger nessa totalidade de problemas também os direitos econômicos, sociais e culturais, aos quais intitulados logo direitos sociais.(SILVA,2002)

Tem que se estender a percepção da demanda para considerar outros princípios de inspiração das declarações de direitos, sem esquecer de identificar que as primeiras aprenderam no cristianismo e no jusnaturalismo sua idealização do homem abstrato.

Porém não é uma consideração correta esta de conferir, a manifestação de uma nova ideia de direito, tão fortemente revolucionária, inspiração de natureza essencialmente ideal, sem contar as circunstâncias históricas objetivas, que, na realidade, integram a sua fundamentação prévia.

Silva em sua obra diz: “As doutrinas e concepções filosóficas têm relevância enorme no processo. Mas elas próprias são condicionadas por aquelas condições matérias.”(2002, p.172)

No que foi observado, não há exatamente influencia das declarações de direitos. Ocorreram exigências e lutas para obter os direitos nelas reunidos. E no momento em que as circunstâncias materiais da coletividade favoreceram, elas apareceram, associando-se, pois, em possibilidades objetivas e subjetivas para sua elaboração.

A extensão e modificação dos direitos fundamentais do homem na evolução histórica complica no estabelecimento de um conceito resumido e nítido. Várias expressões são usadas para designá-los, o que dificulta ainda mais para uma distinção mais clara.

Tais termos são: direitos humanos, direitos do homem, direitos naturais, direitos individuais, liberdades fundamentais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Direitos humanos é a expressão mais comum nos documentos mundo a fora. Em oposição a essa expressão, assim, como em contradição a terminologia direitos do homem, objetiva-se que não existe direito que não seja humano ou do homem. O que hoje em dia talvez não seja mais assim, já que, se vai formulado um direito especial de proteção e preservação de animais e da flora.

Os direitos fundamentais do homem compõe o termo mais apropriado a essa matéria, pois, além de fazer referencia a conceitos que condensam o ponto de vista do mundo e expressam o pensamento político de cada ordenamento jurídico, é destinada para apontar, na categoria do direito positivo, prerrogativas e instituições que ele consubstancia em proteção de um convívio digno, independente e igualitário de todas as pessoas.

Na competência fundamental, encontra-se a designação de que remete-se de circunstâncias jurídicas sem as quais o ser humano não exerce, não se relaciona e, por vezes nem sequer sobrevive; fundamentais do homem na acepção de que a todos, igualmente manifestado, mas taxativa e materialmente cumprido.

Quanto aos direitos naturais entendia-se que lidava com direito pertinente á natureza do homem; direitos congênitos que pertencem ao homem. Porém não se admite mais com tanta compreensão a teoria de que tais direitos sejam naturais, vindos da razão humana ou da natureza das coisas. São direitos positivos, que descobrem seu argumento e matéria nas convivências sociais materiais em cada ocasião da história.

Sua historicidades afasta, por outro lado, o argumento de que nascem pura e simplesmente do empenho do Estado, para assinalá-los no campo político da soberania popular, que lhes outorga o sentido correto na dialética do processo prolífero.

São direitos individuais os direitos do indivíduo singular. Manifesta-se como individualismo, que justificou o surgimento das declarações do século XVIII. É nomenclatura que a doutrina opta por desconsiderar cada vez mais. Ainda assim, é utilizada para designar um conjunto dos direitos fundamentais, equivalente ao que se tem designado como direitos civis ou liberdades civis. É utilizada na Constituição para expressar o aglomerado dos direitos fundamentais relacionados à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e a propriedade.

Liberdades fundamentais e liberdades públicas são da mesma forma expressões utilizadas para representar direitos fundamentais. São princípios limitados e escassos. A primeira é ainda mais limitada, fazendo referencia somente a determinadas liberdades.

A última é empregue pela doutrina francesa, onde não carecem esforços para lhe dar significado amplo incluindo direitos fundamentais em geral, principalmente com as concepções de liberdade-autonomia e liberdade-participação.

É um conceito ainda precário de matéria, bastante relacionado ao surgimento dos direitos públicos subjetivos e dos direitos individuais na sua formação tradicional individual.(SILVA,2002)

Já os direitos públicos subjetivos compõe uma concepção técnico-jurídica do Estado liberal, fixo, como a nomenclatura “direitos individuais”, o conceito individualista do ser humano; por conta disso também acabou se tornando pouco para definir os direitos fundamentais.

O direito subjetivo determina-se como prerrogativas definidas de conformidade de normas de direito objetivo.

Com essa explicação dos fundamentos que guiaram a formulação do direito conhecido, tem se uma ideia de quanto evoluíram as questões dos direitos humanos, garantias de liberdades, garantias individuais e públicas.

Porém esses avanços só ocorreram por conta de duas importantes teorias que se tornaram pilares do direito, são estas, o jusnaturalismo e o positivismo.

## 2.2. Jusnaturalismo

Os séculos XVII e XVIII foram repletos de importantes e cruciais eventos históricos que definiram novos conceitos filosóficos. O desenvolvimento capitalista do mercado, conquista da América, consolidação do Estado nacional.

O jusnaturalismo moderno diferencia-se do costume clássico, aristotélico-tomista. No começo da modernidade, no século XVI, acontece a confirmação do sujeito e do entendimento individuais.

O espaço do jusnaturalismo moderno é personalista e individualista. Observa-se que o jusnaturalismo moderno se expande também em um ambiente racionalista. Porém também é necessário observar a questão do individualismo que surgiu neste período, pois o jusnaturalismo também desenvolveu-se neste contexto.

Existe uma recém criada antropologia, que se opõe ao homem animal político da tradicional teoria aristotélica, e ao pensamento organicista de sociedade na Baixa Idade Média, o individualismo foi se impondo aos poucos.

A sociedade vai paulatinamente sendo vista como uma somatória de indivíduos singulares, que se estabelecem por meio de contratos sociais. O direito emergente será, pois, contratualista. Os homens não têm inclinações similares, pelo contrário, certamente são individualistas e opõe-se uns aos outros.

Este ideal de homem se torna o fundamento do pensamento político e jurídico. A atribuição dada ao direito e da autoridade torna-se a paz, não a justiça, é o encargo primordial do soberano.

O comunitarismo e a sociabilidade do ser humano dali em diante não são mais pressupostos da filosofia política e jurídica.

Desta forma, a nova ética mais e mais deixa a pesquisa de fins comuns e universalista, de uma ética clássica de virtudes gradativamente se desloca para uma ética dos deveres, da execução de normas, de subordinação e procedimentos.

Nas palavras de Lopes:

O novo direito deverá ser cada vez mais procedimentalista. O poder já não pode ser justificado apenas por seus bons propósitos, mas também, ou sobretudo, por sua eficácia na consecução dos novos objetivos políticos: paz civil e prosperidade econômica. A justificativa do exercício do poder altera-se. O direito será cada vez mais um instrumento de estabelecimento da paz civil, e cada vez menos uma instância de promoção da cooperação. Tenderá para a liberdade moderna(uma

esfera individual e exclusiva de vida e propriedade), em oposição à liberdade antiga(participação na vida pública). Organizará a distinção nova(e até hoje fundamental na organização do poder) entre o público e o privado. (2014,p.170)

Não é somente substancialmente, quanto a matéria, que se observa a modificação. Aparece também um novo padrão, um grupo literário múltiplo, o tratadismo. Fazendo frente as categorias medievais, do *ius commune*, das anotações de casos, leis, pareceres, conflitos particulares, o novo modelo é em maior parte exposição sistemática, em fundamentos, em aspecto dedutivo.

A prática jusnaturalista será a das apresentações. Leibniz no século XVII escreve sobre o direito natural e sobre a nova técnica de instrução do direito de modo preciso e demonstrativo.(LOPES,2014)

Junto dos juristas conforme dito, ou de filósofos que complementam nitidamente um raciocínio sobre o direito e a justiça, figuram já no século XVIII também os fisiocratas franceses.

Suas contribuições no conhecimento jurídico notabiliza-se no conceito do direito de propriedade e dos contratos, primordiais no Código Civil da França, e enraíza o vínculo entre o direito natural e a economia que possibilita o progresso e a defesa da sociedade.

Lopes no que diz respeito a questão dos métodos do direito natural moderno, explica:

Peter Stein(1980,p.4-5) lembra que a origem do direito natural moderno é marcada pela soma de dois métodos: um *a priori*, outro *a posteriori*. Pelo método apriorístico, a demonstração deve ser feita como se faz nas matemáticas, a partir de um postulado evidente. Pelo método *a posteriori*, os jusnaturalistas procedem apelando para os exemplos históricos: se sempre e em toda parte se encontram certas normas, é porque a natureza humana assim exige. Quanto mais avança a modernidade, mais os jusnaturalistas abandonam as demonstrações por meio de exemplos históricos e mais se concentram nas demonstrações por dedução racional. Grócio, diz Stein, usa muitos exemplos(método *a posteriori*), Pufendorf tende para a demonstração *a priori*. (2014,p.171)

O direito natural moderno em seu procedimento e sua finalidade social rompem com a prática estabelecida do direito comum e são disfuncionais no regime clínico, ainda extremamente corporativista e tradicional.

Direito natural é um embate em oposição ao sistema medieval de estudo e ensinamento, de sujeição a tradição e aos hábitos contra a ordem pré-liberal, burguesa.

Por conta disso a revolução francesa e americana, foi em termos jusnaturalistas, com a alegação do direito natural como meio exatamente contra instituição jurídica do antigo regime.

Os filósofos juristas do direito natural terão função ideológica primordial no movimento revolucionário porque viriam a justificar a queda da tradição medieval, inserida seja nas instituições políticas, seja em contratos, propriedade, família ou sucessões.

Lopes comenta sobre os principais dogmas que o jusnaturalismo conseguiu romper, mesmo os jusnaturalistas divergindo em certas partes:

Os jusnaturalistas divergem entre si, mas compartilham algumas características. O primeiro esforço do jusnaturalismo é escapar da esfera teológico-filosófica em que nascera (aristotelismo, tomismo e jesuitismo) para firmar-se como província dos juristas. Este desenvolvimento levará dois séculos, até que se atinja a codificação moderna e liberal, em que a disciplina de direito natural entrará a fazer parte do ensino como base da razão jurídica. Se de um lado podemos ver nos teólogos juristas espanhóis as primeiras ideias voluntaristas misturar-se com o direito natural, serão sobretudo os luteranos e alemães que lhe darão a forma final dentro das faculdades de direito, como disciplina de base para os cursos jurídicos. (2014,p.172)

Anteriormente já mencionados, os filósofos ingleses tiveram fundamental importância e destaque nas questões referentes a formação do pensamento jusnaturalista.

Suas ideias filosóficas serviram de base para a fomentação do pensamento revolucionário que tornou possível a organização dos líderes norte-americanos que conseguiram por meio de uma guerra a independência dos Estados Unidos da América, e que posteriormente também serviram de fundamentação para a criação de leis, e de sistemas jurídicos para a recém formada nação.

Tão populares e tão difundidos são Thomas Hobbes e John Locke no que tange ao jusnaturalismo, que se torna quase impossível se debruçar sobre tal assunto sem falar sobre a importância destes dois pensadores para a formação do pensamento jusnaturalista.

O trabalho de Hobbes veio a ser de primordial importância na filosofia política e no direito público. Suas obras *De Cive* (1642) e *Leviathan* (1651) são bastante extensas, o que torna qualquer comentário sobre Hobbes apenas acréscimos, e também o fato de que todos já escreveram sobre ele. O que o torna um autor familiar, pois vez ou outra é citado ou posto como matéria de análise.

O seu direito natural é de fato uma observação sobre a natureza do homem. O que pode ser natural ao ser humano é a proteção do próprio interesse nestas medidas é o contrato, o pacto social, que faz surgir um modo de convívio provável.

Por isso, o direito natural de Hobbes não é o de proteção da dignidade que transcende dos seres humanos. É um direito natural contratual e não democrático.

Nas palavras de Lopes sobre Thomas Hobbes, ele diz:

Hobbes é herdeiro da tradição nominalista inglesa: o mundo não é uma ordem cósmica, com naturezas e essências, mas um complexo de seres individuais. E a vida política só pode ser, portanto, um arranjo de seres individuais, que estabelecem entre si as regras de convivência, num pacto de dominação e sujeição, o pacto de sociedade.” (2014,p.182)

Desta forma, o direito que daí surge não está conduzido para atingir a justiça, a não ser para preservar a paz. A organização, não o bem, é a destinação primeira do estado, ou, se preferirmos, a organização é o bem que o ser humano procura em sociedade.

Se ocorreu um estado de natureza, foi o embate de todos em oposição a todos. Na realidade, o estado de natureza de Hobbes, tal como o de todos os jusnaturalistas, não é uma suposição na verdade, prática, que se pressupõe tenha em qualquer dia existido. É um tipo de dogma, ou consegue se dizer que é uma experiência da racionalidade.

Ademais, em Hobbes o voluntarismo e o poder do direito positivo se tornam exemplos. Somente em desígnio da paz e ordem se pode discordar a autoridade, isto é, quando a autoridade se torna inapta de manter um ínfimo de ordem que ela perde sua autoridade. Ou seja, o desaparecimento da eficácia equivale a perda da legitimidade. O direito natural é pertinente a manutenção do pacto social.

Quanto a John Locke, é um autor paradigmático de outra frente do jusnaturalismo moderno. Assim como Hobbes, suas obras são familiarizadas a todos, graças a sua leitura, e debatida por pensadores políticos em um todo, dentro do aprendizado do direito, pela ampla publicação de sua ideologia no âmbito do direito constitucional e no entendimento sobre propriedade.

Sendo um ótimo clássico, Locke sofre com a divulgação, realizada muito mais em detrimento de um senso comum com que seus pensamentos foram acolhidos, nem sempre em seus escritos são de fato esmiuçados. Deste modo, por exemplo, a conhecida situação para a propriedade natural dificilmente é lembrada.

No entanto Locke é um dos mais notáveis filósofos do direito natural do direito natural, respeitado como o genitor de uma escola de filosofia política, de uma geração do direito e do Estado conhecida por individualismo possessivo.

Busca uma lei natural universal, uma lei racional geral a todos os seres humanos, apta a convencer a todos e assim sendo, ser acatada universalmente. Para tal, deve lidar com o conteúdo partindo de veracidades perceptíveis. Ainda assim, busca comprovar a prática cristã, e suas premissas são afetadas por constantes alusões ao poder de Deus. Sua finalidade é manifestar que o argumento, isto é, o exercício da racionalidade humana, bem instruída, leva inevitavelmente às terminações o mesmo chega.

O direito natural, de acordo com Locke, é cognoscível pela razão. Ademais, o pensamento humano ocorre por processos registrados, pelos hábitos sociais, pela vivência de cada um, pela exibição. Se aprende baseando-se no que já se sabe, escutando quem sabe, praticando. A razão é a aptidão de argumentar sobre componentes antecipadamente conhecidos, afirmando como assegurados, para aproximar-se ao inexplorado.

Quanto a Locke, Lopes simplifica uma parte do pensamento que o filósofo segue:

Segundo Locke, a *tradição* pura e simples não gera o conhecimento do direito natural, mas somente aquele do positivo (que se experimenta). Ora, as tradições, com as civilizações, são contraditórias. Que fazer para ter certeza do direito natural? Apoiar-se na razão natural. E por que nem todos o fazem. A geometria, por exemplo, é óbvia, mas nem todas a inventaram.(2014,p.184)

O estado de natureza é condição para o acesso na sistemática da razão. O estado de natureza é o que todas as pessoas conseguem levar a obedecer a lei natural e tal determina que cada qual zele pela sobrevivência de seu próximo, ao mesmo tempo que não atinja de maneira prejudicial a sua própria.

O estado de natureza é inclusive uma condição de necessidade e de insuficiência. O contrato social para Locke, abandona sua característica externa para ser interna. O argumento para a submissão a uma norma na sociedade civil reside em acreditar na racionalidade dos seus semelhantes.

Esse funcionamento de senso e ponderação transcreve o contexto político para o foro interno. Desse modo o convencimento impõe o respeito entre ambas as partes, e não a já conhecida autoridade da coação. Chegando a conclusão de que não é o temor da pena que nos obriga ao direito, mas sim a reta razão.

Ao idealizar e estruturar o entendimento jurídico, Locke se distancia do direito natural clássico. Lopes adentra no raciocínio filosófico de Locke quanto a propriedade e resume em poucas palavras o pensamento do filósofo:

A propriedade é de direito natural e para ele deriva diretamente do trabalho humano: o suor do corpo e labor das mãos misturam a natureza humana à física. Nesse sentido, o direito de propriedade é um direito natural. E, no entanto, há limites para a apropriação natural: ela só pode valer enquanto houver abundância. Se houver escassez, já não se pode considerar a propriedade natural: tornam-se necessárias regras. Por isso, o direito natural proíbe o desperdício: a frugalidade e a poupança são como exigências da razão. Já no estado civil, é preciso regular o entesouramento. A invenção da moeda liberou a propriedade dos limites do estado de natureza e a partir daí já não cabe falar na propriedade natural, pois torna-se possível acumular, coisa que inexistiria no estado de natureza. No estado de natureza, há uma propriedade natural, mas no estado civil há uma outra propriedade, a propriedade civil e convencional.(2014,p.185)

Apesar de outras colaborações de Locke, uma das primordiais para a democracia moderna é o debate sobre a tolerância. Ele propõe os fundamentos de ações políticas para extinguir os conflitos religiosos. Sua carta, conhecida como Epistola de Tolerantina, que trata a respeito da tolerância, é, no entanto, bem mais que um protesto sobre a tolerância entre cristãos(católicos e protestantes).

Na prática, designa a função do magistrado, ou seja, do Estado, como defensor da ordem pública, da paz, da convivência entre as diversidades, da preservação do direito à opinião própria.

Embora Locke sendo cristão, inicia os fundamentos de um Estado laico, em que exista a divisão de política e religião, sedo esta separação institucional. Em sua carta a respeito da tolerância organiza conceitos que até atualmente são importantes sobre dois assuntos, o direito à palavra e à liberdade de pensamento, e o direito de reunião e associação.

Lopes exemplifica bem as questões tratadas na Carta a respeito das tolerâncias, de Locke:

Quais os princípios racionais que impedem a tolerância de alguns, ou seja, em que casos os magistrados podem retirar de alguns o direito de pregação, expressão, ou reunião? A regra geral(universal e racional) parece ser a seguinte: não se podem tolerar os intolerantes. Em outras palavras, aqueles que negam iguais direitos a seus opositores não podem ser tolerados. O princípio desta regra geral é que a tolerância é o fundamento da convivência social, pois esta naturalmente é convivência de opiniões diversas e não de opiniões iguais. Assim,

aqueles que negam o direito à diversidade, negam a possibilidade de convivência. Eles dissolvem a sociedade civil. Curiosamente, o respeito ao indivíduo não se faz por respeito ao indivíduo isoladamente, mas tendo em vista a manutenção da convivência política, do próprio estado civil. Em outras palavras, o individualismo de Locke está em função de uma forma de vida social, e não para que cesse a vida social. Porque ele pensa assim é empiricamente necessário, e racionalmente possível, determinar os limites para a tolerância.”(2014,p.186)

Mesmo sendo formulada em bases religiosas, a interpretação de Locke é um dos pilares para a liberdade moderna de compreensão e de pensamento. Foi elaborada em fundamentos religiosos, mas idealiza um Estado laico, e uma educação laica. Também estrutura os critérios da liberdade de associação, dos partidos políticos de cunho ideológico.

Fica assim a explanação quanto ao jusnaturalismo, seus pensadores percursos e o direito natural no âmbito histórico. E inicia-se agora um aprofundamento no pensamento positivista.

## **2. POSITIVISMO**

Até o surgimento do Iluminismo, com todas as modificações e inovações sugeridas pelos pensadores do período, o entendimento de poder político do Antigo Regime é principalmente jurisdicional. Toda função do governante é um fazer justiça, até mesmo quando legisla e administra. A característica das cortes, como instituto de conselho e discussão para uma resolução ciente e devida, sugere que as disposições gerais, que atualmente chamaríamos de leis, eram vindas de uma decisão.

O Estado sendo modernizado com a decorrente conversão do príncipe ou do governante de juiz superior em legislador superior simboliza a transmutação concomitante da função dos juristas.

São compelidos a separar política e jurisprudência. Poucos foram complementar as comissões legislativas, fomentadora das reformulações dos ordenamentos régios, ou do Estado.

Esses juristas, ainda têm mais à diante o encargo de suplantar o direito medieval. É um encargo que se alcança com nitidez na segunda metade do século XVIII. Tal encargo é devido ao empenho intelectual dos jusnaturalistas, à proporção que eles, com seus ideais individualista e seu raciocínio jurídico bem estruturado, proporciona a inovação dos códigos.

Lopes nos contempla com uma explicação sucinta do que viria a ocorrer dali para frente no mundo jurídico:

É o tempo do jurista letrado, professoral, erudito. Todos, porém, precisarão gravitar em torno da corte régia. Como legisladores ou como juízes, os órgãos capazes de emprega-los e aproveitar-lhes o serviço são já os órgãos centrais do novo Estado absolutista e ilustrado. Nas províncias, continuam a vigorar costumes locais, juízes ordinários de câmaras, não letrados, não formados em universidades. São homens comuns, capazes de compreender o senso comum, as regras de um direito natural racional potencialmente. Mas seu direito é o *ius rusticorum*: não se compara com o dos juristas cosmopolitas dos novos tempos. O jurista letrado tradicional, formado no *ius commune*, também precisa desaparecer e é por isto que se reforma a Universidade em Portugal. Está sendo preparada a nova onda de juristas do Estado nacional e da burguesia, da ordem do mercado, do contrato, da propriedade e da paz administrada pela resolução de disputas individuais.(2014,p.212)

Daí em diante uma nova corrente de mudanças chega ao ensino do direito no século XIX. É o surgimento do positivismo. Sua consequência é gradativa e diferenciada. Gradativa, pois não influencia por completo de uma hora para outra o ensinamento e os dogmas jurídicos; diferenciada pois a transplantação do positivismo para o direito não pode ser realizado simplesmente esquecendo o costume anterior.

A ideia de uma instrução positivista, fixa-se no legado da filosofia do restante do século XVIII. Primeiramente, se define uma diferenciação entre sujeito e objeto do conhecimento e suas ligações mútuas. Também, propõe uma objetivação do conhecimento evidente pelo manuseio e pelos experimentos.

O debate sobre o positivismo é grande e atualmente, quando o positivismo demonstra enfraquecimento, este debate é muito maior, uma vez que o legado filosófico positivista demonstra variadas vertentes, e os que oferecem práticas não positivistas também perfilam em pontos de vista diversificados.

No âmbito do direito o positivismo proporcionou ao juristas comodidade de que estavam ainda recentes como o desenvolvimento completo do pensamento. Se o conhecimento medieval se misturava com a especulação, e se o conhecimento moderno se juntava ao encurtamento de fronteiras do mundo, os juristas estavam, a seu modo, integrados aqueles princípios de ciência.

Os operadores do direito, escolheram um objeto e o priorizaram, foi a lei, o ordenamento positivo. Esta escolha foi realizável precisamente porque o Estado moderno, em fase de modificação para Estado liberal, conseguiu manter-se com a concentração das suas

origens normativas, com a concentração da jurisdição e com o ideal do constitucionalismo, na qual toda normatização baseava-se de requisitos constitucionais.

Da outra parte, o Estado liberal que surgiu no século XIX adquiriu a mesma busca pela totalização do mercado, das mercadorias e da moeda, e submeteu-se a um crescimento territorial e de suas funções contínuas. O sistema burocrático aumentou, o monitoramento disciplinar também, a função do jurista limitou-se à interpretação da Lei.

O positivismo também estabeleceu um rompimento com o senso comum, que tende a ser conservador e fixo. O estado liberal necessitava ser estabelecido, necessitava ser formado e também era preciso trocar o Antigo Regime.

As leis deste Estado surgiram para acabar com todo o direito anterior e seu mecanismo favorecido foi o Código, uma legislação que discorre ordenada e totalmente sobre um tema especificado.

O Código queria ter uma característica inquestionável. Se opunha à ausência de sistema das estruturas anteriores.

Lopes elucida como os Códigos dali em diante foram se popularizando e surgindo em vários ordenamentos jurídicos mundo a fora:

Em 1804, entrava em vigor o Código Civil dos franceses, o *Código Napoleão*. Em 1811 aparecia o Código Civil da Áustria (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* – ABGB), precedido que já fora pelo Código Penal austríaco de 1803. Os códigos eram uma ameaça à velha ordem. O célebre Savigny opôs-se à codificação do direito alemão, em nome da tradição popular e do “Espírito do Povo”. De fato, estava defendendo o mundo antigo, inclusive o modelo antigo de professor, aquele que criava a ordem jurídica pelas suas intervenções “científicas” e não se submetia à ordem criada arbitrariamente (não cientificamente) pela legislação. Era um projeto destinado ao fracasso, pois sua viabilidade dependia de não haver um Estado legislador liberal, capaz de impor-se. Era, aliás a situação concreta da Alemanha, em que o Código Civil, como queriam seus defensores, viria antecipar a unificação, realizando-a no direito privado antes que se realizasse no direito público e constitucional. Quando o Estado se instala, os professores deverão tornar-se exegetas do direito positivo. Serão reduzidos à reverência pelo texto lei, como os primeiros glosadores eram reduzidos ao temor reverencial pelo texto Justiniano, com a importante diferença de que o texto Justiniano, todos sabiam, não era direito aplicável diretamente por nenhum soberano contemporâneo. (2014, p.214)

O conhecimento jurídico complementava seu distanciamento do ser humano comum.

O fim do Antigo Regime em Portugal, lembrado pelo período do Consulado de Pombal, é expressivo, foi necessário ser paliativo, retirando os juízes leigos e os trocando por juízes letrados. Aumentaram as queixas de incompetência e inaptidão dos juízes ordinários.

Os letrados serão predominantes no aparelho do Estado. E no momento em que vier a reforma liberal, eles serão protagonistas. Mas a referência do jurista culto e letrado será dominante, o bom juiz terá o dever a partir dali, de se submeter à legislação, e mesmo a lei seja a todo o momento considerada demonstração da razão natural.

O bom senso comum, desamparado é duvidoso, bem como é fixo e tradicionalista, é alvo fácil do tradicionalismo e do poder regional, das imposições políticas e da discriminação. Em oposição a esse entendimento comum a melhor solução é a lei, conduta de escolha do soberano, a população, sendo representada pelas Assembleias legislativas e, no caso do Brasil Império, pela Nação, demonstrada pelo monarca.

Um legado contraditório é este do positivismo jurídico. Composta do jusracionalismo moderno a composição axiomática, difundida juntamente com o ideal de legislação e código. Por outro lado, abriga o conceito voluntarista de lei, histórica e positiva.

Dessa forma, em oposição a ciência empírica se atém ao modo dedutivo do século XVIII e distancia-se da apuração. Esta verificação a que se oferece não deve ser outra a não ser para constatar quais as leis publicadas e em vigor, uma apuração documental. Se abandona a alusão ao sistema prudencial que prevalecia no ensino medieval. O positivismo se associa, a uma forma dedutiva que tem seu começo em dois acontecimentos na história moderna, relacionados, a soberania do Estado e o movimento de codificação.

É fundamental ressaltar uma tripartição que ocorreu com o tema do positivismo jurídico. Houve a divisão no modo como se configura o juspositivismo, foi dividido em método, teoria e ideologia.

Agora em se tratando do positivismo jurídico como ideologia. É primordial a distinção entre a interpretação extremista e a interpretação moderada do positivismo ético.

Uma grande parcela das críticas realizadas pelos antipositivistas é válida apenas pela interpretação extremista e não pela moderada. Com menção ao positivismo extremista, tem que se observar primeiramente que em raros casos esse foi o fundamento com coerência até os extremos resultados pelos pensadores.

Em segundo lugar, no decorrer da história não depara-se com uma resolução definitiva entre positivismo jurídico e positivismo extremista.

Com parâmetro no positivismo moderado é, historicamente justo relatar que é exatamente conectado com o positivismo jurídico, mas nessa conjuntura são infundadas tais

críticas que da extrema jusnaturalista foram a ele proferidas, pois a compreensão moderada do ideal juspositivista não leva por completo ao totalitarismo político.

Na verdade essas queixas podem ser inversas, posto considerar a ordem, a igualdade formal e a certeza como princípios próprios do direito refere-se a um sustentáculo ideológico favorável ao Estado liberal e não ao totalitário ou, de qualquer forma de tirania.

Tais princípios foram reclamados pela onda iluminista que se espalhou pela Europa e em consequência também no restante do mundo, em oposição ao Estado totalitário, e foram feitos pelo Estado liberal democrático do século XIX.(LOPES,2014)

É necessário acrescentar que, particularmente na Itália, o princípio de legalidade é reclamado pelos juspositivistas não para afirmar o fascismo, mas para criar uma obstrução aos seus mandos e desmandos arbitrários.

Declarar que a legislação deve ser respeitada significa, sob o regime antecessor, preservar a liberdade individual prejudicada pelos excessos do poder político, que não observa a lei.(LOPES,2014)

Agora em observação ao positivismo jurídico como teoria, existe uma divisão que separa em seis concepções fundamentais, e também é preciso constar que esses seis conceitos foram sujeitados à críticas, com a formação de antiteorias, por isso, negadas. Tais teorias conceituais foram; a Teoria imperativa do direito; Teoria legislativa do direito; Teoria coativa do direito; a Teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito; Teoria da completude do ordenamento jurídico; a Teoria da coerência do ordenamento jurídico.(LOPES,2014)

Agora, sustenta-se que as críticas às três primeiras teorias não são sólidas e, de qualquer jeito, estas teorias ficam incólumes em sua natureza, mesmo após perceber as objeções a elas direcionadas.

A crítica as últimas últimas três teses é, ao contrário, fundamentada. Pois um ordenamento jurídico não é absolutamente coesivo, porque podem conviver no contexto do mesmo ordenamento duas normas não compatíveis e mesmo assim serem as duas validadas, um ordenamento jurídico não é absolutamente completado, pois a completude provém da norma geral própria ou norma de clausura, que em grande maioria dos casos não existe, o entendimento do direito realizado pelo juiz não compõe-se nunca no simples cumprimento da lei com fundamento em um método lógico.

E até mesmo que disso não se atine, para realizar a decisão ele tem que a todo momento incluir ponderações pessoais, terá que realizar escolhas que estão relacionadas a estrutura legislativa que ele tem que praticar.

As três primeiras e as três últimas teorias não têm, porém, a mesma relevância na sistemática da teoria juspositivista, as três primeiras, compõe os pilares da teoria, ao mesmo tempo as três últimas têm relevância apenas secundária.

Assim pode-se falar de uma teoria juspositivista em sentido mais amplo, conforme as que se reúnem por completo todos os seus pensamentos, se não reúnem somente as três primeiras.

Já no positivismo jurídico como método não existem diferenciações a serem realizadas. De maneira que a ciência reside no relatório avaliativo da realidade, o método positivista é simplesmente o método científico e, por isso, é indispensável segui-lo se quiser realizar a ciência jurídica ou a teoria do direito. Se não adotá-lo, não será possível fazer ciência, senão filosofia ou ideologia do direito.

É primordial elucidar que, com base na ideia de sistema, legado jusnaturalista, constituía-se o movimento de codificação do direito, do qual o fundamental objetivo é estruturar a desordem em que se encontrava o direito não redigido e apresentar ao Estado um mecanismo moderador da vida em sociedade.

Todo esse movimento findará no trabalho científico de Hans Kelsen que elaborará o fundamento para o subsequente desenvolvimento científico do positivismo jurídico, no século XX.

Assim foi possível observar por quais caminhos passaram tanto o jusnaturalismo e o positivismo, dentro da história, permeando entre as leis, doutrinas, códigos, ordenamentos jurídicos e influenciando a sociedade e seus mecanismos políticos e de convivência, entre eles até mesmo o célebre contrato social.

Ao que leva a pesquisa a mais uma explanação, adentrando aos estudos realizados por Hans Kelsen e seu normativismo jurídico.

### **3.1. Normativismo de Hans Kelsen**

Hans Kelsen, como intelectual do saber jurídico, mais do que habilita-se dentro do variado movimento a que se familiariza denominar de positivismo jurídico. A relevância de fixa-lo nesse movimento está em identificar seu pensamento, suas fontes essenciais de influencia e entender seus anseios teóricos.

Nessa perspectiva, há estudiosos do positivismo que divergem por completo da perspectiva de Kelsen, o que estimulou a que citasse a teoria do filósofo austríaco no tocante ao positivismo jurídico.

Inspirado no positivismo científico do século XIX, o positivismo jurídico, como corrente de entendimento contrário a qualquer teoria naturalista, histórica, antropológica e sociológica, entrou de tal maneira nos ramos jurídicos, que seus pontos de vista transformaram-se em instrução indispensável e exigido para um maior e melhor entendimento lógico da sistemática do direito.

Sua colaboração é evidente na acepção de que oferece uma perspectiva integrada e científica do direito, contendo, o método do positivismo jurídico distingue que o que não pode ser constatado racionalmente não poderá ser cónito, sem sombra de dúvida, tira a justificativa e os propósitos, se conformando com o que contenta os requisitos da análise e dos experimentos, por isso limita-se ao posto.(BITTAR,2006)

Com as bases teóricas firmadas no método positivista é que Hans Kelsen buscou traçar uma ciência do direito privada de qualquer outra influência que lhe fosse exteriorizada.

Desta forma, afastar o acontecimento jurídico de perversões exteriores a doutrina seria proporcionar cientificidade. Nessa perspectiva, a reclusão do método jurídico seria a solução para a independência do direito como ciência.

Desse modo, por meio das pretensões de sua teoria, teria uma especificação do direito que dissesse a respeito apenas a uma especificação genuína do direito.

E ao problema de onde estaria a base de apoio de todo o sistema jurídico a resposta de Hans Kelsen apresenta é a de que em um alicerce ordenado de normas, aonde a última apresenta-se como norma primária, o cume de uma pirâmide de vínculos normativos. Aonde existe hierarquia, existe dependência entre normas, onde existe dependência, a validade da norma ordinária é tirada da norma superior, e dessa maneira até uma última norma, a norma basilar.

Esta não é a norma constitucional de um Estado, mas uma conjectura lógica do sistema, o ápice da pirâmide estruturada de normas jurídicas. Ela é inexistente na história, e também inexistente fisicamente, mas é conjecturada logicamente.

O regimento teórico da norma primordial figura ser o grande problema para essa concepção da teoria de Kelsen.

Por essa mesma perspectiva é que é possível esmiuçar esse tema com outros termos.

Para Hans Kelsen, a Teoria do Direito tem dois juízos de valor; valores de direito do qual o ponto de vista objetivo é a norma jurídica; valores de justiça, do qual o ponto de vista subjetivo repousa em elementos inconstantes.

Discutindo-se os valores, é possível dizer que a norma jurídica é a proteção exclusiva para a Teoria do Direito; é ela o epicentro das inquirições positivistas do direito. Entretanto,

ela não é a fácil expressividade da vontade do legislador, pois são várias os prováveis anseios do legislador, o que transforma a pesquisa da norma uma informação fluída.

Dessa forma, o agrupamento das normas configura a ordem jurídica, que é um conjunto hierárquico de preceitos legais. Toda e qualquer ordem jurídica necessita de um regresso *ad infinitum* através das normas, chegando a norma fundamental.

De outro modo, inexistente para a norma fundamental, devem-se assentir conjecturas abstratas para a justificação da ordem jurídica. O que é reconhecido, é que ocorre um consentimento de todos em concordar com a Constituição, e é partindo desta informação elementar que obriga a limitar o jurista; esse é o princípio da eficácia de Kelsen.

Ele conclui sustentando que a ciência jurídica não tem lugar para os juízos de justiça, tão somente para os juízos de direito.

Toda essa condução de normas por uma norma primordial não tira a viabilidade de o juiz trabalhar utilizando e elucidando, isto é, originando normas próprias. Da mesma forma a ação aplicativa é uma atividade que está envolvida com as normas; esclarecem normas gerais e formam-se normas individuais.

Ao passo que, a orientação as normas jurídicas estendem-se por meio da compreensão, porém esta não constitui-se em um procedimento de entendimento de uma orientação subjetiva, provocada por leis morais ou naturais; refere-se facilmente das perspectivas de sentido de uma matéria normativa, em seu sentido expresso.

Nesta esquematização de ideias, apreciação e aplicação estão estreitamente elencadas, porque refere-se a um processo cognitivo em curso ao estabelecimento da razão da norma a ser empregada. Não existem normas jurídicas que não venham a percorrer pelo processo de interpretação.

A interpretação que é basicamente o entendimento do sentido literal das palavras da lei, ainda assim, não está vinculado apenas à execução do direito, porém também aos processos de conhecimento da ciência do direito; ao operador do direito teórico, como ao operador prático, concerne a interpretação.

Dessa maneira, para aquele vai ser a função do pensamento que distingue os prováveis caminhos jurídicos de uma nova norma jurídica, e para esse, uma ação de seleção entre um desses prováveis caminhos através de um ato de vontade, a decisão. Existem, desta maneira, para Kelsen, duas formas de interpretação.(BITTAR,2006)

Quem utiliza o direito realiza a conhecida interpretação autêntica do direito. Autêntica no sentido de querer dizer que refere-se a realização da interpretação unida com a aplicação. É esse procedimento que pode finalizar à corrente das interpretações e debates a

respeito da via de uma norma jurídica. Nesse seguimento, ao passo que a ciência do direito discute, o operador do direito delimita.

Tudo isso é possível por que a norma jurídica não tem apenas um sentido, mas uma variedade de possibilidades. As variadas viabilidades jurídicas possibilitam muitas alternativas, e é aí que habita a liberdade do juiz, no poder de decidir qual das vias é a mais pertinente para o caso determinado.

Realizada a definição, porém, não existe nada no Direito Positivo que concede dizer que essa escolha é mais sensata que a outra. Ainda nenhuma maneira transforma essa apuração em um ato objetivo e positivo a condição de prejudicar as possibilidades de preferencia do juiz.

Essas esquematizações são suficientes para reavivar a postura positivista e normativista recorrentes nas obras de Hans Kelsen.

Em se tratando de prosseguir na compreensão do assunto justiça em Kelsen, deve-se primeiro entender a relação trazida entre as normas jurídicas e as normas morais. Dessa forma, debater sobre justiça é debater sobre normas morais. As normas jurídicas vão ser estudadas pela ciência do Direito, e são regras entre outras sociais, e essas últimas morais, tema de estudo da ética como ciência.

Partindo da discussão de direito justo e direito injusto, aproveita-se da doutrina que não é possível ser justo ou injusto. Por essa via, o direito positivo deve ser acatado, pois seu princípio está na natureza e na consequência da própria justiça, não está ao alcance; o Estado é apenas dispositivo para a execução da justiça. O respeito, mesmo em se tratando de leis parciais, não deve haver restrição; assim sendo, o direito positivo vem justificado e a legitimação deste direito vem do direito natural irracional. O que Hans Kelsen refuta veementemente.

Porém, resposta alguma, tampouco, sobre o que venha a ser justiça se pode encontrar, para Kelsen, nas teorias jusnaturalistas.

Observa-se que em todo estudo ou teoria formulado sobre o direito natural, qualquer que seja sua fonte e sua propositura, sempre estará buscando uma estabilidade de valores inerentes na “natureza”. Dessa maneira, o que acontece é que o ceticismo leva Kelsen a comprovar que o campo dos valores está desprovido de qualquer estabilidade; a presença de valores diferentes é motivação para a descrença de filósofos da matematização e do extremo rigor.

Não acatando a existência da justiça com fundamento em pressupostos que não são científicos, sua doutrina margeia a noção de justiça relativa, como resposta ao questionamento do que seja a justiça.

O que é válido predomina sobre o que é justo, pois o que é válido está em acordo com os métodos de realidade normativa de determinado ordenamento jurídico; o que é justo, no que concerne, está no designo das conjecturas, dos valores etc. e acatar que o justo predomina em relação ao válido é alternar o *certum* pelo *dubium*.

O que pode definir a razão da validade de todo um ordenamento é sua norma basilar. A norma basilar já é o suficiente para o fechamento do ordenamento jurídico. Separar validação de justiça, norma basilar de justiça etc. é o objetivo do positivismo de Kelsen.

O que se tem a reter de toda a reflexão sobre o estudo de Hans Kelsen é de que o relativismo da justiça, na teoria kelseniana, é resultado do positivismo jurídico.

Em resumo, suas ideias refletem a compreensão de que há a possibilidade, em ciências humanas, não apenas retirar do fenômeno jurídico o que não é jurídico, mas também assim como entender o fenômeno jurídico como metodologia dotada de certeza, rigor e especificidade; tudo isso é realizado com isenção dos valores.

A independência do Direito para Hans Kelsen, só se torna possível isolando o jurídico do não jurídico. Quer dizer que o Direito, no que tange ciência, deve representar um estudo lógico e estrutural seja da norma jurídica, ou do sistema jurídico de normas.

Nesse intrincado de ideias, o próprio entendimento se torna um ato, de reconhecimento ou não, de definição dos prováveis sentidos da norma jurídica.

O entendimento do juiz, ato providente, por natureza, para Kelsen, se torna em ato de formação de norma individual. Qualquer melhoria no sentido da equidade, dos fundamentos jurídicos, da analogia só são acatados e conhecidos desde que creditados por normas jurídicas.(BITTAR,2006)

A busca da clareza metodológica, demanda, por intermédio de consequência, assim como uma precisa determinação do objeto que completa a ciência do direito. Dessa maneira, torna-se importante analisar, com base na diferenciação entre natureza e sociedade, através de ciências naturais e ciências sociais, existe o Direito.

A sua classificação rigorosa entre a natureza ou a sociedade não é tão clara, uma vez que seja qual for o fato que classifica-se como jurídico. A norma surge, dessa maneira, como um elemento primordial na tipificação do Direito, que se estende como um dever ser, isto é, que alguma coisa deve acontecer, ou que algum indivíduo deva orientar-se de determinado modo.

O procedimento que está presumido por já estabelecida norma compõe o argumento desta norma jurídica e, assim sendo, o dever ser. Já o procedimento concreto, ou fático, está na esfera do ser, podendo ou não satisfazer ao conteúdo de uma norma.

Dessa maneira, o dever ser pode ser o fundamento subjetivo e, ao mesmo tempo, o fundamento objetivo de um ato de vontade. Esse fundamento objetivo pode ser analisado não somente do parâmetro de quem dispõe o ato, mas também do terceiro imparcial. Desta maneira, mesmo que acabe o querer, sabe-se, o fundamento subjetivo, não se perde, da mesma forma, o fundamento objetivo, isto é, o dever ser.

Com esta explicação, Hans Kelsen entende necessário que ao fundamento subjetivo de um ato de vontade seja conferido também o fundamento objetivo de uma norma superior que disponibilize competência ao ato. Dessa maneira, se tem como validade uma norma que seja determinada em concordância com uma norma superior.

A existência de uma norma jurídica refere-se à sua validação, ou, o que tem mesmo fundamento que a norma tem força de essencialidade para aqueles da qual conduta regulamenta. A validação é qualificada, dessa forma, com a razão obrigatória das normas que orientem uma estabelecida conduta ao indivíduos.

Ao lado deste fundamento, aparece a concepção da eficiência, que associada com a realidade dos fatos, indica que os órgãos e indivíduos contemplam de fato as normas que formam uma ordem de fato as normas formam uma ordem jurídica.

Para que seja possível impelir esta viabilidade na conduta das pessoas, em circunstâncias de eficácia deve haver uma, norma validada. Dessa forma, mesmo aceitando que a validação e a eficácia sejam duas qualificações diferentes, existe uma certa ligação entre as duas. Hans Kelsen aplica a eficácia como a premissa da validação.

Tal aspecto não é perdido se, por ventura, uma norma individual não tenha eficácia. Concerne a análise de Kelsen, uma norma que jamais é acatada, não poderá ser considerada uma norma validada. Nessa circunstância, a validação e a eficácia aparecem em etapas cronológicas diferentes, uma norma vigora antes de tornar-se eficaz.

Desta forma, um juiz que emprega uma lei após a sua publicação no Diário Oficial, estará empregando uma norma validada. Essa falta de eficácia, porém, não se prolongará no tempo. A eficácia não está somente voltada aos órgãos responsáveis pela aplicação da norma jurídica, mas também aos entes subordinados à ordem jurídica.

Tendo em vista que por eficácia de norma jurídica, não se refere somente a utilização desta norma pelos órgãos jurídicos, fazendo recair a sanção no caso definido, mas também o

comportamento dos indivíduos, ao acolherem uma conduta em oposição àquela que é a presunção de uma sanção.

Tendo como base estes aspectos, pode se falar que a ordem jurídica de um Estado é um conjunto hierárquico de normas. Dessa maneira, a validação de uma norma jurídica sempre é confirmada por uma norma superior. No alto desta ordem escalonada encontra-se a norma fundamental, que não é uma norma de direito positivo, mas sim uma norma supostamente validada. Assim, a norma fundamental é conceituada como o fundamento da validação. A norma fundamental pode ser qualificada como um pressuposto jurídico, ou seja, uma norma que não foi inserida por uma autoridade.

Desta maneira, a norma fundamental é conceituada como uma regra que existe na percepção jurídica, sem, entretanto, se tratar de um tema fático. Essa norma fundamental no ponto de vista de Kelsen, também pode vir a ser uma norma fictícia, no sentido de não se tratar de um verdadeiro ato de vontade, mas apenas de um ato pensado.

A norma fundamental é um dos temas primordiais para a teoria oferecida por Kelsen. Dessa maneira, é objeto de interesse de vários muitos estudiosos. Será dado destaque para as suas principais funções dentro do ponto de vista positivista kelseniano.

A norma fundamental apresentará três funções essenciais. A primeira função da norma fundamental é a denominada transformação de categorias, cabe a ela proporcionar a passagem dos fatos que complementam o mundo do “ser” para a entrada no mundo do “dever ser”.

Dessa maneira, a norma fundamental é a encarregada pela eventualidade de conhecimento de matérias empíricas pela Ciência do Direito. Isso é o mesmo que dizer que o ato de interpretar juridicamente o material empírico que se mostra como Direito, tão somente é possível sob a circunstância de que a norma fundamental presume-se como validada.

A segunda função, que está exatamente ligada à primeira, refere-se à determinação de critérios que possam fundamentar esta passagem dos fatos, pois a norma fundamental tem a função de definir quais são os fatos, que devem ser tidos como instituidores de direito.

É importante analisar que a norma fundamental apresenta sempre o mesmo conteúdo, isto é, indica que os indivíduos tem que se conduzir de maneira como foi ordenado pelos patronos da Constituição, ou seja, os mesmos que organizaram a primeira Constituição.

Deste modo, o direito válido é estendido a partir dos princípios da Constituição.

Essa é a principal tarefa da norma fundamental, representar o parâmetro de definição do jurídico.

Com base nisso, uma norma receberá personalidade jurídica, na medida em que se compreende na estrutura escalonada de normas que tem, em seu ponto mais alto, a norma fundamental.

A formalidade da proposta de Hans Kelsen atribui o caráter jurídico a definida norma, a partir do instante em que a sua elaboração poderá ser direcionada para a norma fundamental.

Uma terceira função da norma fundamental está delimitada à formação da unidade, ou seja, ela é responsável pela mudança de uma ordem jurídica em um conjunto de normas. Esta norma fundamental formata o elo entre todas as normas jurídicas, idealizando uma ordem.

Uma norma jurídica é pertencente a definida ordem jurídica, uma vez que decorre a sua validação da norma fundamental que faz parte da ordem. O fundamento dessa validação é a norma fundamental, da qual surge a validação de todas as normas jurídicas que pertencem a essa ordem.

Estando o Direito sendo considerado uma ordem normativa do comportamento humano, não seria possível subsistir, e, supostamente, não alcançaria o seu objetivo, se fosse apenas um grupo de conselhos.

Dessa maneira, se trata, na verdade, de uma ordem coativa, pois procede contra circunstâncias consideradas desagradáveis, através da supressão da vida, da liberdade, de bens econômicos entre outros, se necessário através do uso da força física. Neste específico, o Direito diferencia-se das demais ordens sociais.

O Direito busca garantir a paz, mas uma paz imprevisível, não absoluta, a saber, ele não permite que o indivíduo use a força, mas garante o seu uso à comunidade. Para sustentar este argumento, Kelsen também propõe uma hermenêutica que vem ao encontro dos pressupostos metodológicos de uma Ciência do Direito.

Colocando na prática o ideal que surgiu de um sistema de governo baseado em Declarações de Direitos, elaboração de uma constituição firme e consolidada em valores democráticos e uma forte organização judiciária.

Os Estados Constitucionais são um reflexo dos avanços nos sistemas de organização tanto social quanto jurídico, e que também só foi possível com a evolução dos direitos fundamentais, que garantiram na maioria dos países, Estados democráticos e baseados na garantia dos direitos de todos os cidadãos.

Estes Estados tem como base um sistema normativo fundamental.

Talvez seja a melhor e maior herança das primeiras declarações de direitos oriundas da América do Norte, os Estados Constitucionais.

### **3.2.O Estado Constitucional**

Um Estado Constitucional, na definição de Estado anexado a um sistema normativo primordial, é uma concepção moderna, tendo aparecido juntamente ao Estado Democrático e, desde logo, sob influencia dos mesmos conceitos. Os estudiosos constitucionalistas, que se aprofundam no problema da gênese as constituições, indicam manifestações dispersas, iguais, sob certos ângulos, ás que se observam no Estado Constitucional moderno.(DALLARI,2013)

O constitucionalismo, tal como a democracia moderna, tem suas origens no fim do sistema político medieval, passado por uma etapa de transição que iria chegar ao século XVIII, quando aparecem os registros legislativos denominados de Constituição.

Em amplo sentido, pode se dizer que o constitucionalismo moderno tem sua origem no século XVIII.

Conciliando vários elementos que iriam definir o surgimento das constituições e imbuir lhes os aspectos fundamentais. Influenciada pelo direito natural, extensamente divulgado pelas obras dos contratualistas, confirma-se a supremacia do individuo, provido de direitos naturais inalteráveis que deveriam passar a ter proteção do Estado. Junto disso, desenrola-se a luta em oposição ao absolutismo das famílias monárquicas, recebendo enorme força os movimentos que pregavam a limitação dos poderes dos governantes.(DALLARI,2013)

São três os grandes objetivos, que, juntos iriam transformar-se no constitucionalismo, a afirmação da supremacia do individuo, a indispensabilidade da limitação do poder dos governantes e, a convicção nas virtudes da razão, embasando a procura da racionalização do poder.

Esse último, figurando como uma ferramenta para formação das condições que permitissem a obtenção dos demais, foi nitidamente manifestado pelos pensadores que mais de perto interferiram na Revolução Francesa.

E do mesmo modo que acontecera com o ideal de democracia, também a de Constituição teve mais totalidade na França, dali se defendendo para outros países e

continentes, exatamente porque fundamentada na razão, que é comum a todos os povos, mais do que em contextos particulares ao lugar e à época.

Nos Estados Unidos também uniram-se aqueles objetivos fundamentais, que formaram o constitucionalismo.

Os pensadores iluministas franceses tiveram grande influência sobre a Revolução Americana, que também incorporou-se ao rito da razão. Para os americanos, ainda muito menos para os franceses, a fase da Constituição foi uma era de racionalismo, a convicção na prática da razão, desempenhando à luz da experiência, para mudar o curso dos fatos para vias benéficas.

A este respeito, naquele período, o homem foi mais dono de seu destino do que no referente à habilidade política, parecendo-lhe fundamental destacar que os Estados Unidos da América não foi consolidado em um período de obscurantismo e credulidade. Pelo contrário, surgiu em uma época em que os direitos do ser humano eram bem mais assimilados e mais nitidamente delimitados do que em qualquer outra época.

O constitucionalismo, ainda que apoiado sempre pelos mesmos propósitos básicos, teve particularidades diversas, conforme as condições de cada Estado.

Com o resultado, aparecendo em um momento em que a doutrina econômica que predominava era a liberal, integrou-se o constitucionalismo ao conjunto de ideias que iriam configurar o liberalismo ao conjunto de ideias que iriam configurar o liberalismo político.

Esse, por sua vez, ampliou-se como núcleo das demandas a favor dos direitos e da liberdade do indivíduo. Desta maneira, em alguns Estados o constitucionalismo foi o dispositivo de consolidação política de novas classes econômicas.(DALLARI, 2013)

Em se tratando da Constituição em sentido formal, existe a lei fundamental de um povo ou o agrupamento de regras jurídicas atribuídas de total eficácia, relacionados à estrutura e ao desempenho do Estado. Essa distinção entre os sentidos material e formal é de grande valia para a avaliação da autenticidade da Constituição.

Da própria definição de Constituição, resultado da junção dos sentidos material e formal, discorre que o titular do poder constituinte é sempre o povo. É nele que estão os valores fundamentais que expressam as condutas sociais, sendo assim, ilegítima a Constituição que incide os valores e as pretensões de um indivíduo ou de um grupo e não do povo a que a Constituição se incorpora.

A Constituição autêntica vai ser sempre uma junção de princípios individuais e princípios sociais, que o próprio povo escolheu por intermédio de experiências.

A Constituição foi expressão de afirmação da liberdade de povos e indivíduos. Em se tratando de direitos individuais ela teve, quase em todos os Estados constitucionais, o sentido de expressão e composição dos direitos fundamentais, mas com eficiência jurídica restrita, visto que, se ela exercia com eficácia como delimitador dos poderes e proteção contra a violação de direitos, necessitava de força cogente para garantir, na prática, a efetuação dos direitos, tendo-se generalizado, no conceito constitucional, a compreensão de que as normas constitucionais relativas ao exercício dos direitos individuais, da qual a efetuação dependia de ações de terceiros, fossem esses os Estados ou indivíduos, precisavam de complemento por lei ordinária para se transformarem em judicialmente exigíveis.

Nos séculos seguintes houveram também importantes avanços nas questões do direitos fundamentais, abrangendo várias áreas, como os direitos sociais, direitos dos trabalhadores, universalização da participação popular na escolha de seus governantes e direitos humanos. É preciso lembrar alguns desses importantes avanços, muitos dos quais só foram possíveis por conta das influências das primeiras publicações.

Com base na homologação pela Organização das Nações Unidas, no ano de 1948, da Declaração Universal de Direitos Humanos, teve o começo de uma nova etapa na história do constitucionalismo.

E um tema de excepcional relevância foi a proclamação dos direitos econômicos, sociais e culturais, com a mesma valia e a mesma efetividade jurídica dos já tradicionais direitos civis e políticos, que até então aglomeravam a plenitude dos direitos individuais. Um dos resultados disso foi o desenvolvimento do papel político e social do Estado, que deixou de ser somente o protetor da liberdade e dos direitos para contrair um papel atuante na formação de circunstâncias para efetuação dos direitos.

Dessa maneira, foram quebradas as barreiras que restringiam as ações do Estado em nome da defesa dos direitos individuais. Tudo isso gerou o surgimento de novas Constituições, estabelecendo também significativas mudanças no papel constitucional dos Poderes do Estado, pois surgiu a necessidade de uma nova legislação e na determinação dos instrumentos de atuação e o judiciário passou a ser muito mais que um assegurador da obediência à legalidade estrita, para ser, em vários casos, um integrador das normas constitucionais, aspirando dar-lhes eficácia.

Essas modificações vem sendo instrumento de inovações teóricas, expostas dentro da subscrição de sentido muito amplo que é o neoconstitucionalismo, sendo determinados alguns pontos primordiais, como a afirmação da natureza jurídica dos conceitos e normas constitucionais, o alcance universal da Constituição quanto a todos os fatos e a todos

os acontecimentos que tenham alguma consequência sobre os direitos e, ainda, a supremacia da Constituição no contexto de um sistema jurídico.

Na realidade, não perdeu a necessidade de impelir restrições ao poder para preservação dos valores fundamentais do indivíduo. Ainda que se entenda ultrapassado, tal como se deve observar, o ponto de vista ultraindividualista de direito e liberdade, elaborada pelo liberalismo e exercida para amparar privilégios, o indivíduo continua a ser o pilar da vida social, necessitando proceder à junção dos valores individuais e coletivos e elevá-los de modo adequado. E para a proteção e promover os valores fundamentais de convívio é imprescindível o Estado Democrático, que impõe a prática de princípios jurídicos básicos, oriundos da própria realidade.(DALLARI, 2013)

Muitos elementos de influencia se juntaram para que se chegasse à noção da existência de direitos pertinentes à natureza humana, que antecedem a própria essência do Estado. Em razoável medida, os mesmos elementos que criaram os movimentos pelo Estado Constitucional motivaram a formação de Declarações, estabelecendo valores e condições que deveriam ser aceitas por todas as Constituições.

Mas, pelo próprio contexto de se conferir às Declarações uma autoridade que não respalda-se em processos legais, observa-se que na sua base está a convicção num Direito Natural, que surge com o homem e é indivisível da natureza do homem.

Já aprofundado antes é importante ressaltar esse tema referente ao início das principais fontes de inspiração para as futuras Declarações de Direitos.

Mesmo que a Inglaterra tenha dado o ponta pé inicial, nada obstante encontra-se na França o mais participante e ativo centro de propagação de ideias, foi na América, na antiga colônia de Virgínia, que nasceu a primeira Declaração de Direitos.

Mesmo antes de se declararem independentes, as colônias inglesas da América uniram-se em um Congresso Continental, em 1774, tendo o Congresso proposto às colônias que constituíssem governos independentes.

Quem avançou primeiro para isso foi justamente a Virgínia, que publicou uma Declaração de Direitos, que em sua clausula primeira preconizava “que todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais, quando entram em qualquer estado de sociedade, não podem por qualquer acordo, privar ou despojar os pósteros; quer dizer, adquirir o gozo da vida e liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade, e perseguir e obter felicidade e segurança”.(DALLARI, 2013)

Posteriormente seguia-se mais quinze clausulas, identificando-se nessa Declaração praticamente todos os conceitos básicos do constitucionalismo americano.

Diversas outras colônias norte americanas também aprovaram Declarações parecidas, conservando a mesma linha fundamental.

É sem dúvida que essa Declaração, influenciou na vida constitucional das nações ocidentais. A Declaração de Direitos da Virgínia representou um salto notável na história da consolidação dos valores fundamentais da pessoa humana. Porém como realização do século XVIII, sua característica é claramente individualista, subordinando a vida social ao indivíduo e conferindo ao Estado a finalidade de conservação dos direitos individuais. Neste período a Declaração de Direitos da Virgínia foi a mais avançada em muitas características, em que a sociedade não poderia restringir o homem dos meios de adquirir e possuir propriedade, buscar e atingir a felicidade e segurança.

Em se tratando da hegemonia do liberalismo, ela garantiu, no entanto, o predomínio do sentido passivo do Estado, como usual protetor dos direitos dos que já os tinham, sem nada a fazer pelos que não tinham qualquer direito a conservar.

Diversas declarações se seguiram, tendo em vista a própria França, feito novas proclamações similares em 1793, 1795, 1814 e 1848, pois cada nova onda revolucionária queria conduzir a sua própria Declaração de Direitos. Mas os conceitos fundamentais foram sempre aqueles consolidados na Declaração de 1789, cujo predomínio chegou bastante vívido até o século XX.

No ano de 1689 o parlamento britânico outorgou um documento que se tornou conhecido como *Bill of Rights* e que para muitos teve a definição de uma nova Carta Magna.

Na verdade, este documento, cujo título oficial era “Um ato declarando os direitos e as liberdades da pessoa e ajustado a sucessão da coroa”, logo em seguida a uma declaração que tinha o objetivo de dar legitimidade aos sucessores do rei que havia fugido, bem como assegurar a legitimidade do próprio Parlamento.

O novo texto outorgado por esse Parlamento foi publicado como Declaração com força de lei, razão pela qual passou a ser denominado como *Bill of Rights*.

Essa *Bill of Rights* foi a inspiração para a edição de declarações e leis semelhantes nas colônias inglesas da América do Norte, tendo como consequência a aprovação de um conjunto de dez emendas que foram integradas à Constituição dos Estados Unidos da América.

Esse grupo de emendas, incluindo declarações de direitos fundamentais e suas garantias, foi apresentado por James Madison tendo em vista complementar o que, em suas palavras, era uma lacuna da Constituição admitida em 1787.

Em diversos Estados havia receio de que o governo federal praticasse excessos, afetando direitos e liberdades, e a adesão dessa declaração de direitos e garantias ao texto constitucional apaziguava esses receios.

Sancionadas na primeira sessão legislativa do Congresso e ratificadas em 15 de dezembro de 1791, essas dez emendas começaram a ser identificadas como *Bill of Rights* americana e passaram a ter, dali para frente, notável importância para a garantia da liberdade e dos demais direitos fundamentais nos Estados Unidos.

A junção dessa declaração de direitos e garantias ao texto constitucional lhe da maior eficácia do que teria como simples declaração.

O mesmo foi feito pela França quando, em seguida a aprovação da Constituição de 1791, decidiu integrar ao seu texto a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Na realidade o *Bill of Rights* norte americano, frequentemente reinterpretado pela Suprema Corte, além do que, garante a eficácia de seus preceitos como normas constitucionais, tem sido de crucial importância para a assimilação de novas demandas sociais ao sistema constitucional de direitos e garantias dos Estados Unidos.

Já no século XX o entendimento por uma nova Declaração de Direitos nasceu ao final da II Guerra Mundial.

Ao passo que o industrialismo e o mercado do século XIX, ao mesmo tempo em que buscava levar às últimas consequências os ideais individualistas do liberalismo, favorecera a centralização dos indivíduos que nada mais possuíam do que a própria força de trabalho.

Dessa forma, foi rotulado aos intelectuais e aos líderes não motivados por interesses econômicos a necessidade imperativa de se instituir uma nova ordem social, em que todos obtivessem proteção e tivessem meios de acesso aos bens sociais.

E após a Revolução Russa de 1917, surge o conceito de que os indivíduos que não tem direitos a conservar são os que mais necessitam da figura do Estado.

Por fim, após a II Guerra Mundial, a dificuldade dos direitos fundamentais da pessoa humana foi posto novamente em discussão.

Em 26 de junho de 1945 foi aprovada a Carta da Nações Unidas, designada para fornecer a base jurídica para a permanente ação conjunta dos Estados, em defesa da paz mundial.

Porém as experiências anteriores já haviam deixado bem nítido e evidente que não pode existir paz onde não houver justiça social, nascendo, portanto, a ideia de uma Declaração de Direitos que firma-se as diretrizes para a reorganização dos Estados.

No ano de 1946 foi iniciado os trabalhos de elaboração e organização desse documento, que, afinal, foi aprovado na terceira sessão ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, recebendo o nome de Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Trazendo trinta artigos, a Declaração é precedida de um preambulo, onde se diz que a Assembleia Geral das Nações Unidas *proclama* os direitos fundamentais. É significativo esse termo, pois torna claro que há concessão ou reconhecimento dos direitos, mas proclamações deles, correspondendo que sua existência independe de qualquer vontade ou formalidade.

Deste modo, tratando-se de direitos fundamentais essenciais à natureza humana, nenhum indivíduo ou entidade, nem os governos, os Estados ou a própria Organização das Nações Unidas, tem legitimidade tirá-los de qualquer pessoa.

Indo bastante além da simples preocupação com a conservação de direitos, a Declaração faz especificação dos direitos fundamentais e, no artigo 22, proclama que todo ser humano tem direito à segurança social e à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais fundamentais à sua dignidade e ao independente desenvolvimento de sua personalidade.

A análise dos artigos da Declaração indica que ela consagrou três objetivos fundamentais que são; a certeza dos direitos e deveres, para que as pessoas possam usufruir dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, determinando uma série de normas propensas a garantir que, em qualquer situação, os direitos fundamentais serão respeitados e resguardados; a possibilidade dos direitos, requerendo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários ao proveitos dos direitos.(DALLARI,2013)

O grande obstáculo, ainda não superado, é a obtenção da eficácia das normas de Declaração de Direitos.

Proclamadas como normas jurídicas, antecedentes aos Estados, elas devem ser empregadas independentemente de sua inserção nos direitos dos Estados pela normatização legislativa.

Porém, não existindo um órgão que possa firmar sua efetiva aplicação ou impor sanções em caso de inobservância, muitas das vezes os próprios Estados que aprovam a Declaração agem em oposição as suas normas, sem que nada possa ser feito. Admitiu-se a

prática de incluir nas próprias Constituições um capítulo referente aos direitos e garantias individuais, mesmo porque dessa maneira, agregadas ao direito positivo dos Estados, aquelas normas obtém plena eficácia.

Porém, quando qualquer governo, dispondo de uma posição de força, desatende a Constituição e desobedece as normas as normas da Declaração de Direitos, os Estados restantes ou a própria Organização das Nações Unidas limitam-se a a protestar, quase sempre absolutamente protestos ineficazes, ou de quase nenhum efeito prático.

E em um esforço para conceder eficácia à proclamação dos direitos fundamentais da pessoa humana, a ONU aceitou inúmeros documentos que firmam com mais exatidão e de modo mais concreto os direitos de todas as pessoas ou de modo mais concreto os direitos de todas as pessoas ou de divisões especiais, como as mulheres, as crianças, os deficientes físicos e mentais, estabelecendo regras precisas para a proteção e, mais ainda, a promoção desses direitos.

Podem-se afirmar que a proclamação dos Direitos Humanos, com a dimensão que teve, visando a certeza e a segurança dos direitos, não deixando de reivindicar que todos os indivíduos tenham a possibilidade de aquisição e usufruto dos direitos fundamentais, significou um progresso. Mas sua efetiva prática ainda não foi alcançada, mesmo que haja um amplo reconhecimento de que apenas o respeito a todas as suas normas poderá levar a um mundo de paz e justiça social.

É preciso ressaltar que cada Estado possui, no mundo um direito que lhe é próprio e várias vezes diversos direitos são executados ao mesmo tempo no interior de um mesmo Estado. Existe também um direito internacional que tenciona regular, em um âmbito mundial ou regional.(DAVID, 1998)

Mesmo que de maneira sutil, é possível observar as conexões existentes entre os temas explanados. Desde a Declaração da Virgínia até os Estados Constitucionais vemos a evolução dos direitos que levaram a criação dos sistemas normativos que conhecemos hoje.

Houve a evolução de sistemas medievais arcaicos para sistemas mais modernos e humanizados que levaram a modificações sociais e também nas estruturas basilares dos modelos de governos.

Da monarquia absolutista para governos democráticos que prezam e garantem a alternância do poder em suas Constituições.

Os direitos evoluíram conforme o pensamento e a sociedade evoluíram.

## CONCLUSÃO

Ao fim da exposição dos fatos históricos em que tange o estudo da positivação de direitos, o que se observou em todo o conjunto da pesquisa foram os importantes passos dados nas questões de formulação, implantação e proteção dos direitos fundamentais adquiridos no decorrer dos séculos.

É necessário observar o papel de destaque que as primeiras declarações tiveram, tanto na formulação quanto no resguardo de tais direitos.

Desde a Carta Magna surgida na Inglaterra, e mesmo com o intuito de proteção dos soberanos do período, ali já se observava o tratamento de questões referentes a terras, feudos e também relacionadas aos camponeses e outros membros da sociedade medieval.

Dali em diante com o passar dos séculos, a expansão do império britânico e o surgimento de pensadores e novos modelos tanto de mercado quanto de estilo de vida, tornaram possível um pensamento mais humanizado nas questões referentes aos direitos do indivíduo.

O período do Iluminismo trouxe a tona o questionamento do real sentido da existência do indivíduo perante a sociedade, seu governo e sobre as leis vigentes na época.

Neste período foram discutidas questões referentes as leis naturais, a moral e ética, e também surgiram as primeiras discussões sobre os direitos fundamentais que viriam a garantir uma vida mais digna ao indivíduo.

E neste contexto surgiram os debates sobre o jusnaturalismo, formando-se várias escolas que se debruçavam sobre o tema.

Enquanto a Europa fervilhava nos campos científicos e nos movimentos dos novos pensadores, na distante colônia britânica da América do Norte, movimentos de uma revolução pela independência de suas 13 colônias começaram. Inspirados nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que já ecoavam na Europa, a maioria dos líderes colonos iniciaram sua guerra contra a coroa inglesa em busca de sua independência, a guerra se arrastaria de 1775 a 1783.

E mesmo no início do conflito, o primeiro sinal de uma nova ordem de declarações de direitos surgiu.

Em 12 de junho de 1776, fora proclamada a Declaração de Virgínia, nela a questão das liberdades individuais e coletivas foram tratadas com bastante atenção, tanto para assegurar tais liberdades, quanto para difundi-las, mas de uma maneira que o Estado não

interfira e para garantir ao cidadão que o Estado pertence a ele tanto quanto o Estado é senhor de seu território.

Ao fim da guerra de independência, uma declaração de independência fora proclamada, surgindo então os Estados Unidos da América.

Dessa nova declaração foram aproveitadas e absorvidas da antiga Declaração da Virgínia, princípios fundamentais, tanto no que diz respeito ao indivíduo quanto ao papel do Estado.

Questões como liberdades individuais, direito a propriedade, liberdade religiosa, direito de ir e vir, limitações do Estado, poder do voto e alternância de seus governantes e representantes políticos e também a garantia de um Estado Democrático.

E referindo se ao que se tornou o sistema jurídico da nova nação norte americana, herdaram da antiga metrópole inglesa o sistema de *common law*, o direito costumeiro. Na *common law* anglo americana observa-se um direito baseado com mais ênfase na jurisprudência que no próprio texto da lei, ou seja, uma análise voltada para o conjunto de interpretações das normas do direito proferidas pelo próprio poder judiciário.

E também é necessário citar sobre outra herança inglesa para o direito anglo americano que foi a *equity law* que visa solucionar os litígios de uma maneira mais justa que a solução esperada pela *common law* ou dar uma solução aos litígios para os quais a *common law* não previa solução.

E mesmo esse sistema de leis baseado nos costumes e em jurisprudência, observa-se um intrincado e complexo sistema jurídico encabeçado por sua Suprema Corte.

Em se tratando do jusnaturalismo, Thomas Hobbes é considerado pela maioria como o precursor do de um jusnaturalismo não muito tradicional, porém é o pensador mais citado nessa questão.

Hobbes em sua teoria sugere que faz-se necessária a criação de um pacto social, que seria firmado entre a população e seu soberano, com o objetivo de se preservar a paz e a ordem.

Mas para isso Hobbes cria a ideia de um Estado anárquico, cheio de imprevisibilidades e incertezas, na espera de que a todo instante podem ocorrer conflitos, já que não há positividade das leis e todos os indivíduos são livres e sem impedimentos.

Nesse âmbito, todo o poder concedido ao monarca seria a chave para solução deste Estado de caos, tal poder, vindo do ideal do contrato social de Thomas Hobbes.

Avançando por mais alguns séculos entram as questões da positividade dos direitos adquiridos por vários períodos históricos.

O normativismo de Hans Kelsen já no século XX traz a luz do direito moderno sua obra Teoria Pura do Direito, com a finalidade de conceder cientificidade ao direito, buscou separar as normas jurídicas em um sistema aonde uma ganha validade na relação que estabelece com as demais normas do sistema, de acordo com critérios de subordinação e hierarquia.

Kelsen retira do direito qualquer interpretação política, sociológica e metafísica, tornando sua teoria pura, concentrando se na principal fonte por meio da qual o sistema se forma, a norma jurídica. Ali nasce o direito como ciência pura.

Por ser extremamente positivista, Kelsen faz críticas sobre os pontos de vista de justiça formadas pelas diversas escolas filosóficas, com a intenção de expor que este conceito é bastante amplo e variável, não havendo consenso sobre o que seria esta direito natural como justiça.

Discute também a busca de uma constância de valores relativos na natureza, que leva o campo do jusnaturalismo a uma fonte de discórdia entre seus próprios teóricos.

Expondo os ideais jusnaturalistas e juspositivistas juntamente com os fatos históricos, no decorrer dos tempos, o direito caminhou até a formulação dos conhecidos Estados Constitucionais.

Alguns destes Estados tendo como fonte as primeiras declarações de direitos, e as anexando as suas atuais constituições. No fim do século XIX para o início do século XX surge o que conhecemos como constitucionalismo social. Este foi um período definido pela questão social frente a nova ordem mundial econômica. Aonde destaca-se a necessidade da força estatal intervir no embate de forças individuais, sendo um processo aonde o Estado intervém para resguardar os mais fracos realizando a justiça social.

Nesse contexto além das influencias positivas e benéficas das primeiras declarações nas questões dos direitos individuais, também surge um aprimoramento das garantias dos direitos fundamentais coletivos.

Com base nos estudos, pesquisas e reflexões dos fatos históricos abrangendo um período de mais de três séculos, o trabalho exposto chega a sua conclusão de que as normas, jurisprudência, doutrinas, juristas, operadores do direito e o próprio direito estão em constante mudança, sempre buscando adaptar se, evoluir nas mais adversas situações cotidianas.

Sendo no mais ancestral e primordial direito fundamental, o direito a vida ou nos recentes direitos fundamentais que garantem o direito do cidadão a uma vida digna, com acesso a saúde, educação, segurança e lazer.

Se vê uma ciência em constante transmutação a cada período por qual a sociedade atravessa, transformando se principalmente para resguardar os direitos, muitos dos quais alcançados depois de várias longas décadas de espera. O mundo e a humanidade caminham de mãos dadas com a evolução do pensamento jurídico, ao qual sempre evolui voltado ao indivíduo, tornando não só o direito em uma ciência humana, mas também em uma ciência humanitária, e mesmo que não notado ou divulgado, o direito sempre estará ali, resguardando, pleiteando a defesa do ser humano, tanto em âmbito jurídico ou social. Natural ou positivo, vive-se o direito, e o direito vive.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito: panorama histórico, tópicos conceituais**. 4. Ed. São Paulo. Atlas, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 11. Ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo. Ícone, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria Geral do Estado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre. S.A Fabris, 2001.

FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997.

RENÉ, David. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo. Martins Fontes, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

