

A ESTABILIDADE POLÍTICO-CONSTITUCIONAL

Allan Teodoro Patto

Dissertação de Mestrado em Direito
Especialização em Ciências Jurídico-Políticas

Orientação: Prof.^a Doutora Daniela Serra Castilhos

Coorientação: Prof.^a Doutora Maria Manuela Dias Marques Magalhães Silva

Fevereiro, 2020.



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Allan Teodoro Patto

A ESTABILIDADE POLÍTICO-CONSTITUCIONAL

Dissertação de Mestrado na área de Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Universidade Portucalense Infante D. Henrique para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a Orientação da Prof.^a Doutora Daniela Serra Castilhos e Coorientação da Prof.^a Doutora Maria Manuela Dias Marques Magalhães Silva.

Departamento de Direito

Fevereiro, 2020



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

O preço da liberdade é a eterna vigilância.

- Thomas Jefferson

ÁREA CIENTÍFICA

Ciências Jurídico-Políticas

SUB-ÁREA

Direito Político-Constitucional

ASSUNTO

A estabilidade político-social em um Estado Democrático de Direito.

TÍTULO

A Estabilidade Político-Constitucional

PALAVRAS-CHAVE

Democracia; Estabilidade; Estado; Norma; Política; Sociedade.

KEYWORDS

Democracy; Stability; State; Law; Politics; Society.

AGRADECIMENTOS

À Deus que por amor e misericórdia nos alcançou.

À minha amada Mãe, bússola e âncora. Ela quem renunciou seus sonhos para ver realizar os meus.

Ao meu saudoso Pai, cujas lições ecoam eternamente.

À Universidade Portucalense Infante D. Henrique, centro de ensino que nos acolheu e possibilitou concretizar este sonho.

À Prof.^a Doutora Daniela Serra Castilhos e Prof.^a Doutora Maria Manuela Dias Marques Magalhães Silva, respectivamente, Orientadora e Coorientadora, cujo trabalho e dedicação serve de ponte para a formação de novos Cientistas do Direito.

RESUMO

A presente investigação jurídico-científica destina-se à análise da estabilidade social, sob a perspectiva da função social da norma e seu papel de tutelar os factos sociais no âmbito de um Estado Democrático de Direito. O intuito desta investigação é analisar o comportamento do sistema normativo perante a constante evolução social impelida pelo surgimento de novos factos que impactam a sociedade. A proposta em mãos abordará os seguintes objetos: a sociedade, o cidadão, o Estado e a produção normativa como reflexo dos valores históricos e culturais de um povo. O objetivo desta investigação é analisar a norma positiva como reflexo dos valores de uma sociedade e seu papel fundamental como estabilizador das relações sociais. Serão considerados a relação do indivíduo para com a sociedade, a sua evolução de um ser autónomo para a posição de cidadão, detentor de direitos e obrigações. Serão analisados os valores sociais inseridos na norma, o método de reflexão desses valores no texto e o diálogo de um sistema normativo com outros sistemas paralelos, conforme o método Dialético, Hegeliano. O resultado desta análise buscará apurar a capacidade da adequação das mutações normativas em correspondência às provocações sociais que expressam os valores históricos e culturais de um povo. Esta pesquisa visa estabelecer um paralelo entre a sociedade e a política normativa que tutela as relações sociais. A discussão proposta se encontra inserida no debate contemporâneo da busca pelo sincronismo jurídico-social, cujo intuito é minimizar o hiato entre o surgimento do facto social carecedor de tutela legal e a vigência da norma que o regulamenta.

Palavras-chave: cidadão; democracia; Estado; política social; sociedade.

ABSTRACT

This legal-scientific investigation focuses on the analysis of social stability, from the perspective of the social function of the norm and its role of protecting social facts within the framework of a democratic rule of law. The purpose of this investigation is to analyze the behavior of the normative system in the face of constant social evolution driven by the emergence of new facts that impact society. The proposal in hand will address the following objects: society, the citizen, the state and normative production as a reflection of the historical and cultural values of a people. This investigation aims to analyze the positive norm as a reflection of the values of a society and its fundamental role as a stabilizer of social relations. We will consider the relationship of the individual to society, his evolution from an autonomous being to the position of citizen, holder of rights and obligations. The social values inserted in the norm, the method of reflection of these values in the text and the dialogue of a normative system with other parallel systems will also be analyzed, according to the Hegelian Dialectic method. This study determine the capacity of the adequacy of normative changes in correspondence to the social provocations that express the historical and cultural values of a people. This research aims to establish a parallel between society and the normative policy that protects social relations. The proposed discussion is inserted in the contemporary debate of the search for the legal-social synchronism, whose aim is to minimize the gap between the emergence of the social fact in need of legal protection and the effectiveness of the norm.

Keywords: citizen; democracy; social policy; society; State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 O INDIVÍDUO, A SOCIEDADE E O ESTADO.....	19
1.1 O Individualismo	19
1.1.1 <i>A Progressão do Indivíduo à Cidadão</i>	24
1.1.2 <i>A Relação Liberdade e Igualdade</i>	28
1.2 A Sociedade.....	34
1.2.1 <i>A Sociedade como Elemento de Conservação do Homem</i>	35
1.2.2 <i>A Segurança como Elemento Estabilizador da Sociedade</i>	39
1.3 O Estado.....	40
1.3.1 <i>O Estado e o Cidadão</i>	43
1.3.2 <i>O Estado e o Direito</i>	45
2 A ESTABILIDADE SOCIAL NORMATIVA.....	49
2.1 A Função Social da Norma.....	51
2.2 O Diálogo das Ciências Sociais.....	58
2.2.1 <i>A Utilidade Normativa</i>	62
2.2.2 <i>A Ponderação dos Valores Culturais</i>	65
2.2.3 <i>A Norma e a Mutação Social</i>	68
2.3. A Maleabilidade Normativa.....	73
2.3.1 <i>Hard Law</i>	75
2.3.2 <i>Soft Law</i>	78
3 A SINCRONIZAÇÃO ESTÁVEL DOS VALORES SOCIAIS.....	84
3.1 A Globalização Jurídico-Política.....	88
3.2 A Interpretação Democrática da Norma.....	97
CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111

INTRODUÇÃO

A história é, em verdade, impensável como algo de concluído, mera catalogação morta de factos de uma humanidade “passada”, pois a categoria do passado só existe enquanto há possibilidade de futuro, o qual dá sentido ao presente que em passado se converte. O presente, como tensão entre passado e futuro, o *dever ser* a dar peso e significado ao que se é e se foi, leva-me a estabelecer uma correlação fundamental entre *valor e tempo, axiologia e história*¹.

A transcrição de Miguel REALE estabelece o tom desta investigação e revela o espírito sempre evolutivo da sociedade. Rogamos escusas protocolares, haja vista que o brilho de sua poética não comporta citação reflexa.

As limitações do espaço e do tempo estão sempre aquém das linhas projetadas pelo pensamento. Esta consciência nos permite afirmar que pretender esgotar a proposição desta obra constitui tarefa inalcançável. Cientes disso, envidamos esforços com o intuito de projetar luz às ponderações que nos palpitam ao assentarmos para tratar desta honrosa missão. A pessoa que aqui inicia não é a mesma que ao fim sairá, pois, engradecida pelo pensar.

A presente investigação jurídico-científica volta-se aos elementos que colaboram para compor a estabilidade político-social no seio do Estado Democrático de Direito, sob a perspectiva da função social da norma ao tutelar os factos sociais.

A proposta em mãos abordará os seguintes objetos: o cidadão e sua relação para com o Estado Democrático de Direito; a produção normativa como reflexo dos valores históricos e culturais da evolução social.

O intuito desta investigação é analisar o comportamento do sistema normativo perante a constante mutação social impelida pelo surgimento de novos factos. Para tanto, a análise será tomada a partir do reflexo dos valores culturais reflexos na norma regulamentadora.

O objetivo desta investigação se pauta em analisar a norma positiva como reflexo dos valores históricos e culturais de uma sociedade e seu papel fundamental como estabilizador social. Neste sentido, o arcabouço normativo reflete a transformação dinâmica da sociedade correspondentes aos valores histórico-culturais do povo.

¹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 81.

Este exame científico parte da hipótese inaugural de que as mutações dos valores sociais e culturais ocasionam a adequação da norma. A propósito, pergunta-se: a partir de que ponto as mutações socioculturais provocam a atualização da norma?

Para responder à questão levantada serão consideradas as relações dos indivíduos para com a sociedade, a sua evolução social como ser autónomo e desimpedido até o alcance do patamar cidadão, sujeito de direitos e deveres, cujos valores representantes da coletividade estão inseridos na norma. Considera-se, ainda, o método de reflexão desses valores no texto e o diálogo de um sistema normativo com outros sistemas paralelos no âmbito transnacional.

Como diretriz investigaremos as seguintes vertentes: que a construção do universo jurídico representa a dramaturgia do homem enquanto ser sociável em busca de estabilidade (segurança e previsibilidade), cuja preservação proporciona condições de felicidade objetiva; que o direito acompanha a dinâmica da evolução social, pois não pode antecipá-la ou predizer o seu destino enquanto proporciona segurança jurídica, com fins de garantir a estabilidade social-democrática em seus diversos níveis; que o direito deve dar conta e estabelecer limites aos factos sociais, sem, contudo, engessá-los, sob iminência de paralisar o progresso; que a segurança jurídica representa o epílogo da estabilidade do sistema normativo; que à segurança jurídica se remete todo o índice principiológico das relações jurídicas e, finalmente; que a ausência de segurança jurídica compromete a estabilidade social e, por vias reflexas, a ordem democrática de governo.

A proposição em mãos está inserida no debate contemporâneo da globalização pela busca do sincronismo jurídico-social transnacional e visa estabelecer um paralelo entre a sociedade e a política normativa que a tutela. O debate contemporâneo da busca pelo sincronismo jurídico-social tem, dentre outros, o intuito de minimizar o hiato entre o surgimento do facto social carecedor de tutela legal e a vigência/pertinência da norma que o regulamenta.

A propósito, o sistema jurídico deve estar em sintonia com a sociedade que tutela, em seus diversos níveis: local, regional, nacional e supranacional, sob pena de inutilidade prática e confronto entre norma e sociedade, cujo resultado pode levar a situações desde o incumprimento pontual à extremidade revolucionária.

Quanto ao método de investigação, RACHID aponta que a origem da dialética como método construtivo do conhecimento fundou-se em Platão², onde já a utilizava como procedimento filosófico para a conscientização da percepção do mundo à sua volta³. Desta maneira também aponta Carlos GIL ao referenciar Platão como pai fundados da técnica, pois utilizou a dialética “no sentido de arte do diálogo”⁴.

Em tempos atuais a construção moderna da dialética como princípio fundamental para a construção do conhecimento está em Hegel. Para este filósofo pós-moderno o transcorrer da história da humanidade caminha em uma trajetória dialética pela qual as contradições auferidas dão origem a outras novas contradições que se sobrepõem umas a outras de forma a requerer novas soluções⁵. Assim, propõe-se à análise da adequação da *norma* positivada como fator de representação dos valores histórico-culturais da sociedade. Portanto, logo é adequado o método dialético, a partir da doutrina de Georg Wilhelm Friedrich HEGEL: *Metodologia Dialético-Hegeliano*⁶.

Fernando Guimarães FERREIRA anota que o método implementado pelo Autor de referência ultrapassa a simplicidade da mera argumentação contraditória a imerge na compreensão da realidade sob três elementos: a tese; a antítese e a síntese. Segundo a dialética moderna de HEGEL esses três elementos não possuem caráter excludentes entre si, mas, de complementação e conservação. Neste sentido, os elementos apurados são cumulativos e não excludentes. Portanto, as apurações dialéticas de HEGEL superam a lógica da pura dialética grega, originária, pois realiza a percepção racional e filosófica de modo que permite “compreender a forma do desenvolvimento histórico da realidade”⁷, conforme os termos da proposição inaugural desta investigação jurídico-científica⁸.

Um dos principais fundamentos de HEGEL para a percepção da diferenciação entre realidade e racionalidade é o conceito da *totalidade*, ou seja, uma percepção do quadro amplo. A partir deste ponto, segundo o Autor, a compreensão da história é possível tão

² PLATÃO. *A República*. Livros VI e VII. [Em linha]. [Consult. 26 de março de 2018]. Disponível em WWW:<http://www.eniopadilha.com.br/documentos/Platao_A_Republica.pdf>.

³ RACHID, Rodolfo José Rocha. *A invenção platônica da dialética*. Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 57.

⁴ GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. ISBN 978-85-224-5142-5, p. 13.

⁵ Idem.

⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Ciência da lógica: 2. A doutrina da lógica. Wissenschaft der logik: 2 Die Lehre vom wesen*. Trad. Christian G. iberr e Frederico Orsini. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2017. ISBN: 978-326-5699-5.

⁷ FERREIRA, Fernando Guimarães. *A dialética hegeliana: uma tentativa de compreensão*. In. Rev. Estudos Legislativos, ano 7, n. 7, Porto Alegre, 2013, p. 167-184.

⁸ Idem.

somente com a apreensão cognitiva do real e do racional, através de mecanismos tanto da lógica, como da gnose⁹ da realidade¹⁰.

A propósito da demonstração da evolução da dialética de HEGEL para com a dialética clássica-romana, cabe apontar, por exemplo, a diferenciação feita pelo Autor entre as determinações de reflexão da dialética do *ser* e a dialética da *essência*. Entre uma e outra o Autor indica que ambas somente são construídas através de uma relação recíproca. HEGEL as diferencia no seguinte sentido: quanto a primeira, dialética do *ser*, afirmou que se trata de “um passar de uma categoria para a outra, de modo que a transformação acontece imediatamente sem deixar rastros no conteúdo aparentemente simples das categorias envolvidas”¹¹. Por outro lado, ao diferenciar desta última, o Autor aponta que a “dialética das determinações de reflexão é o aparecer de uma em sua oposta”¹². O Autor explica que “cada determinação da essência não entra em relação com a sua oposta, mas é, antes, relacional desde o início, isto é, o significado de cada uma remete internamente ao vínculo com *sua* oposta e vice-versa”¹³.

A concluir a exposição das razões pelo método de pesquisa apontado, cabe anotar que a dialética moderna concede os fundamentos para uma interpretação dinâmica e global das variáveis da realidade. GIL aponta que deve haver integração e correlação de análise entre os factos sociais. Assim, tais elementos “não podem ser entendidos quando considerados isoladamente, abstraídos de suas influências políticas, econômicas, culturais, etc.”¹⁴. Desta forma, as investigações pautadas pelo método dialético diferenciam-se da ótica do método puramente positivista, pois, trata-se de uma apuração mais dinâmica e global, tendo em vista que leva em considerações variáveis humanísticas e sociais. Diferentemente, a apuração estritamente positivista guarda ênfase aos procedimentos estáticos e quantitativos¹⁵. Por esse motivo, a considerar a dinâmica da visão global da análise proposta que guarda variações de valores culturais e históricos da sociedade refletidos na *norma* positivada, ao estudo em mãos melhor cabe à visão científica de Georg Wilhelm Friedrich HEGEL e sua proposição da *Metodologia Dialético-Hegelian*¹⁶.

⁹ [Filosofia]. O saber, por excelência; ciência superior. = GNOSTICISMO. "gnose", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. [em linha], 2008-2013, [consultado em 26 de março de 2019]. Disponível em WWW: <https://dicionario.priberam.org/gnose>.

¹⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. Parte II. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 208.

¹¹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Ciência da lógica: 2. A doutrina da lógica. Wissenschaft der logik: 2 Die Lehre vom wesen*. Trad. Christian G. iberr e Frederico Orsini. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2017. ISBN: 978-326-5699-5, p. 28.

¹² Idem.

¹³ Idem.

¹⁴ GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. ISBN 978-85-224-5142-5, p. 14.

¹⁵ Idem.

¹⁶ HEGEL. Op. Cit.

O capítulo 1, tratará da primeira vertente norteadora deste estudo, qual seja: a ideia de que a construção do universo jurídico representa a dramaturgia do homem enquanto ser sociável em busca de estabilidade (segurança e previsibilidade), cuja preservação proporciona condições *objetivas* de felicidade. Ainda no ponto, será tocada a ideia da alocação da pessoa humana como essência da tutela protetiva do Estado, na construção moderna. Será também o momento de debater a caminhada do progresso rumo à igualdade.

O capítulo 2 tratará da segunda vertente diretiva: a ideia de que o direito acompanha a dinâmica da evolução social, pois não pode antecipá-la ou predizer o seu destino. De conta disso, enfrenta a difícil tarefa de se amoldar, com eficiência e efetividade, ao surgimento dos novos factos sociais que impulsionam o progresso da sociedade. A missão constitui garantir a estabilidade social-democrática, em seus diversos níveis. O direito deve dar conta e estabelecer limites aos factos sociais, sem engessá-los, sob iminência de paralisar o progresso social. O momento abordará o diálogo necessário do sistema jurídico com os demais campos das ciências sociais.

O capítulo 3 abordará a última vertente norteadora: a ideia de que a segurança jurídica representa o epílogo da estabilidade do sistema normativo e que a ela se remete todo o índice principiológico das relações jurídicas. Que sua ausência compromete a estabilidade social e, por vias reflexas, a ordem democrática do governo. Ainda no capítulo será abordada a evolução da integração global dos recursos humanos como aprimoramento de uma simbiose cultural. A busca pela sincronia do direito globalizado requer a união dos interesses dos Estados, sem prejuízo da preservação da dignidade da pessoa humana. Esta tendência integradora tem a intenção de unificar padrões socioculturais de modo a promover, apesar da diversidade de culturas, valores mundiais uníssonos.

O resultado deste estudo buscará apurar a adequação das mutações normativas, em decorrência das provocações sociais, reflexivas dos valores históricos e culturais da sociedade.

A conclusão avaliará o resultado desta investigação nos termos das soluções e adversidades encontradas, a fim de responder os objetivos ora estabelecidos.

Em remate deste protocolo introdutório, cumpre informar que como padrão de formatação será obedecido o rigor da *International Organization for Standardization - ISO 690:2010*.

1 O INDIVÍDUO, A SOCIEDADE E O ESTADO

Este capítulo tratará da progressão do homem sob a perspectiva individual até sua conquista à qualidade de cidadão, na composição de um Estado Democrático de Direito. Este momento inicial apresentará a primeira vertente norteadora deste desenvolvimento jurídico-científico que se constitui na ideia de que a construção do universo jurídico representa a dramaturgia do homem enquanto ser sociável em busca de estabilidade (segurança e previsibilidade) para suas relações sociais, cuja preservação proporciona condições *objetivas* de felicidade. Neste sentido, será debatida a ideia da caminhada do progresso individual rumo à integração social isonômica, tendo em vista a pessoa humana como essência da tutela protetiva do Estado Democrático de Direito.

1.1 O Individualismo

A dramaturgia da evolução do homem evidencia a sua busca por condições que lhe garantam *estabilidade e previsibilidade* em relação aos eventos sociais. A narrativa de Luís Roberto BARROSO remete aos tempos em que o homem transcende da fragilidade do totalitarismo¹⁷ às urgências pela segurança do agrupamento pela sobrevivência:

No princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses - múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Antiguidade profunda, pré-bíblica, época de sacrifícios humanos, guerras, perseguições, escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as *leis*, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade. Tem início o processo civilizatório. Uma aventura errante, longa, inacabada. Uma história sem fim¹⁸.

¹⁷ No sentido de “autossuficiente”.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 978-85-02-22804-7. p. 27.

A urgência dos interesses do homem indica, em primeiro, a garantia da autoconservação e a de sua prole. Na sequência, o interesse patrimonial enquanto despertado pela aquisição e conservação de bens que representam poder. Ainda nos tempos de hoje a perspectiva moderna da filosofia social aponta que o momento histórico das ideias da vida social está pautado num conceito fundamentado na autoconservação¹⁹.

Diante de tais prioridades é possível afirmar que a concepção de *família* surge antes mesma da estruturação do Estado²⁰, propriamente dito. A família constitui elemento celular e fundamental²¹, na posição de base estruturante da sociedade²². Este instituto constitui, diante do decorrer histórico dos agrupamentos humanos, o que antecede a todos os outros na qualidade de fenômeno biológico e social²³. Carlos Roberto GONÇALVES acrescenta que “a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social”²⁴. As admitidas multiforme familiares são hoje constituídas por pessoas através de vínculos consanguíneos ou puramente afetivos²⁵. Para GONÇALVES é possível identificar vínculo familiar na sociedade conjugal, ou seja, aquela estabelecida através do casamento; a família por *parentesco*, que reúne indivíduos em torno de um tronco comum e a família constituída por *afinidade*, estabelecida entre um dos cônjuges e os parentes do outro²⁶. FARIAS e ROSENVALD indicam que “a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la senão à luz da *interdisciplinaridade*, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas”²⁷. A ordenação atual do Estado Democrático de Direito aloca a *família* sob proteção constitucional na qualidade de “elemento fundamental da sociedade”²⁸, assim como estão as células para o corpo humano.

¹⁹ HONNETH, Axel. *Kampf um Anerkennung. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. ISBN: 85-7326-281-8. p. 31.

²⁰ CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. *As mudanças sociais da família e o direito*. In. LEMOS FILHO, Arnaldo, et al. *Sociologia geral e do direito*. 4ª ed. Campinas: Alínea Editora, 2009. ISBN: 978-85-7516-342-9, p. 286.

²¹ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Op. cit.

²² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Op. cit.

²³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Vol. VI. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN: 978-85-224-9511-5, p. 03.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Direito de família*. Vol. VI. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. ISBN: 198.832.008-001, p. 17.

²⁵ CORTEZ. Op. cit.

²⁶ GONÇALVES. Op. cit.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Op. Cit.

²⁸ Vide artigo 67.º, 1, da Constituição da República Portuguesa. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional. Lisboa: Assembleia da República, 1974 [Em linha]. [Consult. 28 de dezembro de 2018]. Disponível em WWW:<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Não de outro modo, o artigo 226 da Constituição da República Federativa Brasileira (1988) estabelece a família como base da sociedade. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República. Casa Civil. Brasília: Planalto, 1998. [Em linha]. [Consult. 14 de jan. de 2019]. Disponível em WWW:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

A posterior celebração do Contrato Social representa a expressão da busca por estabilidade e previsibilidade. Criou-se, no âmbito do Contrato Social, uma espécie de organização sistêmica e escalonada em classes e funções, cujo fim é promover condições estáveis e previsíveis para a continuidade da vida em grupo. Chamamo-la: sociedade. Ainda que em estado embrionário, a ordem social condiciona o homem, na qualidade protagonista, a articular-se em busca de ascensão nesta cadeia escalonada, em busca de poder²⁹. A clássica *aristotélica* há muito aponta a essas razões ao afirmar que “todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem [...] chamamo-la Estado ou sociedade política”³⁰.

A construção social, sistêmica e escalonada, oferece alguma forma de vantagem e proteção ao indivíduo e sua família. É pela divisão de tarefas organizadas que seus integrantes usufruem de benefícios e deveres recíprocos. A incolumidade estrutural do sistema garante condições objetivas de *felicidade*, dentre elas: *segurança* e *previsibilidade*. A construção desses pilares representa a consolidação de parâmetros sociais objetivos que permitem a condução da vida em ambiente seguro e socialmente previsível.

Em contrapartida, a garantia dos termos de estabilidade objetiva possibilita alcançar o aspecto da *felicidade* sob a ótica *subjetiva*, pois encontra amparo na percepção íntima de cada indivíduo e constitui em um estado de espírito equilibrado, pleno e pessoalmente satisfeito.

Ante essa armação fundamental da sociedade, é seguro afirmar que a *pessoa humana* está alocada na essência da tutela protetiva do Estado moderno, pois constitui elemento *celular* da entidade familiar e, conseqüentemente, da sociedade que compõe o Estado³¹. Nesta progressão, o Estado é composto por indivíduos que, em mútua sujeição a deveres e obrigações, cooperam entre si. Os protagonistas abdicam, parcialmente, da própria liberdade diante da limitação do encontro com o próximo.

²⁹ ARISTÓTELES. *A política*. [Em linha]. [Consult 01 de dezembro de 2018]. Disponível em WWW: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>.

³⁰ Idem, p. 08.

³¹ Cabe apontar à Constituição da República Portuguesa onde já no artigo 1º a afirmar que a República soberana é “baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional. Lisboa: Assembleia da República, 1974 [Em linha]. [Consult. 28 de dezembro de 2018]. Disponível em WWW:< <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Assim também estabeleceu a Constituição do Brasil de 1988 quando em seu artigo 3º, inciso IV, traçou como objetivo fundamental do Estado a promoção do bem a todas as pessoas, indistintamente: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República. Casa Civil. Brasília: Planalto, 1998. [Em linha]. [Consult. 28 de dezembro de 2018]. Disponível em WWW:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

A partir do consenso de que a *persona humana* está posta no cerne protetivo da estrutura social, os direitos classificados como *fundamentais* desempenham o papel de *sentinela* das salvaguardas inafastáveis à sua existência digna. Jorge MIRANDA leciona que os direitos fundamentais constituem “posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição [...]”³². A considerar as variações sociais transversais³³ é possível indicar que apesar da diversidade de culturas e credos, o homem, na urgência da autoconservação, ocupa a posição mais valiosa no *sistema das normas*, quaisquer que sejam. Categoricamente, a própria vida, a preserva-la da morte, pois é, logicamente, para o indivíduo o seu bem maior; em segundo, a busca por condições previsíveis e estáveis que correspondem a um patamar digno de qualidade de vida.

Enquanto inserido no contexto social o indivíduo usufrui da condição de cidadão, detentor de atributos imanente à simples qualidade de *ser humano*. O arcabouço jurídico classificado como *direitos fundamentais* cumprem o papel de guardar a dignidade da vida do cidadão. A dignidade da *persona humana* como tal foi alocada como qualidade substancial da existência humana, não só no patamar interno do Estado, mas, âmbito transnacional. Não obstante, os atributos da dignidade da *persona humana* foram consagrados à qualidade de *norma âncora*, cuja função é servir de fonte principiológica e inspiradora à edição de diplomas estruturantes dos preceitos jurídicos transnacionais. A título de tal: a Declaração Americana de 1776³⁴; a Declaração Francesa de 1789³⁵, a Declaração da ONU, de 1948³⁶, dentre outros. No âmbito da Carta Política do Estado os direitos e garantias da *persona humana* estão alocados no cerne protetivo do diploma, haja vista sua relevância jurídico-axiológica, cujo propósito é de sentinela da dignidade da *persona*. Nesta função, a Constituição cumpre uma função dúplice, qual seja: estabelecer parâmetros mínimos de condição de subsistência enquanto contém a magnitude do poder Estatal face à tenuidade dos indivíduos³⁷.

Soraya Nour SCKELL indica que a diversidade cultural é considerada uma das maiores fontes do antagonismo à pacificação social³⁸. Entretanto, a progressiva unissonância

³² MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6870-1, p.11. Pelo exposto, vide nota 3.

³³ A remeter ao reconhecimento das sociedades coexistes (tanto pacificamente como em estado bélico).

³⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*. [Em linha] 1776 [Consult 21 de jan. de 2019]. Disponível em WWW: < http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vorig.html>.

³⁵ FRANÇA. *Declaração de direitos do homem e do cidadão*. [Em linha] 1789 [Consult 21 de jan. de 2019]. Disponível em WWW: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>.

³⁶ ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [Em linha] 1948 [Consult 21 de jan. de 2019]. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>.

³⁷ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. ISBN: 978-85-24-6303-9, p.20.

³⁸ SCKELL, Soraya Nour. *Humanitarian law: the controversial historical construction of a universal moral*. JANUS.NET, e-journal of International Relations. Vol. 3, n.º1. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2012. ISSN: 1647-7251, p. 89.

de valores únicos percebidos em culturas diversas, a partir do ponto em comum apontado: preservação e à dignidade da vida através da diversidade dos povos, torna cada vez mais clara a difusão da ideia da existência de um rol maleável, porém, inafastável, de *direitos fundamentais* em culturas tradicionalmente dissidentes. Soraya Nour SCKELL indica que os critérios das escolhas diplomáticas estão relacionados às diferentes interpretações baseadas na cultura, na origem e na psicologia de cada observador³⁹.

Konrad HESSE expõe que “as soluções [para proteger a dignidade da pessoa humana] oscilam desde a regulação por um catálogo minucioso de direitos fundamentais na Constituição (como acontece na Alemanha), ou remeter-se a uma declaração histórica de direitos humanos (como na França) [...]”⁴⁰. A maleabilidade quanto ao desenvolvimento prático dos *direitos fundamentais* é diferente para cada povo, haja vista a singularidade de valores expressos em cada cultura. A propósito da singularidade maleável HESSE indica que “a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade. A razão é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos”⁴¹.

Assim, na trilha da evolução a humanidade em progressão compõe a história com lições e valores transcendentais às gerações futuras. A sedimentação social de tais valores se consolida no fenómeno cultural de cada povo. Nesta vertente, cada povo trilha um caminho distinto em busca de prosperidade, com certo grau de variação cada sociedade guarda consigo sua realidade histórico-cultural⁴².

É seguro afirmar que o direito (na qualidade de ciência social) não é uniforme, mas, *uti singuli* a cada povo, pois são destes valores que emanam as normas os princípios que norteiam a sociedade. Em aspecto macro, apesar da natural e esperada disparidade cultural, há, dentre outros, um ponto de convergência de valores entre as sociedades: a tutela dos direitos fundamentais, conforme acima cogitado.

O ponto adiante cuidará de abordar o homem como indivíduo alocado em seu estado natural, individualista, e em contraste com seu posterior papel atuante no cenário social e

³⁹ Idem. p. 88.

⁴⁰ HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. In: Benda e outros, Manual de derecho constitucional, Madrid: Marcial Pons, 1996. ISBN: 9788472488526, pp. 84-85.

⁴¹ Idem.

⁴² O termo *cultura* surgiu apenas no século XVIII, quando foi possível captar, em termos sociológicos a complexa visão captada por esta referência de valores sociais. BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010. ISBN: 978-85-378-0272-4, p. 117.

político. A reflexão proposta aponta às urgências individuais face a edificação de um concerto social.

1.1.1 A Progressão do Indivíduo à Cidadão

Enquanto no cenário dos tempos primórdios é possível analisar a evolução da sociedade, sob a perspectiva individual. Naquele tempo a autonomia e o poder do indivíduo correspondia à capacidade de expressão da própria força. Em busca pela otimização de seus esforços o indivíduo em sociedade se encontra na posição de angariar forças e firmar alianças⁴³. BARROSO é recorrente ao ponto quando indica que “No princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva [...]”⁴⁴. O individualista é um ser egoísta, em sua gênese. O homem primeiro pensa em si (autoconservação)⁴⁵ - e, ato contínuo, em sua prole e na geração vindoura que desta se ramifica.

O diagnóstico social de Jean-Jacques ROUSSEAU constatou que o indivíduo, por si, só é capaz fazer o que a própria força lhe permite⁴⁶. O esforço solitário e individualista não é suficiente para fazer perpetuar o seu legado, cujo propósito é possibilitar que a geração vindoura parta do pressuposto dos conhecimentos e valores agregados nas gerações anteriores. A propósito de tal, a progressão humanitária quanto ao desenvolvimento dos valores sociais é cumulativa e progressiva. Por análise puramente lógica, percebe-se que, isoladamente, as experiências sociais de cada geração, por mais ricas e complexas, não são capazes de organizar todo o apanhando do arcabouço lógico, matemático, filosófico e científico de forma isolada para construir o seu próprio *sistema de ideias*. Inevitavelmente, é preciso aprender com as experiências passadas. São necessários milhares de vidas dispersas em gerações pretéritas, cada qual em seu próprio tempo e espaço para agregar conhecimento e experiência às gerações vindouras. Ante esse pretexto histórico, a geração mais atual é capaz de agregar, às outras posteriores, a sua própria percepção de mundo.

⁴³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Rolando Roque da Silva. [Em linha] p. 23. [Consult. 29 de dezembro de 2018]. Disponível em WWW:< ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit.

⁴⁵ HONNETH, Axel. Op. cit.

⁴⁶ ROUSSEAU. Op. Cit.

A evolução dos direitos fundamentais representa a progressão das conquistas do indivíduo perante a sociedade que, conforme parte da doutrina⁴⁷, classificam-se como *dimensões do direito*. Dentre outras nomenclaturas a evolução dos direitos fundamentais era tradicionalmente referida como “gerações”. A referência acadêmica mais recente prefere o termo “dimensão”, pois integra os diferentes níveis, sem abandono das conquistas pretéritas⁴⁸.

A propósito, a Revolução Francesa é tida como o marco inicial de tais conquistas individuais perante a sociedade, pois anuncia os direitos de primeira, segunda e terceira *dimensões dos direitos fundamentais* dos quais evoluem a quarta e quinta dimensões. A preocupação por condições igualitárias, sociais e filantrópicas historicamente só ganham banca a partir de tal Revolução quando ficaram marcadas as conquistas jurídico-sociais em três dimensões: *liberté, égalité e fraternité*, a anunciar, respectivamente, a passagem de um Estado Autoritário para a construção do Estado de Direito, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana.

A *primeira* dimensão dos direitos fundamentais surge das conquistas individuais que se traduziram em liberdades públicas e direitos políticos como forma de expressão do valor *liberté*. O momento representa a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito, cujo realce é o respeito às liberdades do indivíduo. Esse arcabouço jurídico representam as liberdades públicas e os direitos políticos que traduzem o valor *liberdade*. A propósito, são diplomas representativos dos valores de primeira dimensão: a Magna Carta (1215) – Rei João Sem Terra; Paz de Westfália (1648); *Habeas Corpus Act* (1679); *Bill of Rights* (1688); A Declaração Americana (1776) e a Francesa (1789).

Para BONAVIDES a *primeira* dimensão dos direitos fundamentais, ou, direitos de *liberdade* identificam o próprio indivíduo como seu titular e são oponíveis ao Estado. Esses direitos “traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico”⁴⁹. Em sentido semelhante LENZA indica que tais ideias surgiram com maior evidência no texto das primeiras constituições escritas como fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII (1701-1801) a impor limites ao Estado diante do indivíduo⁵⁰.

⁴⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN: 97885-472-1751-8, p. 1100.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018. ISBN: 978-853-92-040-21, p. 563-564.

⁵⁰ LENZA. Op. cit.

Ainda neste quadro, é possível remeter aos tempos da antiga angústia revolucionária para perceber que a condição paritária⁵¹ já se alocava na dianteira das exigências. Desde os idos do século XVIII na antiga Europa e América, até a organização pós-iluminista, a igualdade nunca deixou de ocupar a ribalta⁵². Amartya SEN indica que “as exigências de que as pessoas sejam vistas como iguais [...] está relacionada com a exigência normativa de imparcialidade e com as correspectivas pretensões de objectividade”⁵³. A *igualdade*, como factor social foi pela primeira vez positivada no teor do *Virginia Bill of Rights* (1776), onde estabeleceu que: “*all men are by nature equally free and independente and have certain inherent rights*”⁵⁴. O preceito foi concebido nos parágrafos inaugurais da *Declaration of Independence* e, posteriormente, reproduzido pela Carta Declaratória de outras colônias norte-americanas. A afirmação das garantias de liberdade e igualdade entre os homens tornou-se base para o *Bill of Rights*⁵⁵. Em tempos contemporâneos a *igualdade* ainda subsiste como fator substancial da sociedade, na qualidade de garantia fundamental da pessoa humana. Tal garantia tornou-se preceito fundamental e inafastável, necessário para dar suporte de validade às leis e às atuações do Poder Público⁵⁶.

Na sequência, as conquistas decorrentes da Revolução Industrial europeia (sec. XIX) que motivaram as reivindicações trabalhistas e assistencialistas deixaram marcados os protestos por direitos sociais, econômicos, culturais e coletivos. Em retrospectiva histórica, o período foi marcado, a princípio, por um período obscuro, ou seja, de baixa execução normativa – e até duvidada pelos mais céticos da época, haja vista que impunha ao Estado uma posição ativa no realizar de políticas públicas assistencialistas [prestações materiais e pecuniárias]. Neste quadrante o cidadão passou a ser credor do Estado. Essa restrição do amplo provimento pelo Estado, hoje conhecida como *reserva do possível*, tem em mente a impossibilidade do sacrifício da máquina coletiva face ao interesse exclusivo e excessivamente oneroso de um só indivíduo⁵⁷. Não obstante tais limitações práticas, não se pode excluir que a posição ativa do cidadão perante o Estado representa um avanço, tendo em vista a imposição de um só indivíduo frente à magnitude do próprio Estado soberano. Tal conquista ficou marcada em diplomas que representam valores de *segunda* dimensão das

⁵¹ O termo empregado reflete a qualidade de estado *ser*, enquanto existência estática, sem desprezar o caráter inafastável da *igualdade* como *direito fundamental*.

⁵² SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN: 978-972-40-4801-7, pp. 391-392.

⁵³ Idem, p. 394.

⁵⁴ JEFFERSON, Thomas. *Virginia Bill of Rights*. [Em linha]. 1776. Section 1. [Consult. 14 de maio de 2019]. Disponível em WWW:<<https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>>.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ PINTO, Maria da Glória Ferreira. *Princípio da igualdade fórmula vazia ou fórmula <<carregada>> de sentido?* In. Boletim do Ministério da Justiça. N° 358. Julho, 1986, p. 19.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. cit.

conquistas dos direitos fundamentais. A propósito de tal, a Constituição do México (1917); a Constituição de Weimar – alemã (1919); o Tratado de Versalhes no âmbito da OIT – Organização Mundial do Trabalho (1919) e a Constituição do Brasil de 1934.

Em tempos atuais as alterações no campo internacional que marcam a evolução científica e tecnológica refletem os avanços econômicos e sociais. A propósito disso, as preocupações com a conservação ambiental-global, a unificação mundial dos direitos humanos e as preocupações solidárias são características que marcaram os novos rumos da globalização. Tal fenômeno expande o campo da liberdade individual enquanto promove a da realocação da identidade do indivíduo diante de um cenário global⁵⁸. A propósito, são representativos dos valores que caracterizam a *terceira* dimensão dos direitos fundamentais que marcam as conquistas globais: o direito ao desenvolvimento; ao meio ambiente; à comunicação, dentre outros.

Nesta progressão, a doutrina contemporânea marca outros dois momentos posteriores, ainda em construção histórica. BOBBIO indica que a continuidade das conquistas pretéritas vem a se materializar na *quarta* dimensão das conquistas dos direitos fundamentais que acautela frente aos avanços da engenharia genética. Na corrente apontada a missão é precaver ameaças ao indivíduo contra o aviltamento do patrimônio biológico do ser humano⁵⁹. A *quinta* dimensão das conquistas dos direitos fundamentais consagra o direito à paz difusa⁶⁰. O ponto derradeiro da evolução das dimensões dos direitos fundamentais reflete a paz disseminada como corolário dos pilares *segurança* e *previsibilidade* em uma sociedade estabilizada.

A interconectividade e a continuidade das conquistas de cada uma das dimensões dos direitos fundamentais possibilitam concluir que a sociedade atual constitui um aprimoramento das experiências passadas. Aleixei LEONTIEV aponta que “o pensamento e os conhecimentos de cada geração formam-se apropriando-se dos progressos já alcançados pelas atividades cognoscitivas das gerações anteriores”⁶¹. O intuito é agregar conhecimento e experiência histórica para projetar a próxima geração para ir além do que foi alcançado pela atual. A sociedade atual empenha esforços para projetar suas ideias às gerações por vir, na esperança de fazer perpetuar o seu legado e contribuir para a continuidade das ideias. É

⁵⁸ NORBERT, Elias. *Die Gesellschaft der Individuen*. Avd. for Idéhistoria. Stockholm: Stockholms Univ, 1983. *apud*. SCKELL, Soraya Nour. *Humanitarian law: the controversial historical construction of a universal moral*. JANUS.NET, e-journal of International Relations. Vol. 3, n.º1. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2012. ISSN: 1647-7251, p. 89.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *L'età dei Diritti. A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2004. ISBN: 85-352-1561-1, p. 08.

⁶⁰ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN: 97885-472-1751-8, pp. 1099-1103.

⁶¹ LEONTIEV, Aleixei Nikolaevich. *O homem e a cultura*. In. *O papel da cultura nas ciências sociais*. Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980. p. 45.

certo que os grandes nomes da história são lembrados pelas contribuições que fizeram à humanidade, cada qual em seu próprio tempo.

1.1.2 A Relação Liberdade e Igualdade

Visto que em tempos remotos a força e a liberdade eram os primeiros instrumentos de conservação do homem⁶² é possível afirmar que naquele tempo o indivíduo se encontrava na posição da relativização do seu estado de liberdade plena como *moeda de troca* para a formação de alianças sociais, cujo propósito era a *segurança e previsibilidade* dos fatores que influenciavam a sua existência. O alcance de tais parâmetros previsíveis corresponde à preservação de condições objetivas de estabilidade e tranquilidade. A garantia dessas propriedades sociais se torna interessantes quando proporcionam, não apenas a facilitação da autoconservação, mas, a possibilidade de construir e alcançar novos patamares de *status* social e para fazer perpetuar o seu legado.

Indicar à liberdade plena e irrestrita pela absoluta falta de contato regulamentador das relações sociais entre conviventes significava a prevalência das próprias razões. A *equivalência* desejada pela parte submissa correspondia, fatalmente, à paridade quanto a resistência da força oposta e a colisão de interesses de ambos. Diante de tal conflito, ou seja, quando em confronto de interesses, a liberdade passava a experimentar mitigações involuntárias, tendo em vista que a liberdade *plena* só se faz possível diante do amplo exercício desimpedido da autonomia da vontade.

Nesses termos, um cenário remoto e isento possibilita analisar e falar em liberdade *plena*, pela ausência do conflito de vontades⁶³. A *equivalência* corresponde à resistência de *força* pela colisão de *interesses*⁶⁴. Neste cenário remoto, a hipotética imposição de barreiras pelo indivíduo A em tese interfere na liberdade de trânsito de um eventual indivíduo B. Este transeunte ora impedido pelo marco imposto por A deve optar, dentre outras, às seguintes possibilidades: a) recuar e desistir de seu curso; b) buscar meio alternativo de passagem; c) submeter a sua pretensão de passagem à aprovação do demarcante A ou; d) engajar em

⁶² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Rolando Roque da Silva. [Em linha]. 1762. [Consult 20 de agosto de 2018]. Disponível em WWW:< ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. p. 24.

⁶³ No sentido de ser esta a medida de imposição da supremacia em um cenário pré-estatal.

⁶⁴ Manifestação de vontades.

confronto direto e forçar sua passagem pela conquista através da imposição da força própria. A hipotética colisão das vontades é solucionada pela preponderância da *força* imediatamente disponível a cada pretendente. A restrição da liberdade e da autonomia da vontade do passageiro B sofre sobreposição de fator que aniquila o estado de igualdade pelo oponente A, ou seja, a força do *opressor* demarcante. Assim, a sobreposição da força disponível para fazer valer a autonomia da própria vontade coloca em causa a *igualdade* entre ambos os indivíduos.

Diferentemente, caso o indivíduo B, ora transeunte, demarque para si outra área equivalente, acaba por impor ao demarcante A as mesmas restrições ora opostas à sua própria liberdade. Assim, mutuamente, equivalem-se em força e condições. Em última hipótese, a restauração do estado de igualdade ocorre quando ambos, A e B, abandonam seu posto a favor do *status quo ante*.

No exemplo acima, o impedimento do exercício da passagem pretendida por B ficou restringido pela barreira que lhe foi imposta pelo demarcante A. O caso prático impõe a B, ora transeunte, restrição à sua autonomia da vontade de prosseguir pelo caminho então impedido. Cabe ao pretendente B encontrar meio alternativo para contorna-la, sob pena de engajar em conflito mediante força ou pode, ainda, rogar passagem ao oponente A cujo arbítrio será acatado. Em tal hipótese o transeunte terá a sua liberdade de *ir e vir* submissa à permissão do demarcante. Em anuindo A, a liberdade do pretendente B fica condicionada à observância de modos de uso (passagem). Em todos os casos é possível perceber a restrição da liberdade plena por sobreposição de fator que aniquila o estado de *igualdade*, qual seja, a ameaça de utilização de *força* maior de um indivíduo *opressor* (A) para com o outro *oprimido* (B). Nessa ilustração é possível perceber a relação assimétrica dos indivíduos na medida em que o demarcante A se coloca em posição de vantagem teórica sobre o transeunte B, legitimado pela *presumida*⁶⁵ superioridade de sua força da qual se valerá caso as suas imposições não sejam acatadas.

É possível indicar que o princípio *isonômico* é composto por duas linhas de pensamento. A primeira remete às tradições *aristotélicas*, cujo fundamento se deu ao longo da idade média, para a qual a *igualdade* está posta como fundamento da exigência política do homem em sociedade. Assim, acampa ideias aliadas à *justiça* e à sua determinação conceitual de aplicabilidade prática. A segunda vertente comunica com a filosofia racional

⁶⁵ A presunção de superioridade da força oposta subsiste enquanto não há conflito direto oferecido por B que eventualmente vença e derrube tal presunção.

e individual difundida no decorrer dos séculos XVII e XVIII onde parte-se do ponto de que os homens que convivem em sociedade são *desiguais*, por individualismo próprio e que há a necessidade de *promoção* da igualdade, em forma de política positiva da promoção da tutela igualitária. Assim, tem-se por um lado o combate contra privilégios e, por outro, o auxílio aos hipossuficientes em busca de equilíbrio social⁶⁶.

Para ROUSSEAU a qualificação do grau de *liberdade* sob a ótica objetiva de análise social pressupõe, necessariamente, a gradação de uma relação naturalmente assimétrica entre dois conviventes, o que corresponde, conforme o grau apurado, em diferentes níveis de liberdade. Falar em *assimetria* de posições pressupõe-se que um se encontra em posição diferida do outro, ou seja, em sobreposição comparativa. Conforme o exemplo acima ROUSSEAU indica que a força constitui expressão de potência física e “ceder à força constitui um ato de necessidade, não de vontade; é no máximo um ato de prudência”⁶⁷.

Nesses termos verifica-se que *liberdade* e *igualdade* se esbarram no mesmo cenário. A liberdade decai de sua plenitude quando confrontada com situações que delimitam o seu exercício. A liberdade plena só é possível sob condições onde há paridade de condições não proibitivas da vontade do próximo, haja vista que a isonomia é o alicerce que habilita a convivência pública, pacífica, digna e duradoura dos integrantes de uma sociedade simples⁶⁸ ou complexa⁶⁹.

No contexto de uma sociedade simples, isto é: num cenário onde não há a interferência de um Estado soberano, a imponência da força implica na relação *liberdade/igualdade* em uma sociedade. O exercício da liberdade requer condições isonômicas como alicerce da paz digna e duradoura da sociedade. Naturalmente, o convívio social implica constante confronto de interesses e impõe restrições recíprocas às liberdades pelas pretensões contrapostas.

SCKELL indica que KELSEN defende “toda dominação como uma motivação, onde a vontade de um homem se torna a vontade de outro, um fenômeno que ele encontra em todos os relacionamentos entre as pessoas, mesmo nos relacionamentos de amor e amizade. Portanto, as relações sociais sempre implicam um equilíbrio de poder, um polo mais forte e um polo mais fraco”⁷⁰. Para KELSEN, conforme indica Soraya SCKELL, “a análise

⁶⁶ PINTO, Maria da Glória Ferreira. *Princípio da igualdade fórmula vazia ou fórmula <<carregada>> de sentido?* In: Boletim do Ministério da Justiça. Nº 358. Julho, 1986. p. 21-23.

⁶⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Rolando Roque da Silva. [Em linha]. 1762. [Consult 20 de agosto de 2018]. Disponível em WWW:< ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. p. 14.

⁶⁸ Conforme acima elucidado.

⁶⁹ Escalonada por funções e diversidade cultural.

⁷⁰ KELSEN, Hans. *Der Begriff des Staates e the Sozial psychologie*. Com o Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse. *Imago*, Viena, c. VIII n. 2, p. 101, 1922. Tradução: o conceito de Estado e psicologia social. Incluindo, em particular, um exame da teoria freudiana

sociológica revela uma divisão entre classes sociais dentro de um estado, e seria contraditório afirmar que a burguesia e o proletariado são separados pela oposição de suas consciências de classe e, ao mesmo tempo, ligados pela comunidade de suas *consciências estaduais*⁷¹. Para este Autor a segregação da sociedade em classes deve desaparecer do sentimento social que se possa usufruir da comunidade estatal como uma *unidade psicossociológica*⁷².

A natural disparidade social enseja o anseio por equilíbrio. O *equilíbrio* corresponde à conquista do estado de *liberdade isonômica*, cuja aferição requer o rompimento da condição de submissão social face a outro⁷³. A propósito desta correlação BOBBIO investiga liberdade a partir da relação de *sujeição e dependência*. O Autor aduz que “não-livre é aquele que depende de outro. Isso significa que existe alguém que tem poder *sobre* ele porque tem mais poder *do que* ele, exatamente porque o poder está mal distribuído”⁷⁴. A ponderação e a distribuição do poder, de forma igualitária ou não, gera influência nas relações sociais.

A partir desse pressuposto, a fruição da *liberdade* em tempos primórdios correspondia à relação de *igualdade*, ou ausência dela. A preponderância da própria *força* de um indivíduo ou um de um grupo de indivíduos operava como elemento que determinava o *nível* de liberdade que o detentor da força usufrui. A condição de *igualdade* entre indivíduos conflitantes fica condicionada à iminente ameaça do uso da força por um sobre o outro. A plenitude de liberdade no caso exposto só restaura quando um indivíduo usufrui de condições idênticas, momento em que se equivalem em restrições (ou não restrições) mútuas.

Ocorre que a edificação Estatal como ente soberano e *equalizador* das forças rompeu com tal paradigma e a figura central e detentora da única *força* admissível passou a ser o próprio Estado. A partir daí o parâmetro da *igualdade de força* como condição substancial da capacidade de usufruto da *liberdade* deixou de se basear no próprio indivíduo ou em grupo deles. O Estado Democrático de Direito eleva pessoas à qualidade de *cidadãos* e estabelece condições de segurança e limites às relações de poder⁷⁵.

das multidões. *Incidência* 3, Paris, p. 108-109, p. 97 [trad. p. 167], 2007. *apud*. SCKELL, Soraya Nour. *Lei e Democracia em Hans Kelsen. Crítica de Personalização do Estados de Kelsen*. [Em linha]. Abril, 2015. [Consult. 23 de jan. de 2020]. Disponível em WWW:<scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732015000100057&script=sci_arttext>. ISSN: 1980-539X. p. 07.

⁷¹ KELSEN, Hans. *Sozialismus und Staat* (1920). Leipzig: Hirschfeld, 1923. *apud*. Idem. p. 03.

⁷² KELSEN, Hans. *Das Problem des Parlamentarismus* (1926). Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968. *apud*. SCKELL, Soraya Nour. *Lei e Democracia em Hans Kelsen. Crítica de Personalização do Estados de Kelsen*. [Em linha]. Abril, 2015. [Consult. 23 de jan. de 2020]. Disponível em WWW:<scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732015000100057&script=sci_arttext>. ISSN: 1980-539X. p. 03.

⁷³ BAUMAN, Zygmunt. *A liberdade*. Trad. M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Editorial Estampa, 1989. ISBN: 972-33-0811-8, p. 21.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4ª ed. Trad. João Ferreira. Rev. Gilson Cesar Cardoso. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. ISBN: 85-230-0262-6. p. 42.

⁷⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Vol I. Tomo I, 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN: 978-972-32-2271-7. pp. 12-13.

Neste sentido, SCKELL aponta que FICHTE, inspirado na ideia de Kant, nega em um primeiro momento, que a paz pode ser alcançada por um simples equilíbrio de poderes. Que a busca por tal equilíbrio justifica para o avanço de novos ataques em guerra e que uma verdadeira paz só é concedida pela existência da uma lei internacional que impera sobre ambos os litigantes⁷⁶.

Em termos teóricos a composição do Estado Democrático de Direito possibilita que os indivíduos passem a ser tratados igualmente, independentemente da imposição física da própria força ou da força de um grupo. A propósito, à lei se sujeita não só o indivíduo, mas também o próprio Estado. Leia-se: mecanismo de contenção do poder. A sujeição do Estado à norma constitui base para sua própria funcionalidade. A isonomia que fundamenta as razões do concerto social pós-constituição tem como proposto macro a realização do bem comum e o progresso pautado pelo resguardo da dignidade da pessoa humana. Tais preceitos têm guarida no cerne constitucional sobre a qual se funda o Estado Democrático de Direito.

O concerto social pressupõe o convívio isonômico entre indivíduos que colaboram entre si para a realização e preservação do bem-comum. No ceio da sociedade complexa o *status* de igualdade está assegurado no cerne constitucional e pressupõe a equivalência de posições entre as pessoas⁷⁷. Não há se falar em hierarquia entre cidadãos, eis que o instituto jurídico: *dignidade da pessoa humana* não coaduna com distinção de raça, sexo, cor, origem, idade ou outras formas de individualização⁷⁸. Ocorre que para fins organizacionais e burocráticos a hierarquia e o escalonamento de funções é qualidade imanente ao desempenho da Máquina Pública. Esta organização não pode ser confundida com nenhuma forma de chancela das desigualdades, pois subsiste, assim como nas organizações privadas, apenas para fins de organização estrutural da máquina pública, cujos poderes operam de forma harmônica e independente⁷⁹.

No contexto pós-moderno Kenneth W. ABBOUT e Duncan SNIDAL consideram que a norma seja, a um só tempo, um contrato e um pacto⁸⁰. No âmbito do Pacto Social o Estado é sentinela das igualdades, independentemente da disposição da força individual de

⁷⁶ FICHTE, Johann Gottlieb. *Beitrag zur Berichtigung der Urteile des Publikums uber die franzosichen Revolution*. Fichtes Werke, Vol. 6. 1971. *apud*. SCKELL, Soraya Nour. *Humanitarian law: the controversial historical construction of a universal moral*. JANUS.NET, e-journal of International Relations. Vol. 3, n.º1. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2012. ISSN: 1647-7251, p. 85.

⁷⁷ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional. Lisboa: Assembleia da República, 1974 [Em linha]. Artigo 1.º [Consult. 28 de dezembro de 2018]. Disponível em WWW:<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>.

⁷⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República. Casa Civil. Brasília: Planalto, 1998. [Em linha]. Artigo 3º, IV [Consult. 14 de jan. de 2019]. Disponível em WWW:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

⁷⁹ *Idem*. Artigo 2º.

⁸⁰ ABBOUT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. *Hard and Soft Law*. p. 422. Cambridge University. [Em linha]. 09 jul. 2003. [Consult. 12 Set. 2018]. Disponível em WWW: <<https://www.cambridge.org/core/journals/international-organization/article/hard-and-soft-law-in-international-governance/EC8091A89687FDF7FC9027D1717538BF>>. ISSN: 0.

cada pretendente, conforme os tempos remotos. A preponderância da força singular ou grupal deixa de ser fator relevante e passa-se a regulamentar pelo espírito isonômico da norma. O concerto social pós-constitucional democrático pressupõe o convívio isonômico entre indivíduos que colaboram entre si para a realização e preservação do bem-comum. O *status* de igualdade está assegurado no cerne constitucional e pressupõe a equivalência de posições entre cidadão⁸¹. Sob o manto constitucional não há se falar em hierarquia entre cidadãos, eis que o instituto jurídico: *dignidade da pessoa humana* não coaduna com tal distinção⁸².

Norberto BOBBIO apresenta uma análise crítica acerca da relação de poder e liberdade no âmbito da construção democrática. O Autor aponta que não é concebível apurar o quadro onde “todos são iguais porque são livres” diante da premissa de que democracia constitui uma “forma de governo onde todos são *livres* porque são *iguais*”⁸³. BOBBIO sopesa o grau de liberdade entre indivíduos relacionados na mesma sociedade e aponta que há indivíduos *mais livres* que outros, conforme a gradação do poder que lhes é confiado: “uma das razões através das quais numa sociedade existem pessoas livres e pessoas não livres, ou ainda, mais livres e menos livres, é a péssima distribuição do poder”⁸⁴. Segundo este Autor as pessoas com mais *poder* detêm a prerrogativa social de fazer mais e até mandar com que outros façam sob seu mando⁸⁵. O Autor sintetiza que “a liberdade absoluta coincide com o poder absoluto”⁸⁶.

A considerar o exposto, a estruturação escalonada da construção social complexa apresenta desafios ao exercício da liberdade e da igualdade. A realidade fática aponta que esses institutos devem se adequar aos padrões éticos e morais de convivência. O convívio social implica, naturalmente, o constante confronto de interesses e restrições recíprocas às liberdades individuais. A partir do cenário acima posto o indivíduo está diante de uma variedade de conflitos sociais que devem ser mediados pela norma geral e abstrata.

⁸¹ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional. Lisboa: Assembleia da República, 1974 [Em linha]. Artigo 1.º [Consult. 20 de agosto de 2019]. Disponível em WWW:< <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>.

⁸² BRASIL. Op. Cit.

⁸³ BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4ª ed. Trad. João Ferreira. Rev. Gilson Cesar Cardoso. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. ISBN: 85-230-0262-6. p. 42.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Idem.

1.2 A Sociedade

Os tempos remotos indicavam que a condição de igualdade (ou ausência dela) baseava-se, exclusivamente, na preponderância da força. Ocorre que após a estruturação da organização social e a consagração da *igualdade* como condição substancial da dignidade da pessoa humana, este preceito deixou de se basear na força como substrato da prevalência da própria vontade e passou a ser tutelado por um acordo *erga omnes*. Assim, todos os indivíduos passaram a ser tratados igualmente, independentemente da preponderância pessoal e a autonomia da vontade passou a ser - não tolhida - mas, tutelada por lei. Assim, a coesão social se motivou pela razão dos homens diante do anseio por estabilidade amparada por *segurança e previsibilidade*. Dentre outras, essa reunião de fatores diversos corresponde ao preço da manutenção do ecossistema que viabiliza condições objetivas de boa-vivência e *felicidade* como valor psíquico mais relevante⁸⁷.

A busca por estabilidade e previsibilidade como elemento de proteção contra os acontecimentos sociais que o acometem é característica imanente ao homem. O consectário da certeza estável de tais variáveis corresponde às condições de felicidade objetiva de vida. Isso permite conduzir a vida sob condições sociais seguras de modo a tentar prever e planejar a longo prazo. A certeza dessa harmonia social corresponde à paz.

O propósito do Estado Democrático não é outro senão garantir o bem comum da coletividade⁸⁸. Sob o prisma individual a adesão ao pacto social requer o abandono da natureza autocêntrica, a favor da conscientização de um espírito coletivo⁸⁹ que acarreta em mudanças de paradigmas de convívio. Os impulsos naturais de vingança e autojustiça pela imposição do arbítrio da própria força devem dar espaço à justiça soberana Estatal⁹⁰ e as limitações de convivência mitigam a plenitude do exercício da liberdade. O homem [que naturalmente ama a própria liberdade e o domínio] sacrifica-se a bem da própria conservação e de uma “vida mais satisfeita”⁹¹.

⁸⁷ ARISTÓTELES. *A política*. [Em linha]. [Consult 01 de dezembro de 2018]. Disponível em WWW: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>, p. 08.

⁸⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. ISBN: 978-85-02-63861-7. p. 118.

⁸⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Rolando Roque da Silva. [Em linha]. 1762. [Consult 23 de set. de 2019]. Disponível em WWW: <<http://ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>.

⁹⁰ Para Amartya SEN “a exigência da justiça só pode ser apreciada com a ajuda de uma argumentação pública, e se a argumentação pública se relaciona constitutivamente com a ideia de democracia, então, há também uma íntima conexão entre justiça e democracia, encontrando-se aí traços discursivos partilhados”. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012. ISBN 978-972-40-4801-7, p. 431.

⁹¹ HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Beatriz Nizza da Silva. [Em linha], p. 59. [Consult. 23 de set. de 2018]. Disponível em WWW: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>.

Ocorre que a condição de supremacia da igualdade no arranjo social complexo impõe limites à plenitude da autonomia da vontade individual. Os limites se encontram exatamente no momento em que a vontade de um determinado indivíduo conflita com o direito vigente do próximo. A convivência em sociedade implica, necessariamente, relacionar-se com outros indivíduos em condição de igualdade, necessariamente por confronto de espaço físico.

O concerto já há muito sedimentado da convivência pós-moderna implica reconhecer que a um indivíduo não é dado optar por seguir, ou não, as regras, enquanto imergido no sistema social. A relação com a sociedade instalada presume renúncia tácita a preceitos anárquicos e rivais da ordem instalada.

Neste ponto, a autonomia da vontade de cada um sofre restrições regulamentares quando de encontro com a autonomia da vontade de outrem. Apesar de sofrer consideráveis restrições, a liberdade da autonomia da vontade não pode ser de todo cerceada, haja vista que está qualificada como um dos corolários de uma sociedade *bem-sucedida*, pois necessariamente ligada à autodeterminação quanto ao projeto de vida e ao livre desenvolvimento da personalidade⁹².

A instituição de um Estado Democrático de Direito convalidado por uma Constituição, cujo cerne guarda a dignidade da pessoa humana, a sobreposição da força potencial fica anulada pela equivalência de direitos. Onde antes, cada qual se valia da própria força para fazer preponderar a sua liberdade e autonomia da vontade perante a sociedade, hoje o Estado garante a equiparação dos indivíduos com fundamento na qualidade igualitária de *cidadão*. Na construção sistêmica da sociedade pós-moderna fica dispensada a aplicação da força e o menos potente passa a ser credor de *igualdade* frente ao Estado, perante o seu opositor.

1.2.1. A Sociedade como Elemento de Conservação do Homem

A ilustração do homem na qualidade de animal cívico subscreve a ideia de que a sociedade emergiu da coalisão de várias aldeias para a formação de uma *Cidade*. A passagem *aristotélica* ressalta que o propósito do indivíduo estava em “não apenas conservar a

⁹² CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN: 9724021068, p. 39.

existência, mas também para buscar o bem-estar”⁹³. A construção política não é outra coisa “senão a ordem dos habitantes que a compõem”⁹⁴. Portanto, assim como qualquer totalidade, o Estado se compõe de uma *multidão de partes*, em outras palavras: é a universalidade dos cidadãos”⁹⁵.

Neste sentido ARISTÓTELES (341 a.C – 335 a.C) já lecionava que o Estado é uma sociedade, porém, com qualidades políticas. Tanto na sociedade civil, como na formação do Estado, o propósito de cooperação e sucumbência à ordem estão presentes, sem que isso comprometa o senso de igualdade entre os indivíduos. Em ambos os casos os integrantes se reúnem em busca de um bem comum, a propósito do qual envidam esforços *peer-to-peer*⁹⁶.

Thomas HOBBS indica que o sentido do propósito individual permanece inalterado. Segundo o Autor o homem [que naturalmente ama a própria liberdade e o domínio] sacrifica-se a bem da própria conservação e de uma “vida mais satisfeita”⁹⁷. A materialização do *sacrifício hobbesiano* significa a admissibilidade da restrição parcial da *liberdade* e da *autonomia da vontade* que, antes, eram plenas e irrestrita⁹⁸. Sob o novo prisma passam a sofrer restrições diante dos limites apresentados pelo convívio em sociedade. No contexto social é territorialmente natural que um indivíduo se relacione com outro e tenha que, *intra partes*, solucionar conflitos e mitigar divergências a favor da possibilidade das relações de vizinhança. Isso porque cada um detém, por *direito* (ativo) e por *dever* (passivo), equivalência de forças perante a sociedade, ainda que entre si sejam sobrepostas.

HOBBS aponta que o papel social do cidadão se concretiza quando os integrantes da sociedade se posicionam em prol de um único interesse. Segundo o Autor, é possível identificar três níveis de evoluções que acometem a estrutura social. Em primeiro, o patamar da perspectiva individual, onde o homem cuida de sua própria sobrevivência e a de sua prole. Aqui, o propósito que motiva suas decisões não é outro senão o da autoconservação ou sobrevivência. Enquanto neste patamar individualista, os homens “mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos”⁹⁹. A evolução de propósito existencial conduz o ser individualista ao próximo ponto onde passa a tomar

⁹³ ARISTÓTELES. *A política*. [Em linha]. p. 10-11. [Consult. 29 de dezembro de 2018]. Disponível em WWW: < http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>.

⁹⁴ Idem, p. 30.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ Circunvizinhas. Indivíduo para com Indivíduo.

⁹⁷ HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Beatriz Nizza da Silva. [Em linha] p. 59. [Consult. 06 de dezembro de 2018]. Disponível em WWW: < http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>.

⁹⁸ A considerar o cenário dos tempos primórdios onde é possível inferir, sob a perspectiva individual, que a autonomia e o poder do indivíduo correspondia à capacidade de expressão da própria força.

⁹⁹ HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Beatriz Nizza da Silva. [Em linha] p. 61. [Consult. 06 de dezembro de 2018]. Disponível em WWW: < http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>.

consciência social coletiva. Enquanto inserido na sociedade as decisões coletivas – e não mais apenas as individuais – passam a afetar o decorrer de sua vida e é preciso observar os rumos que tomará a sociedade. A gestão pública e a governança passam a integrar o espectro de preocupações do cidadão, pois refletem na sua qualidade, segurança e previsibilidade de vida. Segundo HOBBS o desafio social passa por “conferir toda sua força e poder [do Estado] a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade¹⁰⁰. O ponto derradeiro desta progressão de consciência social se concentra em preservar as conquistas angariadas no passado, ou seja, salvaguardar-se de ameaças *extramuros*, enquanto busca pelo progresso a longo prazo. No plano local, a segurança é condição inafastável à manutenção do bem comum, pois guarda a estabilidade do sistema social em funcionamento ao garantir a integridade do indivíduo e de seu patrimônio. A segurança cria um sentimento de paz psíquica no momento em que o indivíduo cultiva, em si, a certeza de que não sofrerá ameaças à sua pessoa, família ou patrimônio. No plano macro é preciso instituir políticas públicas para a funcionalidade de poder aliado a métodos eficazes de aplicação com fins de possibilitar a defesa contra ameaças externas¹⁰¹. Soraya Nour SCKELL indica, conforme Immanuel KANT, que a posição soberana do Estado sobre as particularidades do indivíduo implica que aquele se coloca na condição de protetor supremo deste, logo, apto a lançar mão da pessoa do próprio indivíduo e de seus bens, enquanto componente leal à Pátria para fomentar a guerra ou dela se defender¹⁰².

No contexto da sociedade moderna que reflete a estrutura de um Estado Democrático de Direito o movimento político que direciona a sociedade emana da vontade popular quando elege seus representantes. O movimento do progresso político emana de um quadro social coeso e dos propósitos que motivam o pacto de sucumbência social recíproca (direitos e deveres) entre homens livres.

A autonomia da vontade da pessoa, a autodeterminação quanto ao projeto de vida e o livre desenvolvimento da personalidade são corolários de uma sociedade bem-sucedida¹⁰³ e a sociedade de movimenta conforme a expressão de tais preceitos existenciais. Em paralelo

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² KANT, Immanuel. *Rechtslehre*. In: Preussische Akademie der Wissenschaften (ed.), *Kantswerke*. Berlin: Walter de Gruyter, 1797. p. 344-345. *apud*. SCKELL, Soraya Nour. *Humanitarian law: the controversial historical construction of a universal moral*. JANUS.NET, e-journal of International Relations. Vol. 3, n.º1. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2012. ISSN: 1647-7251, p. 80.

¹⁰³ CANOTILHO, José Gomes. *Sobre os fundamentos éticos e morais do Estado social*. Nova Cidadania. Lisboa. a.8n.31. Jan.-Mar. 2007, p. 39.

ao prisma individual, em âmbito coletivo o espírito de cooperação que dá ânimo à formação do Estado também habita nas sociedades civis.

O Estado se torna ator legítimo e central por consequência do Pacto Social¹⁰⁴: Constituição Federal que, conforme a construção clássica de KELSEN guarda o posto mais elevado na composição do sistema jurídico-normativo¹⁰⁵. O texto de regência deve ser interpretado de modo a assegurar a ordem e manter coeso o pacto social. A gestão do poder quanto as diretivas de governo e a administração da “coisa pública” são alguns fatores que garantem a estabilidade da estrutura social do Estado.

Quando à política de realização dos anseios da coletividade Gomes CANOTILHO defende que “não existe um Estado Social, mas, esquemas diversos de realização da *socialidade* estatal [...] quando ele corresponde às expectativas de justiça social enraizadas na consciência ético-jurídica de uma comunidade livre”¹⁰⁶. O “realizar social” engloba a comunhão de várias esferas da vida, portanto, um entrelaçamento de uma relação multifacetada, em vários aspectos dinâmicos e culturais. Carmen INNERARITY e Daniel INNERARITY apontam que o: “*Las sociedades funcionalmente diferenciadas son aquellas en que las diversas esferas culturales – la política, el derecho, la economía, el arte, la religión...- siguen una lógica autónoma, celosas ante cualquier intromisión y que se relacionan sin que una de ellas se entienda como preponderante*”¹⁰⁷. A propósito, as relações de interdependência social desses fatores não são hierárquicas mas *heterárquicas*, ou seja, em foma de rede intrrelaçada¹⁰⁸.

Conforme a ótica social-individual de BAUMAN a construção social moderna da sociedade tem a finalidade de compor a ordem quando aponta que “a contenção da conduta humana dentro de certos parâmetros, e a previsibilidade do comportamento humano dentre desses parâmetros”¹⁰⁹ cumprem a função de manter a estabilidade da sociedade e a convivência pacífica entre indivíduos que, naturalmente, divergem em ideias. Em perspectiva macro, o trato social detém o objetivo de, enquanto mantém a ordem local, promover o bem comum do povo¹¹⁰. ROUSSEAU acrescenta que “no que concerne aos

¹⁰⁴ “O direito constitucional moderno, investido de força normativa, ordena e conforma a realidade social e política, impondo deveres e assegurando direitos”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 978-85-02-22804-7. p. 71.

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ISBN: 83-336-0836-5.

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Gomes. *Sobre os fundamentos éticos e morais do Estado social*. Nova Cidadania. Lisboa. a.8n.31. Jan.-Mar. 2007, p. 39.

¹⁰⁷ INNERARITY, Carmen e INNERARITY Daniel. *La transformación de la política para gobernar una sociedad compleja*. Revista de Estudios Políticos. Madrid. n° 106. Octubre-Diciembre 1999. ISSN: 0. p. 233.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ BAUMAN, Zygmunt. *A liberdade*. Trad. M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Editorial Estampa, 1989. ISBN: 972-33-0811-8, p. 22.

¹¹⁰ ARISTÓTELES, Op. Cit., p. 08.

associados, adquirem coletivamente o nome de povo, e se chamam particularmente cidadãos, na qualidade de participantes na autoridade soberana, e vassallos, quando sujeitos às leis do Estado”¹¹¹.

O espírito que legitima as sociedades civis não é outro senão o consenso¹¹². O consenso é da essência das sociedades civis, pelo que dela ninguém é obrigado a participar contra a própria vontade. Esta prerrogativa, porém, não é verdade para a sociedade tutelada pelo Estado vez que o indivíduo, desde o momento de seu nascimento, está reconhecido na qualidade de cidadão sucumbente à estrutura do sistema social em vigor.

1.2.2 A Segurança como Elemento Estabilizador da Sociedade

A segurança é um dos pilares que fundamenta a estabilidade da vida em sociedade e garante a paz. O princípio da *segurança jurídica* e o princípio da *proteção da confiança* estão alocados como fundamentos constitutivos na elaboração do Estado de direito. Esses princípios caminham aliados de forma que alguns Autores defendem que o segundo constitui subprincípio do primeiro¹¹³. GOMES CANOTILHO os distingue ao explicar que a *segurança jurídica* está relacionada a elementos objetivos da ordem jurídica, ou seja, elementos como a garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientações e a realização do direito, ao passo que o princípio da *proteção da confiança* está pautado em elementos de ordem subjetiva da segurança como a “calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos”¹¹⁴.

A posição da segurança jurídica é marco fundamental como um dos pilares da estabilidade do sistema normativo, haja vista que é no preceito da confiança e da boa-fé que são pautadas as relações jurídicas. Cuida-se que a ausência da *segurança jurídica* compromete a estabilidade social e, por vias reflexas, a ordem democrática do governo. No âmbito da negociabilidade jurídica, a segurança corresponde à *previsibilidade* da confiança das relações jurídicas entre as partes. A segurança jurídica cumpre a função de garantidor a

¹¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Rolando Roque da Silva. [Em linha]. 1762, p. 28. [Consult 16 de out de 2018]. Disponível em WWW:< ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>.

¹¹² BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. Milão: Editora Brasiliense, 1979. ISBN: 85-11-12036-X, p. 61.

¹¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN: 9724021068, p. 257.

¹¹⁴ Idem.

certeza das relações jurídicas e, neste sentido, coopera para a estabilidade das relações sociais, sem a qual não há *confiança*. Karl LARENZ aduz que “o ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não tem mais remédio que protegê-la, porque pode confiar”¹¹⁵. LARENZ acrescenta que a segurança jurídica “é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica”¹¹⁶.

A relevância da segurança jurídica transcende barreiras continentais. A propósito, Sven PETERKE; et al. ressaltam a atualidade e a relevância da *segurança* no campo supranacional. Os Autores apontam que os Direitos Internacionais dos Direitos Humanos enfrentam a sensibilidade do diálogo necessário entre “liberdade” e “segurança”. Neste campo deve haver um equilíbrio pacífico entre esses dois aspectos fundamentais, porém antagônicos, da vida em sociedade. Neste sentido, indicam que “o desafio que o DIDH – Direitos Internacionais dos Direitos Humanos enfrenta é dissolver a relação de tensão entre os conceitos antagônicos de “liberdade” e “segurança”. A missão diplomática envolve a utilização de critérios especificamente designados para garantir equilíbrio entre os dois extremos, de modo que não sobrecarregue o Estado com obrigações jurídicas (quase) impossíveis de se cumprir”¹¹⁷.

1.3 O Estado

Segundo MORAES o Estado “é forma histórica de organização jurídica limitado a um determinado território e com população definida e dotado de soberania, que em termos gerais e no sentido moderno configura-se em um poder supremo no plano interno e em um poder independente no plano internacional”¹¹⁸.

O conceito milenar de Estado ainda palpita na doutrina contemporânea. Segundo Jorge MIRANDA o Estado se qualifica como uma comunidade política formada por cidadãos [número e gênero]¹¹⁹. Para este Autor “não há povo sem organização política”¹²⁰.

¹¹⁵ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985. ISBN: 9788473983648, p. 91.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ PETERKE, Sven, et. al. *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. ISBN:0, p. 156.

¹¹⁸ MORAES, Alexandre de; *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN: 978-85-970-0569-1. p. 53.

¹¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol I. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN: 978-972-32-2271-5, p. 53.

¹²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 1ª ed. Vol. II. Coimbra Editora, 2014. ISBN: 978-972-32-2271-5, p. 56.

Indivíduos, portanto, só *conquistam* a qualidade de *povo* quando se organizam, politicamente, de modo a desenvolver a capacidade de buscar um objetivo macro. Trata-se da organização social *complexa*, segundo a qual a estrutura social do Estado se organiza e se estruturada de tal forma a alcançar os fins colimados por seus objetivos macros. O direito internacional é produzido por Estados para aplicação entre tais, e é fundado sobre a ideia do Estado como indivíduo¹²¹.

SCKELL aponta que já no início do século XX Hans KELSEN passou a enfrentar o debate acerca da personalização do Estado. A Autora indica, conforme KELSEN, que “a ideia de uma coletividade homogênea ignora todas as relações de poder existentes em uma sociedade, todos os conflitos que nela funcionam e até as várias vontades oprimidas que não são expressas na vontade geral”¹²². O debate indica a falta de representatividade de grupos específicos e minoritários como o proletariado, as mulheres, etc. Nesse sentido, Soraya SCKELL indica que KELSEN criticou o senso de *espírito coletivo* imputado ao Estado¹²³. Para além disso, a Autora ressalta que “nem todos participam da interação psíquica que se supõe construir um grupo sociológico cuja unidade empírica constituiria a base do Estado”¹²⁴. Nas palavras de KELSEN “entre os indivíduos apreendidos na unidade jurídica do Estado, há crianças, loucos, adormecidos e outros que não têm consciência do estado”¹²⁵.

Soraya SCKELL indica que para KESSEN a concepção do Estado só pode ocorrer como *unidade legal* para o qual “o vínculo entre indivíduos em um Estado só pode ocorrer através de uma ordem legal válida, de modo que todos aqueles para quem essa ordem legal é válida sejam admitidos como membros do Estado”¹²⁶.

No âmbito do arranjo Estatal MORAES recorda a contribuição de Georg JELLINEK quando elenca os elementos imanentes à composição do Estado que é integrado pela coalizão de três elementos constitutivos: “poder/soberania, população e território”¹²⁷. Em ordem, o primeiro deles é o *povo*, na qualidade de componente humano elevado ao status de cidadão. Jorge MIRANDA aponta que “o Estado não pode ser compreendido sem Direito – que

¹²¹ SCKELL, Soraya Nour. *O Cosmopolitismo de Kant: direito, política e natureza*. In. Estudos Kantianos, Marília, v 5. N. 1, p. 199-214, jan./jun. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2017. p. 199.

¹²² SCKELL, Soraya Nour. *Lei e Democracia em Hans Kelsen. Crítica de Personalização do Estados de Kelsen*. [Em linha]. Abril, 2015. [Consult. 23 de jan. de 2020]. Disponível em WWW:<scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732015000100057&script=sci_arttext>. ISSN: 1980-539X. p. 02.

¹²³ Idem.

¹²⁴ Idem. p. 03.

¹²⁵ KELSEN, Hans. *Der Begriff des Staates e the Sozial psychologie*. Com o Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse. *Imago*, Viena, c. VIII n. 2, p. 101, 1922. Tradução: o conceito de Estado e psicologia social. Incluindo, em particular, um exame da teoria freudiana das multidões. *Incidência* 3, Paris, p. 157-199, p. 97 [trad. p. 160], 2007.

¹²⁶ SCKELL, Soraya Nour. *Lei e Democracia em Hans Kelsen. Crítica de Personalização do Estados de Kelsen*. [Em linha]. Abril, 2015. [Consult. 23 de jan. de 2020]. Disponível em WWW:<scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732015000100057&script=sci_arttext>. ISSN: 1980-539X. p. 07.

¹²⁷ Idem.

transforma as pessoas em cidadãos”¹²⁸. O Autor acrescenta que “a pertença de alguém ao povo depende das leis da nacionalidade ou cidadania e envolve determinado estatuto dentro o da ordem jurídica estatal”¹²⁹. O segundo elemento identificado é o *governo*, na qualidade de elemento condutor da *vontade pública* e supremo perante seus governados. Para MIRANDA “os governantes têm de ter o *direito* de mandar e os governados o *dever* de obedecer. Não bastam a força ou a conveniência: não há uma ideia de poder sem uma ideia de direito”¹³⁰. O terceiro elemento é o *território* sobre o qual paira toda a atividade. A demarcação terrestre delimita a fronteira de atuação nacional. Para MIRANDA a base física do Estado representa que “o povo e o território não são o povo e o território do Estado senão em termos de Direito”¹³¹. Assim, o território é a base de limite objetivo do Estado frente à ordem internacional: “o poder de cada Estado somente atinge o seu povo e o seu território, e não os de outros Estados, porque povo e território vêm a ser condições de existência (ou limites) do seu ordenamento jurídico”¹³².

No mesmo sentido D. ALLAND indica que “o Estado é uma forma histórica de organização jurídica do poder dotado de qualidades”¹³³. Dentre essas *qualidades* está o poder soberano: “um poder *supremo* no plano interno e um poder *independente* no plano internacional”¹³⁴. Assim, sob a perspectiva *interna corporis*, a soberania suprema corresponde à legitimidade absoluta para editar e fazer impor a norma escrita ao povo, ora governados. No exercício de *fazer impor* as normas ora editadas o Estado age dentro da prerrogativa soberana que lhe é imanente. André CAMPOS aponta que a soberania comporta ser tratada sob duas perspectivas distintas. A primeira corresponde ao propósito de “resumir um poder absoluto do Estado”¹³⁵. A segunda se posiciona no sentido de ser [a soberania] o *fundamento* da razão da existência do poder político¹³⁶. A concepção ampla e moderna de *soberania* está aliada ao uso multifacetado do termo que se refere ao facto de o Estado não reconhecer um poder superior, “mas está ele próprio limitado na sua arbitrariedade de emissão e execução do mando”¹³⁷.

¹²⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 1ª ed. Vol. II. Coimbra Editora, 2014. ISBN: 978-972-32-2271-5, p. 12.

¹²⁹ Idem, p. 13.

¹³⁰ Idem, p. 12.

¹³¹ Idem.

¹³² Idem, p. 13.

¹³³ Cfr., D. ALLAND. *L'État sans qualités*, in Droits, n° 16. 1993, p. 05. *apud*. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. Dept. Legal: 17448/02. p. 89.

¹³⁴ Idem, pp. 89-90.

¹³⁵ CAMPOS, André Santos. *A sobrevivência do conceito de soberania no mundo global*. In. Themis Revista de Direito. XV. 26/27. Coimbra: Edições Almedina, 2015. DL. 149844/00. p. 84.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Idem, p. 85.

Há clara distinção do comportamento do Estado enquanto atua na ordem interna [da qual aqui tratamos sob o aspecto de *soberania*] da ordem externa, ou *extramuros*, onde a qualidade Estatal já não é mais preponderante a outros, mas, igualitária e correspectiva. José Francisco REZEK anota que “no plano interno, a autoridade superior e o braço forte do Estado garantem a vigência da ordem jurídica [...] no plano internacional não existe autoridade superior nem milícia permanente. Assim, enquanto reunidos em um conselho de Estados Soberanos há uma organização horizontal e não *verticalizada*¹³⁸, conforme é quando trata com seus governados na ordem interna. Na qualidade de atuante independente na ordem externa os Estados se dispõem a proceder de acordo com normas jurídicas, na exata medida em que estas tenham constituído objeto de seu consentimento”¹³⁹. A ideia condiz com a poética de HOBBS escreveu que “os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém”¹⁴⁰.

Em paralelo, GOMES CANOTILHO reflete acerca da crise no conceito *rígido* de Estado. O Autor pautou que estamos diante da necessidade de reformulação da ordem constitucional tradicional-clássica. CANOTILHO aduz que a necessidade de revisão dogmática ocorre por força da mutação da identidade cultural, social, normativa e política do povo. O Autor apontou, ainda, que a perpetuidade da vigência de uma constituição não corresponde à perenidade da rigidez, ou seja, “permanência do *sempre igual*, pois, num mundo sempre dinâmico, a abertura à evolução é um elemento estabilizador da própria identidade”¹⁴¹.

1.3.1 O Estado e o Cidadão

A nível pontual, a relação entre Estado e o cidadão cuida-se de um vínculo que é, a um só tempo, sinalagmático e vertical. O *interesse público* é a inafastável prerrogativa que permite ao Estado *desequilibrar a balança* a seu favor. Este instituto de maior peso desempenha o papel de fazer prevalecer políticas de gestão difusa para atender as demandas

¹³⁸ Legitimada pela preponderância do interesse público.

¹³⁹ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN: 978-85-02-12668-8, p. 25.

¹⁴⁰ HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Beatriz Nizza da Silva. [Em linha] p. 59. [Consult. 06 de dezembro de 2018]. Disponível em WWW: < http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>.

¹⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN: 9724021068. p. 367.

da população¹⁴². Nestes termos, o interesse coletivo sobrepõe-se ao interesse individual como forma suprema de ver realizar as *políticas macro* que não pode ser suplantada pelo proveito de uma só pessoa.

Não obstante, a tutela dos Direitos Humanos ganha tela frente perante o Estado. O rol de garantias individuais protetivas são “posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição”¹⁴³. Esses direitos são *sentinela* das garantias inafastáveis diante da relevância jurídico-axiológica do cidadão e servem de contenção à sobreposição do poder Estatal¹⁴⁴.

A corrente que tutela a preservação da pessoa humana frente ao Estado é sempre crescente no direito pós-moderno¹⁴⁵ e vem ganhando força com o passar do tempo, conforme o registro das *dimensões* dos direitos humanos¹⁴⁶. É cada vez evidente a consciência jurídica diante do facto de que a tutela pela força do próprio Estado é, antes de mais nada, a tutela da própria pessoa, pois o indivíduo, enquanto detentor da qualidade de cidadão, é componente *celular* da magnitude Estatal. Um Estado só se apresenta forte e consolidado quando há, em seus populares, o senso de patriotismo e de responsabilidade individual pelo bem de *seu país*. A conscientização da posição cívico-patriota abdica o cidadão, outrora individualista e puramente autocêntrico e autoconservador¹⁴⁷ a parte ativa e necessariamente colaboradora para ver realizado o plano macro. O caminho da progressão da consciência social passa por diversos níveis até que o cidadão se sinta interiorizado pelos valores constitucionais e passe a se posicionar como agente eficaz para a realização do bem-comum, tendo a constituição como referência¹⁴⁸.

Em retrospectiva histórica Lenio STRECK aponta que o Estado surgiu, a princípio, sem Constituição¹⁴⁹ e era, conseqüentemente, puramente absolutista. A opressão às liberdades individuais fez surgir o espírito das irresignações revolucionárias. Necessitava-se de mecanismos de contenção do poder Estatal. Assim, foram criadas “condições para o surgimento de formas de controle do poder, através da exigência de mecanismos para conter

¹⁴² VARELLA indica o sentido do termo aplicado: “população é o conjunto de habitantes que mantêm uma ligação estável com um determinado Estado, por meio de um vínculo jurídico, o vínculo da nacionalidade”, o que inclui nacionais que se encontram em território exterior, excetuados os estrangeiros no território nacional. VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN: 978-85-02-13677-9, p. 172.

¹⁴³ MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6870-1. p. 11.

¹⁴⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. ISBN: 978-85-24-6303-9, p. 20.

¹⁴⁵ Vide as conquistas graduais marcadas pela progressão das dimensões dos direitos humanos, através das quais o indivíduo deixa de ser oprimido pela magnitude do Estado e passa à qualidade de credor de igualdade e dignidade.

¹⁴⁶ Vide item 1.1.1.

¹⁴⁷ HONNETH, Axel. Op. cit.

¹⁴⁸ LASSALE, Ferdinand. A essência da constituição. 9ª ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 2016. ISBN: 978-85-7987-183-2.

¹⁴⁹ Referiu-se a uma Constituição formal, propriamente dita.

o poder do Príncipe”¹⁵⁰. Nesta resistência opressora, a força da tutela da pessoa humana ganhou frente revolucionária perante ao monopólio Estatal.

A propósito, cumpre marcar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), cuja inspiração nasceu da declaração norte-americana de independência (1776), é tida como o berço das propostas normativas mais ativas. A nova proposição reúne, além de outras, referências ideológicas da relação do indivíduo, sociedade e nação¹⁵¹. A edição do texto constitucional, na construção moderna de Estado, advém da citada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo propósito é estabelecer limites à potência política sobre o cidadão. Obrigatoriamente pautado por este critério, o Estado deve editar normas sem desprezar a tutela dos hipossuficientes¹⁵².

Em outra vertente, no campo Norte-Americano James Madison, na posição de quarto Presidente dos Estados Unidos da América (1809-1817), foi o grande responsável pela elaboração da Declaração de Direitos Humanos. Madison desempenhou papel fundamental na elaboração da Convenção de Filadélfia de onde resultou a Constituição Federal Americana (17 de setembro de 1787), ainda em vigor¹⁵³. Segundo aponta José ANDRÉ o pensamento humanístico de Madison pode ser analisado sob três pontos: a) pelo estabelecimento de um constitucionalismo democrático; b) a reserva da estabilidade e revisão constitucional e; c) a proteção dos direitos fundamentais¹⁵⁴. Tal classificação embrionária ainda marca o espírito dos elementos constitucionais inafastáveis.

1.3.2 O Estado e o Direito

O direito cumpre um papel fundamental como instrumento regulador dos factos sociais em diversos níveis. Gomes CANOTILHO indica que é possível destacar duas perspectivas a tal respeito: a primeira delas se encontra no plano jurídico-objetivo. Neste ponto as normas de competência negativa para os poderes públicos, proibem,

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 978-85-309-7948-5, p. 16.

¹⁵¹ A redação do artigo 16º estabelece que: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”¹⁵¹. Guedes VALENTE aponta que para Luigi FERRAJOLI “toda a sociedade na qual não estejam asseguradas a garantia de direitos nem a separação de poderes não tem constituição”. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Grantismo*. 5ª ed. p. 28; 54-55. *apud*. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal - fundamentos político-criminais*. Lisboa: Manuel Monteiro Guedes Valente, 2017. ISBN: 978-972-99118-1-1, pp. 25-26.

¹⁵² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018. ISBN: 978-85-970-1621-5. p. 68.

¹⁵³ ANDRÉ, José Gomes. *Os contributos de James Madison para o constitucionalismo moderno*. Direito & Política/Law & politics. Lourdes. Ed. n° 4. julho – outubro 2013. ISSN: 0, p. 65.

¹⁵⁴ Idem.

fundamentalmente, as ingerências destes na esfera jurídica individual¹⁵⁵. O segundo aspecto paira no plano jurídico-subjetivo. Nesse último caso “o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”¹⁵⁶.

Na qualidade de instrumento regulador da sociedade, o direito deve acompanhar a dinâmica da evolução social *multinível*¹⁵⁷. A sociedade anda em constante evolução movida por seus valores e interesses. Nesta consciência, o direito não pode predizer o destino a ser tomado pela social, mas, deve se ater ao papel de instrumento de ordem. A ordem jurídica, enquanto na qualidade de instrumento limitador dos factos sociais, deve pretender acompanhar as mudanças com proximidade, sem se antecipar. O sistema regulatório da ordem social tem, dentre outras, a tarefa de proporcionar segurança jurídica, cujo fim é garantir a estabilidade social-democrática, em seus diversos níveis (individual, local, regional, nacional e supranacional). Diante da consciência dos limites apresentados pela ordem social, há que estabelecer limites à permissividade dos factos sociais. A constrição severa acarreta na paralisação do progresso e na ditadura, enquanto a permissividade alargada permite a desordem anárquica. Isso em mente, há de se *tencionar*, adequadamente, a permissividade das normas ao facto social, que é seu objeto. Diante disso há, necessariamente, a existência de relação de um diálogo intrínseco do sistema jurídico e a sociedade, a fim de ser capaz de realizar o direito na ordem prática¹⁵⁸.

Enquanto pautado pelo interesse público, as preocupações multifacetadas na gestão da *coisa pública* devem buscar, tanto quanto possível, harmonizar as conveniências e pacificar as divergências sociais, ou seja, a promoção ativa de políticas públicas com o intuito de amenizar as desigualdades sociais, nos diversos setores¹⁵⁹. Nesta incessante tarefa é necessário que se estabeleça uma comunicação efetiva entre o gestor público, cujo papel é administrar; o legislador que positiva a norma e o jurista que se pauta na norma para “fazer realizar” o direito sobre os casos de conflitos emergentes. Essas três *casas* devem ser sensíveis às evoluções da sociedade que tutela e estar atentos às necessidades que surgem desta decorrência progressiva, em especial, os factos sociais emergentes e os valores a eles atribuídos. A harmonização social requer capacidade de perceber o mundo a sua volta e tomar decisões diretivas para o futuro, tendo em mente a coletividade e a dignidade da pessoa

¹⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN: 9724021068. p. 541.

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Individual, local, regional, nacional e supranacional.

¹⁵⁸ Refere-se conforme a aceção da realização de facto da norma positivada. *O acontecer do direito*.

¹⁵⁹ Saúde, educação, economia, etc.

humana. A propósito de tal preceito, Renato LESSA indica que a condução do interesse público deve guardar “inteligibilidade e sincronia”¹⁶⁰. Administrar a máquina pública consiste na sintonia entre conhecer o passado; perceber o presente e preparar-se para o futuro¹⁶¹. A política pública, como sistema de realização dos anseios da pessoa humana, deve guardar a consciência da realização do bem-estar e a construção de elementos que possibilitem condições de *felicidade* objetiva.

No âmbito da construção social democrática e complexamente desenvolvida a Constituição norteia e ocupa o espaço de destaque no sistema jurídico-político¹⁶². A abrangência do Texto Maior reflete a epistemologia, teleologia e a axiologia do patrimônio histórico e cultural de uma sociedade complexa e plural¹⁶³.

Uma Constituição não se confirma popularmente senão enquanto o *dever ser* normativo não refletir a realidade da sociedade que se destina a tutelar. Assim, a *interiorização* Constitucional à nível individual e regional requer uma sincronia entre os factos sociais e políticos [constituição real] com a realidade normativa [constituição escrita]¹⁶⁴. Neste intuito, deve haver correspondência prática e teórica, ou seja, entre a Constituição real – reflexo social, e a Constituição escrita, que expõe valores jurídico-dogmáticos. É importante anotar que a eventual disparidade desses dois quadros aponta que a segunda carece das forças implícitas da primeira¹⁶⁵. Tal sincronia deve ser refinada, haja vista que, conforme aponta CANOTILHO, a Constituição é o resultado de um acordo político e social que integram as diferenças¹⁶⁶. Michel TEMER ao tratar da eficácia social da norma identifica uma diferença entre eficácia jurídica e eficácia social da norma. O Autor aponta que a eficácia *social* da norma se dá a partir da sua vigência munida de potencial para regular ou limitar a permissibilidade dos factos sociais concretos, enquanto a norma de eficácia *jurídica* já produz efeitos na esfera teórica e jurídica a partir de sua edição, por exemplo, pela revogação de norma anterior que com ela conflita¹⁶⁷.

¹⁶⁰ LESSA, Renato. *Modos de fazer uma república: demiurgia e invenção institucional na tradição republicana brasileira*. Análise Social, Agosto 2012, 204, XLVII (3.º), pp. 508-531. ISSN 2182-2999, p. 511.

¹⁶¹ Idem.

¹⁶² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ISBN: 83-336-0836-5.

¹⁶³ Diversidade de crenças e padrões culturais individuais e setorializados.

¹⁶⁴ LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 9ª ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 2016. ISBN: 978-85-7987-183-2, p. 10.

¹⁶⁵ Idem. p. 08. LASSALE colaborou para a Teoria do Voto Universal e Direto como instrumento de democratização do poder e garantia popular.

¹⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN: 9724021068. p. 218.

¹⁶⁷ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 24. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017. ISBN: 9788539201143. p. 23.

A conservação dos princípios constitucionais é fundamental e requer guarida, inclusive com força penal e cogente, pois compõem a essência do próprio *pacto social*¹⁶⁸. A ofensa criminosa à tal integridade principiológica desafia, *interna corporis*, a estabilidade do Estado em si e, *extramuros*, a estabilidade de sistemas jurídicos paralelos¹⁶⁹.

Konrad HESSE trata de *rigidez y movilidad* constitucional. O Autor anota que ambos são elementos necessários para que o diploma possa cumprir o seu papel diante da mutação da sociedade que tutela. Segundo HESSE “*sólo ellos permiten responder al cambio histórico así como a la diversidad de las situaciones vitales, las disposiciones vinculantes porque su virtude estabilizadora possibilita esa relativa constância, única capaz de preservar a la vida de la Comunidad de su disolución em um cambio continuo, inabarcable e incontrolable*”¹⁷⁰.

Pedro LENZA aponta à ideia de uma Constituição *aberta*, por meio da qual “ela possa permanecer dentro de seu tempo e, assim, evitar o risco de desmoronamento de sua “força normativa”¹⁷¹. GOMES CANOTILHO defende a reserva do texto à apenas aquilo que seja o cerne estritamente necessário, em termos de materialidade constitucional. O Autor defende a “desconstitucionalização” de elementos que compõe apenas o perfeccionismo constitucional [elementos econômicos, sociais, trabalhistas, etc.] que sobrecarregam o texto. Assim, o intuito do Autor é manter o texto dinâmico e flexível com elementos estritamente necessários à “vida política fixando limites às tarefas do Estado e recortando dimensões prospectivas traduzidas na formulação dos fins sociais mais significativos e na identificação de alguns programas da conformação constitucional”¹⁷². Nessa ideia, uma constituição deve corresponder à, sempre evolutiva, identidade histórico-cultural do povo.

¹⁶⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *A trilogia liberdade-justiça-segurança: contributos para a reconstrução do conceito de espaço penal europeu*. In: *A Luta contra o terrorismo transnacional. Contributos para uma reflexão*. Coord. Ana Paula Brandão. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN: 978-972-40-4441-5. p. 148-150.

¹⁶⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *A trilogia liberdade-justiça-segurança: contributos para a reconstrução do conceito de espaço penal europeu*. In: *A Luta contra o terrorismo transnacional. Contributos para uma reflexão*. Coord. Ana Paula Brandão. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN: 978-972-40-4441-5. p. 65.

¹⁷⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. ISBN: 84-259-0695-4, p. 24.

¹⁷¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN: 97885-472-1751-8, p. 85.

¹⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 1339.

2 A ESTABILIDADE SOCIAL NORMATIVA

Jose Afonso da SILVA aponta que a norma constitucional detém caráter de “direito público fundamental por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado e à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estrutura política”¹⁷³. É por consenso didático que as primeiras orientações da academia jurídica são marcadas pela repartição temática do vultoso sistema jurídico em “ramos” do direito¹⁷⁴. A “árvore” jurídica representa, em cada um de seus ramos, uma especialização jurídica, cujas raízes se fundam em princípios, de onde emana sua força. O desenvolver dos ramos representa o amadurecimento do saber, com o passar do tempo¹⁷⁵. Apesar de em princípio isolados, os ramos passam a se entrelaçar e compartilham conhecimento, a medida em que se desenvolvem. Ao interagir, as áreas do conhecimento, antes setorizadas, dialogam em energias e ideias. Que apesar de dedicados a seu propósito específico, são partes de uma só entidade e de um só propósito, cujo fim é o resguardo do bem comum social. A analogia comunica com a lição de Howard Gardner quando defende que o conhecimento humano não é fragmentado nem isolado em partes distintas e incomunicáveis, mas, interconectado em si. As áreas do conhecimento humano, apesar de setorizadas por estarem localizadas em regiões distintas do cérebro, são correspectivas e assimilam ideias entre si e detém pesos diferentes de acordo com cada indivíduo em cada cultura¹⁷⁶. Assim como o sistema de administração do conhecimento pelo cérebro humano que, apesar de setorizado, trabalha como um todo para o funcionamento adequado do indivíduo, o sistema jurídico, também setorizado, opera como um todo para o funcionamento do Estado.

A ideia contemporânea do conhecimento jurídico centrada no facto de estar em constante crescimento e evolução é uma das lições de Miguel REALE. O Autor prega o “repúdio a quaisquer imagens parciais ou setorizadas, com o reconhecimento da insuficiência das perspectivas resultantes da consideração isolada do que há de *fático*, de *axiológico* ou *ideal*, ou de *normativo* na vida do direito”¹⁷⁷. Em igual segundo é a *Teoria do*

¹⁷³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018. ISBN: 978-85-39-2039-94, p. 36.

¹⁷⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN: 97885-472-1751-8, p. 61.

¹⁷⁵ Nas palavras de Rudolf von IHRING: “O sentimento de justiça é a raiz da grande árvore. Se a raiz não for boa, se ficar ressequida em meio às pedras e à areia estéril, a árvore não passará de uma figura ilusória, e a primeira tempestade arrancá-la-á pela raiz”. IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 2ª ed. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000. ISBN: 85-7232-424-0, p. 76.

¹⁷⁶ GARDNER, Howard *apud* CURY, Augusto. *O código da inteligência*. Rio de Janeiro: Editora Sextante, 2010. ISBN: 978-85-431-0175-0. p. 71.

¹⁷⁷ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 11.

Diálogo das Fontes de Erik JAYME (1995), Haia, para a qual as normas positivas não se excluem, mas, completam-se, unitariamente¹⁷⁸. A conscientização da interconectividade das ciências sociais, em especial, do direito, conduz à ideia de que estamos a tratar de uma composição única, não divisível em setores isolados e incomunicáveis, ou seja, indecomponível. A ciência jurídica, conforme esta consciência moderna, deve ser analisada sob o aspecto global de seus vários setores, de modo que todos trabalham para a regulação e a pacificação social harmonizado¹⁷⁹. Essa visão moderna da consciência jurídica indica um “verdadeiro escalonamento verticalizado e hierárquico das normas”¹⁸⁰. Assim, o sistema juspositivista dialoga internamente consigo, em suas diversas áreas, em um sistema complexo e dinâmico. BOBBIO “considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade”¹⁸¹.

A propósito da crescente tendência integradora Soraya SCKELL destaca que antes do apontamento *kantiano* a escola jurídica se pacificava em duas vertentes normativas do direito: o Direito do Estado e o Direito Internacional. A *Paz Perpétua* de Kant acrescenta a vertente do direito *cosmopolita* e coloca o indivíduo na qualidade de *cidadão do mundo* e não mais reservado a determinado Estado¹⁸². Neste sentido, Soraya SCKELL indica que, na linha de Kant, HABERMAS considera a norma em três dimensões: a lei interna de cada país; a lei internacional que regulamenta a relação entre Estados e o direito cosmopolita que defende que todos os cidadãos são, não de um determinado Estado, mas, do mundo. A ideia cosmopolita *kantiana*, informa HABERMAS, deve ser amparada por meios de instrumentos de cumprimento da observância de tal direito universal. Assim, a pacificação social conforme o direito *cosmopolita* implica na ideia *kantiana* de “um direito que considera indivíduos como cidadãos do mundo e não apenas de um Estado particular”¹⁸³. Apesar da propagação da ideia de um direito *cosmopolita* de Kant durante o século XVIII, o indivíduo continua a ser tratado, durante o século 19 e início do 20 como um *objeto* do Direito Internacional¹⁸⁴. Neste sentido SCKELL indica que há uma parcela de Autores que não

¹⁷⁸ MONTEIRO, Patrícia Ferreira de Almeida. *A aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes às relações de consumo*. Artigo Científico, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 04.

¹⁷⁹ LENZA. Op. cit.

¹⁸⁰ Idem, p. 63.

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. ISBN: 85-274-0328-5, p. 132.

¹⁸² KANT, Immanuel. *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, in *Werke*, Berlin, Gryter Verlag, Akademie Textausgabe Photomechanischer Abdruck des Textes der von de Preubischen Akademie der Wissenchaften 1902 begonnenen Ausgabe von Kants gesammelten Schriften.), Vol. 8 [ZeF, AA i]. 1795. p. 358. *apud*. SCKELL, Soraya Nour. *O Cosmopolitismo de Kant: direito, política e natureza*. In. Estudos Kantianos, Marília, v 5. N. 1, p. 199-214, jan./jun. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2017. p. 199.

¹⁸³ SCKELL, Soraya Nour. *O Cosmopolitismo de Kant: direito, política e natureza*. In. Estudos Kantianos, Marília, v 5. N. 1, p. 199-214, jan./jun. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2017. p. 199.

¹⁸⁴ Idem. p. 202.

reconhecem a personalidade jurídica individual, desprovido da representação estatal. Deste modo a representatividade internacional fica adstrita ao Estado e cabe a este fazer valer a norma a nível individual. Em contraponto, outros Autores indicam ao menos três aspectos que indiciam que a vanguarda do direito internacional reconhece a personalidade jurídica individual neste âmbito: o direito de petição individual internacional¹⁸⁵, a responsabilidade e a vitimização individual frente a crimes internacionais tais como o genocídio, os crimes de guerra, crimes contra a humanidade, o terrorismo, etc.¹⁸⁶. Para HABERMAS a deficiência da proteção dos direitos humanos a nível global reside na falta de um instrumento coercitivo para o seu cumprimento capaz de garantir a *compliance* com, por exemplo, a Declaração Universal de Direitos Humanos¹⁸⁷.

2.1 A Função Social da Norma

Neste caminho, não se pode deixar de lado a consciência de que a evolução global constitui, não apenas um aprimoramento tecnológico, mas, a integração multifacetada de recursos que ensejam uma simbiose cultural¹⁸⁸. O debate globalizado do direito implica sincronizar interesses dos Estados, enquanto preserva a dignidade da pessoa humana. Trata-se, em tempos atuais, da *globalização* dos direitos humanos.

Este movimento global e sincronizador de padrões socioculturais impacta o direito, enquanto instrumento regulador da sociedade. A novidade dos parâmetros coloca em causa posições das relações entre sistemas jurídicos no que tange à efetividade da regulamentação e os modos da produção normativa¹⁸⁹.

Neste contexto integrador dos parâmetros internacionais surge a relação entre *Hard Law* e *Soft Law*. A função social do sistema normativo implica estabelecer parâmetros à flexibilidade dos factos sociais, tendo em mente que o direito acompanha a evolução social

¹⁸⁵ Em especial quanto à agressão contra os direitos humanos e direitos do trabalho.

¹⁸⁶ SCKELL, Soraya Nour. *O Cosmopolitismo de Kant: direito, política e natureza*. In: Estudos Kantianos, Marília, v 5. N. 1, p. 199-214, jan./jun. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2017, p. 202-203.

¹⁸⁷ HABERMAS, Jurgen. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1996. *apud*. SCKELL, Soraya Nour. *Humanitarian law: the controversial historical construction of a universal moral*. JANUS.NET, e-journal of International Relations. Vol. 3, n.º1. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2012. ISSN: 1647-7251, p. 84.

¹⁸⁸ A expressão “*globalização*” passou a ser utilizada, de uma forma mais frequente, a partir do final da década de 1980, impulsionada pelos acontecimentos que colocaram fim, primeiro, ao muro de Berlim e, depois, ao Império Soviético. Com o fim da divisão mundial em dois blocos antagônicos, a civilização, especialmente a ocidental, passou a visualizar o mundo sem barreiras intransponíveis¹⁸⁸. LEMOS FILHO, Arnaldo, et al. *Sociologia geral e do direito*. 4ª ed. Campinas: Alínea Editora. 2009. ISBN 978-85-7516-342-9, p. 236.

¹⁸⁹ NEVES, Miguel Santos. *Introdução ao direito*. Coord. Pedro Trovão do Rosário; Anja Bothe; António Carlos do Santos, et. al. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6474-1. p. 251.

impulsionada pelo surgimento dos factos extravagantes¹⁹⁰ que requerem tutela. Para Luís Barbosa RODRIGUES o direito é “uma ordem de natureza social, necessária, normativo-decisória, autoritária, racional-voluntária, válida, legítima, justa, eficaz, efetiva, imperativa, coerciva e tutelada¹⁹¹. O direito, na qualidade de regulamentador, não deve antecipar o movimento social. O legislador, ora editor da norma, deve estar ciente da cronologia que posiciona a norma do surgimento do facto social sob tutela, com o intuito de minimizar o hiato temporal entre o *facto nocivo* e a vigência da *norma*. A hipotética inversão desta ordem resulta num quadro onde o direito deixa de amparar a sociedade e passa a *ditar* o curso social.

HABERMAS aponta, conforme a perspectiva jurídico-sociológica de Luhmann, que “quanto mais complexas forem as sociedades, tanto mais fortemente cai o sistema jurídico, sob a pressão de uma alteração”¹⁹². Para fins de minimização do *hiato* temporal: *facto-norma*, são necessários procedimentos que possibilitam uma *célere*, porém *pudente*, apuração axiológico-valorativa de uma conduta social relevante. Assim, ao dirimir o hiato temporal entre o *facto agudo*¹⁹³ e o surgimento da norma é possível, senão eliminar, mas, mitigar a ausência normativa, evitando-se o livre exercício de uma conduta social danosa.

Arnaldo LEMOS FILHO, et al. recordam, conforme Rudolf von IHERING, que o direito deve ser adequado à sociedade que tutela: “o direito não pode fazer sempre os mesmos regulamentos; ele precisa adapta-los às condições do povo, a seu grau de civilização, às necessidades do tempo”¹⁹⁴.

O universo jurídico, por si só, não pode acampar a totalidade dos fatores que afetam a dinâmica social. A interconectividade das ciências sociais representa a globalização do homem, enquanto ser sociável¹⁹⁵. Tal objetivo consiste na estabilização objetiva da segurança e previsibilidade das relações jurídicas para a paz social. REALE afirma que “uma vez emanada [a norma], sofre alterações semânticas, pela superveniência de mudanças no plano dos factos e valores”¹⁹⁶. A vida útil da norma corresponde à relevância do facto social que tutela. Escoado o *valor social* do facto, escoá-se a própria norma, pois cai em *desuso* por inaplicabilidade prática.

¹⁹⁰ Factos sociais *maléficos* ou *nocivos*.

¹⁹¹ RODRIGUES, Luís Barbosa. *Soft law*. Revista Negócios Estrangeiros. N.º 19. Lisboa: Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2011. ISSN: 1645-1244. pp 11-37.

¹⁹² LUHMANN, Rechtssoziologie Niklas. Opladen 1981, pp. 73 e segs. *apud*. HABERMAS, Jurgen. *Direito e moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. ISBN: 972-771-201-0, p. 73.

¹⁹³ O acontecimento social que requer regulamentação normativa.

¹⁹⁴ LEMOS FILHO, Arnaldo, et.al. *Sociologia geral do direito*. 4.ª ed. Campinas: Alínea, 2009. ISBN: 978-85-7516-342-9, p. 133.

¹⁹⁵ ARISTÓTELES. *A política*. [Em linha]. [Consult 19 de agosto de 2019]. Disponível em WWW: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>.

¹⁹⁶ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 101.

REALE afirma que “nenhuma norma surge *ex nihilo*, mas pressupõe sempre uma tomada de posição perante *factos* sociais, tendo-se em vista a realização de determinados *valores*”¹⁹⁷. Assim, é possível apurar o caminho que seguiu da evolução pura da força, como fator de prevalência do arbítrio da própria razão, à vigência de um sistema de normatização soberana e de observância obrigatória como fator igualitário dos indivíduos, que serve como instrumento que determina parâmetros para realizar a *justiça*. Na era pré-bíblica a prevalência da *força* pressupõe assimetria entre indivíduos. O estado de *liberdade* requer o rompimento das submissões¹⁹⁸. Para ROUSSEAU “toda força que sobrepuja a primeira sucede a seu direito”¹⁹⁹. De outro modo, na construção social pós-moderna, fica assente entre os *pactuantes* [cidadãos] de que se uma solução a determinado caso foi dada conforme o rigor da lei foi, assim, realizada a justiça.

Conforme visto, Kenneth W. ABBOUT e Duncan SNIDAL demonstram uma posição binária quanto à função social da norma. Para os Autores a norma poderá ser, a um só tempo, tanto um contrato e um pacto²⁰⁰. A tratar da perspectiva do Pacto Social o Estado detém a posição de guardião das igualdades. A propósito de tal, guarda medida ativas para promover a condição de igualdade e promove medidas de repreensão do mais forte sobre o mais fraco, sem distinção de indivíduos, mas, tão somente com fundamento na qualidade de cidadão.

O direito, na qualidade de instrumento regulador do comportamento social, deve cumprir o papel de tutelar a sociedade e suas mutações, conforme a transformação de seus valores e o transcurso do tempo. Isso porque a sociedade está sempre em evolução, motivada por valores e interesses que se adaptam às novas circunstâncias.

A norma positivada é o instrumento de ordem que delimita a expansão social do facto em sociedade. A propósito de sua função social, o direito deve acompanhar os anseios da sociedade com efetiva proximidade. O resultado da tutela jurídica ao facto novo é a criação de ambiente seguro e provido de condições objetivas de felicidade social. Assim, é necessário que ocorra a relação recíproca entre o sistema jurídico e o povo, a fim de realizar o direito na prática. Para tanto, são necessários elementos capazes de permitir que o direito [evolução normativa] responda rapidamente à sociedade, sem, contudo, por em causa a segurança jurídica que dele se espera. Neste sentido, faz-se necessário depurar

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *A liberdade*. Trad. M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Editorial Estampa, 1989. ISBN: 972-33-0811-8, p. 21.

¹⁹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Rolando Roque da Silva. [Em linha]. 1762. [Consult 20 de agosto de 2018]. Disponível em WWW:< ebooksbrasil.org/adobebook/contratosocial.pdf>. p. 14.

²⁰⁰ ABBOUT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Op. Cit.

procedimentos que habilitam a célere ponderação valorativa dos acontecimentos *graves*²⁰¹ para que surja a norma estabilizadora e garantidora da paz.

Quando da fundação Norte Americana, James Madison defendeu a adoção de mecanismos que possibilitassem a revisão moderada do texto constitucional, afim de mantê-lo vivo e atual às esperadas mutações sociais²⁰². José ANDRÉ aponta que Madison “percebeu desde logo a importância de a Constituição incluir previsões autocorretivas, dotando-se de uma *plasticidade* indispensável à sua utilidade futura, sem que, porém, a sua própria estabilidade fosse à partida dinamitada”²⁰³.

Miguel REALE²⁰⁴ trabalhou a concepção da dialética perspectiva dos acontecimentos sociais. O Autor apontou para três elementos: o *facto*; o *valor* e a *norma*. O social²⁰⁵, o moral²⁰⁶ e o imperativo²⁰⁷.

Em correspondência ao tema Norberto BOBBIO trata da ordem instrumental prática como valor próprio do direito sob o prisma da versão moderada do positivismo²⁰⁸. Para Georg Wilhelm Friedrich HEGEL a norma positivada se realiza [instrumentaliza] por aplicações que estabelecem necessárias “relações com a matéria fornecida pelas situações infinitamente complexas e singulares”²⁰⁹.

A utilidade prática do dispositivo regulador (norma) ocorre diante do caso concreto (facto), conforme a dosimetria histórica e cultural de aceitação (valor). Assim, conforme a relação *tridimensional* exposta. A escola contemporânea tende a ponderar a antiga aplicação fria e abstrata da lei, em busca de uma aplicação mais próxima e modelada à realidade social, por tanto, com maior efetividade prática.

A norma que conflita com o facto social cria em seu destinatário um conflito moral de angústia. Isso ocorre quando o indivíduo se encontra diante da obrigação moral de cumprir a norma, porém, observa que a norma vai de encontro ao desenrolar natural do facto desempenhado pela sociedade.

²⁰¹ Que ensejam regulamentação.

²⁰² José ANDRÉ, em análise ao contributo de James Madison para constitucionalismo, apontou que o artigo 5º da Constituição Norte-Americana habilita aditamentos atualizadores que, por sugestão de Madison, foram introduzidos na Convenção de Filadélfia. ANDRÉ, José Gomes. *Os contributos de James Madison para o constitucionalismo moderno*. Direito & Política/Law & politics. Lourdes. Ed. nº 4. julho – outubro 2013. ISSN: 0. p. 71.

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3.

²⁰⁵ O comportamento humano em sociedade.

²⁰⁶ O valor como dosimetria da moral em cada contexto cultural.

²⁰⁷ A edição da norma como resultado histórico-cultural e os limites à expansão do facto na sociedade.

²⁰⁸ O Autor faz contraponto entre esta e a versão “extremista” ou “forte”, onde, segundo ele, o valor é *final*; ao passo de que na moderada o valor é *instrumental*. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Trad. e notas Márcio Pugliesi; Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Editora Ícone, 1995. ISBN: 85-274-0328-5, p. 230.

²⁰⁹ Dentre exemplos da instrumentalidade prática da norma o Autor citou as espécies de propriedades e de contratos da sociedade civil e as situações morais. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990. ISBN: 0, p. 198.

A título de ilustração deste ponto é pertinente a visão hipotética de um cidadão que pretende atravessar a via de trânsito e percebe que a sinalização adequada para tanto está posicionada em localidade que não coincide com sua rota de menor esforço. Vejamos que um indivíduo diante de tal pretensão se encontra diante do seguinte dilema: a) atravessar a via em local que é conveniente ao alcance do seu destino, ou seja, optar por um trajeto mais curto e quer requer de si menor esforço, porém, oferece risco por estar fora da marca de sinalização, sob a iminência, ainda, de ser flagrado e penalizado pela Autoridade Fiscalizadora ou; b) empenhar esforço físico e tempo para se deslocar até a sinalização posta mais adiante e realizar a travessia da via em local devidamente marcado.

O caso hipotético acima ilustra a colisão direta da norma (sinalização do local exato e seguro para realizar a travessia da via) e o facto social (o curso natural passagem pelo menor tempo e esforço para atingir o destino).

Eis que diante do dilema de cumprir o preceito normativo ou alcançar o seu destino dispondo de menor esforço, acaba por escolher essa última alternativa. Percebe-se que neste quadro o indivíduo se submete a situação de risco - *contra legem*. A incentivar a tomada de sua decisão, pode-se cogitar, ainda, a observância de um outro transeunte que, com sucesso, atingiu o outro lado da via pelo curso do menor esforço, porém, contra a norma. Que ao observar o sucesso deste transgressor da norma que optou pela alternativa de menor esforço e maior risco e que sai impune, encoraja-se no mesmo curso a tentar a sua própria sorte. É possível afirmar que, nesta razão inconsciente, outros mais virão a quebrar a norma dando força ao curso natural do facto social ao replicar o comportamento contraditório à regulamentação.

Percebe-se que nesta situação hipotética representativa da tenção entre o facto social e norma, aquele tende a se sobressair, ou seja, o facto social sobrepõe-se à norma que com ele conflita. Corresponde, em tese, a tentar alterar o curso de um rio. Neste raciocínio, é possível concluir que uma *norma*, apesar de vigente, não goza de efetividade prática quando colide frontalmente com o curso natural da sociedade e, assim, o sistema normativo termina enfraquecido, haja vista que sua eficácia, ou, credibilidade popular, fica posta em xeque.

Eventual atrito entre a norma e o facto social há que ser atenuado, tanto quanto possível, afim de evitar falta de estabilidade social. Diante de tal propósito, o legislador deve se ater à percepção social em dois níveis: a primeira singular e regionalizada, ou seja, os anseios dos indivíduos ora tutelados pela norma, enquanto interagem em seu cotidiano e; em segundo nível: a perspectiva macro ou ampla, a dar conta dos valores históricos e sociais do

povo, enquanto em sociedade. A amplitude e o refinamento pontual desta percepção depende de caso a caso, segundo a abrangência da norma: seja ela local, regional, nacional ou supranacional.

O legislador atribui *valor* ao facto social e sopesa as razões²¹⁰. Feito isso, cabe a ele redigir o texto regulamentador que consiste em norma geral, abstrata e impositiva em correspondência ao peso histórico e cultura do facto apurado recorrente naquela determinada sociedade. A produção da norma é um resultado de um facto social valorado.

A apuração *quantitativa* da norma é igualmente relevante. Enquanto a análise *qualitativa* cuida da eficácia prática da norma, conforme os termos acima, o viés *quantitativo* trata do volume produzido pelo legislador para tratar do mesmo tema. A perenidade é característica imanente ao preceito de *segurança jurídica*, enquanto a mutabilidade excessiva da norma que trata do mesmo tema interfere na sensação de certeza e de longevidade do sistema, logo, prejudica a *estabilidade*.

A hipertrofia normativa é fator que sinaliza duas possíveis vertentes: a primeira hipótese corresponde a um possível descompasso entre o legislador e a sociedade. Neste quadro a produção normativa é feita de forma prematura ou, ainda, desatenta às possíveis variáveis, ou seja, sem antes cuidar de verificar a gama de variedades e possibilidades a serem tuteladas pela norma. Diante da disparidade entre a realidade e a teoria normativa o legislador deve continuamente modificar norma para acrescentar ou adequar à dinâmica social, pois editou, em tese: *citra*²¹¹; *ultra*²¹² ou *extra*²¹³ iuris. A segunda hipótese ocorre diante da verificação de uma sociedade em evolução efusiva. Trata-se de um perfeito caso em que se evidencia uma sociedade em intensa transformação onde, em verdade, os acontecimentos sociais requerem tutela pelo constante surgimento de factos novos.

Diante dos possíveis casos acima é sempre necessário que o editor da norma ande atento à dialética pretérita²¹⁴, afim de comunicar, em sentido prático e real, com a sociedade a ser tutelada. O legislador deve guardar a cautela da dialética *tripartite*, ou seja, apurar o facto social, valorar a sua relevância e, ao encontrar peso suficiente no facto que analisa, normatiza-o, afim de resguardar direitos e preservar a estabilidade social. O resultado desta

²¹⁰ A norma geral, abstrata e impositiva em correspondência ao peso histórico e cultura do facto naquela sociedade, onde: a produção da norma é um resultado de um facto social valorado.

²¹¹ O legislador disse a quem do que deveria dizer, ou seja, não abarcou na norma todas as possíveis variáveis que necessitavam de regulamentação.

²¹² O legislador disse a mais do que necessitava dizer e produz um diploma prolixo e sem aplicabilidade prática em boa parte de seus termos.

²¹³ O legislador produz norma que não corresponde à real necessidade do facto social a ser tutelado e trata de tema que anda divorciado daquele que requer tutela.

²¹⁴ A história e os valores inculcados na sociedade que devem ser reflexos na norma.

interação consiste no direito-norma na qualidade de instrumento teórico social adequado à realidade fática.

A utilidade prática da norma está intimamente filiada às necessidades da sociedade e ao papel do direito, na qualidade de sistema criado para estabelecer limites à elasticidade das relações. O diploma regulamentador cumpre a função teleológica de assegurar a paz social enquanto proporciona um ambiente social estável, seguro e *feliz*²¹⁵. Para a *teoria beligerante* de IHERING o direito exaure-se com o sucesso da pacificação social²¹⁶.

Isso em mente, é importante guardar a ideia de que o sistema normativo deve dar conta e impor limites aos factos sociais, sem obstar o progresso²¹⁷. O positivador da norma deve estar atento às transformações sociais. Entre a mutação social e a produção normativa deve haver equilíbrio, tendo em vista que a produção normativa deve corresponder às necessidades da sociedade, sem excessos ou escassez, na correta dosimetria.

REALE aponta que o direito deve ser reflexo de um “facto histórico-cultural, ou produto de vida humana objetivada, somente enquanto os *factos* humanos se integram *normativamente* no sentido de certos *valores*”²¹⁸.

Vejamos que um arquiteto urbanista não está coercitivamente obrigado a sair de seu gabinete para estabelecer o melhor local a ser colocado o banco de em uma praça que está a projetar. Este profissional tem a simples prerrogativa de estabelecer sua localização a partir de parâmetros teóricos e técnicos, sem que isso ofenda o seu dever funcional, ou seja, sem observar, na prática, o desenrolar do facto social²¹⁹. Não obstante, é prudente que se observe o fluxo natural do facto de uso da praça antes de implementar a medida que com o facto se relacione [colocação do banco], sob pena de risco de colisão entre a implementação e a *vontade* do facto. É possível que o local escolhido para a colocação do banco na praça não seja o mais adequado ao descanso do usuário por estar, hipoteticamente, distante do caminho cotidianamente percorrido pelos usuários ou em localidade sobre forte incidência de luz solar na parte da tarde, por exemplo. São as muitas as variáveis naturais que podem influenciar nesta escolha que é, aparentemente, simples. A escolha de local inapropriado (não prático à utilidade do usuário), além de tornar inútil a medida gera gastos com a despesa de um equipamento público que, por inobservância prévia do facto social, não será utilizado. Por

²¹⁵ Condições de *felicidade objetiva* consistem em estarem presentes requisitos objetivos que proporcionem um padrão de vida adequado ao cidadão.

²¹⁶ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 2ª ed. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000. ISBN: 85-7232-424-0.

²¹⁷ Referimo-nos ao avanço gradativo dos factos sociais benéficos.

²¹⁸ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 80.

²¹⁹ Referimos à localização ideal da instalação do banco, com base na observação do local de descanso natural dos usuários da praça. Correlação entre menor esforço e maior rendimento.

outro lado, a precisão quanto à escolha acertada do local de assentamento do banco em uma praça, conforme o caso hipotético em comento, gera nos usuários um aumento de qualidade de vida e satisfação ao desfrutar de um local agradável para uma leitura ou reflexão ao ar livre e, como consequência, uma elevação do padrão de vida do cidadão.

O intuito da passagem acima é demonstrar que o desenrolar do facto social é, não apenas na esfera jurídica, mas, em todos os campos em que relaciona, uma variável intangível e independente.

Em paralelo similar, o legislador deve proceder de igual modo ao aplicar a observância do facto social à edição da norma, pois as ciências sociais devem andar afinadas com as necessidades do povo.

A interconectividade dos sistemas jurídico-normativos é fundamental para a construção do direito moderno. O sistema jurídico não se fecha no ordenamento interno de um Estado, mas, comunica com outros ecossistemas jurídicos. Faz-se necessário um ponto de encontro entre os factos e os valores no cenário supranacional. Esse encontro é a força motriz da globalização jurídico-normativa que ocorre com a padronização transnacional de tais parâmetros. O debate contemporâneo do direito nos conduz à ideia de normatização supranacional que harmonize a comunidade internacional, sob o prisma de norma *una* e valores *unos*.

2.2 O Diálogo das Ciências Sociais

Miguel REALE indica a necessidade de estabelecer um *diálogo* entre o sistema jurídico-normativo, que é classicamente fechado ou sistêmico-normativo, e outras áreas do conhecimento das ciências sociais. Segundo REALE “a mentalidade do século XIX foi fundamentalmente analítica ou reducionista, sempre tentada a encontrar uma solução unilinear ou monocórdica para os problemas sociais e históricos, ao passo que em nossa época prevalece um sentido concreto de totalidade ou de integração, na acepção plena destas palavras”²²⁰.

A interconexão proposta é fundamental, pois concede passagem a outras áreas do saber que colaboram para o mesmo fim: a estabilidade social e o bem-estar. A proposição

²²⁰ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 10.

de um diálogo aberto com outras fontes do conhecimento tem por fim aproximar as ciências sociais, em suas várias espécies, às necessidades pontuais do cidadão enquanto pessoa socialmente ativa. A conexão proposta implica reconhecer que a sociedade não é formada por apenas normas impositivas e sanções que impõem o seu cumprimento. Neste sentido, é importante manter a consciência de que o fenômeno social não se esgota apenas em um quadrante (jurídico, por exemplo), pois mais desenvolvido que possa ser. É necessário dar conta de que a dogmática jurídica, enquanto restrita e fechada, não é capaz de acudir a todos os anseios pacificadores da sociedade.

Ventila-se que para atingir tal fim, faz-se necessário buscar e compreender a gênese do indivíduo, ou seja, as razões que motivam, e motivaram por séculos, as suas decisões do indivíduo enquanto protagonista do movimento social. A propósito de tal REALE reflete que “no fim do século passado começou-se a perceber que havia poderosas razões de conflito entre os factos e os códigos, pode-se dizer que cessou, como por encanto, “o sono dogmático” dos técnicos do direito” e as cogitações filosófico-jurídicas reconquistaram a perda autonomia”²²¹.

Este Autor defende que deve haver uma distribuição *tripartite* na tarefa das soluções sociais. Que a conjunção simbiótica dos elementos possibilita expandir o leque de compreensão e contenção de factos sociais agudos²²². Em sua tripartição REALE elenca a tarefa distinta de três segmentos que são apartados, porém isonômicos e correspondentes em suas tarefas, a saber: o filósofo; o sociólogo e o jurista. Na qualidade de independentes e harmônicos REALE, por ora apenas em síntese, distingue a tarefa de cada um: “o primeiro [filósofo] incumbido de estudar a *transcendentalidade* dos valores jurídicos, ou os valores jurídicos em si mesmos, com a conseqüente redução da Filosofia do Direito a uma Axiologia jurídica fundamental”; ao sociólogo cabe: “a tarefa de indagar as leis que regem as estruturas e os processos *fáticos* do direito” e, por fim, ao jurista cabe o empenho na “análise do direito enquanto realidade impregnada de significações *normativas*”²²³. A missão da tridimensionalidade é “situar questões novas, reclamadas pelas conjunturas histórico-sociais de nosso tempo”²²⁴. A dinâmica correlata entre o *facto*, o *valor* e a *norma* resultante possibilita afirmar que o direito *intramurus* expressa as tradições valoradas da cultura de um

²²¹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 05.

²²² Os que requerem tutela legislativa.

²²³ *Idem*, p. 25.

²²⁴ *Idem*, p. 53.

povo²²⁵. Neste ambiente é possível perceber que o entrelace das relações sociais chanceladas pelo decurso do tempo resultam na solidificação histórica de cada cultura.

A dialética proposta por Miguel REALE se opera conforme o Princípio da Complementariedade²²⁶. Neste contexto, os elementos são observados distintamente, sem se confundir, porém, em correspondência, ou seja: *Tridimensionalismo Abstrato*. Nessa construção teórica apresentada os elementos filosóficos, sociológicos e jurídicos dialogam a respeito do mesmo fenômeno²²⁷, à equidistância. Neste ponto há uma tridimensionalidade “genérica” ou “abstrata” onde cabe ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do facto e ao jurista o da norma, em quadrantes distintos e sem se complementar²²⁸.

Ciente dessas três perspectivas analíticas sobre o mesmo facto social é possível investigar que o nascedouro da norma ideal advém na forma de um resultado da prévia apuração axiológica e moral²²⁹ do fenômeno que a provoca²³⁰. Em outras palavras, tem-se a edição regulamentadora como produto da apuração da “relação fático-valorativa”. REALE qualifica essa relação como *Tridimensionalismo Concreto*. A posição *concreta e dinâmica* consiste em afirmar que “*Facto, valor e norma* estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal”²³¹.

Nessa dinâmica é possível perceber a relação, sob três óticas distintas, entre o *facto* verificado; o *valor* atribuído ao facto e a *norma* regulamentadora que resulta dessa análise valorada do fenômeno social. Esta análise conjunta opera com o objeto de produzir a norma que mais se aproxima do fenômeno social apurado. A tríade desses elementos está presente e correlacionada em diversos níveis de expressão da vida em sociedade. A propósito de tal, perceba que o mesmo facto ocorrido na sociedade pode ser objeto de análise de estudo pelo filósofo, pelo sociólogo do direito ou pelo jurista²³².

Soraya Nour SCKELL indica, em análise à Bourdieu, que “a formulação de uma sociologia do direito pressupõe a superação do dualismo sociologia/direito, resultado de um

²²⁵ BOBBIO e BOVERO, ao tratarem da correlação *razão e história* apontam à lição de Giovan Battista VICO onde, não por acaso, inicia *Scienza Nuova Prima* (1975) a expor que “O direito natural das nações nasceu certamente com os costumes comuns das mesmas”. VICO, Giovan. B. *La scienza nuova prima*. Ed. por F. Nicolini, Bari: Laterza, 1931, p. 09. E apontam que em *Scienza Nuova Seconda*, VICO sustenta que “o que é sentido como justo por todos ou pela maior parte dos homens deve ser a regra da vida em sociedade”. VICO, Giovan. B. *La scienza nuova* (segundo a edição de 1744), ed. por F. Nicolini. Vol. I. Bari: Laterza, 1928, p. 131. *apud.* BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. Milão: Editora Brasiliense, 1979. ISBN: 85-11-12036-X, p. 30.

²²⁶ Que também denominou: “dialética de implicação e polaridade”.

²²⁷ Facto social objeto de análise conjunta.

²²⁸ REALE, Miguel. Op. cit.

²²⁹ Socióloga e filosófica.

²³⁰ Objeto a respeito do qual se opera a análise.

²³¹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 57.

²³² Idem.

modo de pensar em geral dualista, criador de antagonismos”²³³. A Autora indica que “o formalismo é representado sobretudo por juristas enquanto o instrumentalismo é representado sobretudo por sociólogos”²³⁴. Bourdieu pretende superar a linha demarcatória do dualismo dessas ciências sociais²³⁵. SCKELL indica que Bourdieu tece críticas ao formalismo jurídico como sistema fechado que, historicamente, só se desenvolve em função da dinâmica de seus próprios métodos e conceitos, independentemente do mundo social. Nesta análise de Bourdieu se enquadra a visão da *Teoria pura do direito* de Kelsen por considerar o direito como ciência independente das determinações sociais²³⁶.

Jorge MIRANDA corrobora com a ideia de tridimensionalidade teórica e leciona que “como qualquer outra manifestação de sociedade humana, o fenômeno político apresenta uma dupla face: a de facto que acontece na vida das pessoas em relação ou como aspecto desta e a de realidade impregnada de valores”²³⁷. Em sentido semelhante, Paulo BONAVIDES indica à evolução contemporânea da Ciência Política. Segundo este Autor a Ciência Política a Filosofia, a Sociologia e o Direito vêm cedendo espaço à análise tridimensional e integrada. Este modo de depuração histórico e cultural da sociedade engloba “a teoria social jurídica e a teoria filosófica dos factos, das instituições e das ideias, expostas em ordem enciclopédica, de modo a dar inteira e unificada visão”²³⁸.

As apurações sociológicas da norma jurídica, a relacionarem-se com a vigência da própria norma representam, com maior proximidade, a evolução da sociedade, em contraste com a edição norma unilateral e teórica. A força normativa deve corresponder à atualidade das superveniências das mutações dos valores sociais presenciados numa determinada cultura, sempre em movimento. Portanto, é relevante o debate da análise sobre a eficácia (proximidade) da norma a uma sociedade em constante transformação evolutiva. Neste intuito, é oportuno verificar a correlação entre a sociologia dos factos, a ponderação de seus valores para, poster e ultimamente, verificar a norma que dessa análise resulta.

²³³ SCKELL, Soraya Nour. *Os Juristas e o Direito em Bourdieu. A conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica*. Tempo Social. V. 28, n.1. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. p. 158.

²³⁴ Idem. p. 159.

²³⁵ BOURDIEU, Pierre. *La force du droit; éléments pour une sociologie du champ juridique*. Actes de la Recherche en Sciences Sociales, 1 (64): 3-19, 1986, p. 03. *apud*. SCKELL, Soraya Nour. *Os Juristas e o Direito em Bourdieu. A conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica*. Tempo Social. V. 28, n.1. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. p. 159.

²³⁶ SCKELL, Soraya Nour. *Op. Cit.*

²³⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol I. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN: 978-972-32-2271-5, p. 11.

²³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. ISBN: 85-7420-023-9, p. 48.

2.2.1 A Utilidade Normativa

A utilidade prática da norma está intimamente filiada às necessidades da sociedade com a qual ela se relaciona. A propósito de tal, vejamos que um determinado objeto só guarda utilidade enquanto se presta para um determinado fim, ou seja, quando preenche alguma lacuna útil da vida. Nesses termos também se enquadra a norma positivada, onde, uma vez esvaziada a relação entre ela e o facto social que pretende regulamentar, equivale à “letra morta”, pois vazia de utilidade. O direito positivado é uma cognição humana que regula as interações do homem em sociedade. A teleologia da ciência jurídica permanece inalterada, qual seja: assegurar a paz social através da garantia de direitos e da imposição de obrigações aos indivíduos.

Analogicamente, Rudolf von IHERING partilha a ideia de que “aquilo que a patologia do organismo humano representa para o médico, a patologia do sentimento de justiça representa para o jurista e para o filósofo do direito”²³⁹. Nessa relação, a injustiça está para o jurista e para o filósofo do direito, assim como a patologia está para o médico.

O sistema normativo positivado deve dar conta e estabelecer limites aos factos sociais, sem, contudo, engessá-los. Caso contrário, obsta o desenrolar dos acontecimentos sociais benéficos e, com isso, paralisa o progresso²⁴⁰. Nessa dinâmica, é evidente que o direito anda sempre no encalço da evolução social, pois surge após ser provocado pelos factos extravagantes²⁴¹, ou seja, os que reclamam tutela moderadora. Em posição posterior aos acontecimentos, o direito [nascido da norma] não pode prever o rumo que tomará a sociedade. Neste sentido, o legislador deve estar ciente de sua posição na cadeia dos acontecimentos, contudo, atento para minimizar o hiato temporal entre a ocorrência do facto nocivo e o nascido da norma. O direito anda sempre *a posteriori*, pois não pode – nem deve – antecipar à cadeia. Porque quando à frente vai, deixa de amparar a sociedade e passa a “ditar”.

Neste intuito, são necessários mecanismos [procedimentos] para a célere apuração valorativa dos factos novos para que a norma regulamentadora os acuda, o quanto antes. A desordem social impera exatamente enquanto a norma regulamentadora ainda não está

²³⁹ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 2ª ed. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000. ISBN: 85-7232-424-0, p. 55.

²⁴⁰ O avanço gradativo dos factos sociais *benéficos*.

²⁴¹ Factos sociais *maléficos* ou *nocivos*.

presente para impor limites aceitáveis ao exercício do facto social²⁴². Assim, o positivador da norma [legislador] deve andar atento à constante dinâmica e multifacetada metamorfose social.

A indispensabilidade do *Tridimensionalismo Concreto* verifica-se na medida em que se percebe que o universo jurídico não esgota, em si, a totalidade do conhecimento social. A construção dinâmica das ciências sociais, sob o aspecto tripartite, representa a formação do homem contemporâneo, enquanto ser sociável²⁴³. O conseqüente máximo consiste na concretização de condições de capacitam a estabilidade se sintomas objetivos de segurança e previsibilidade da sociedade. A harmonia deste conjunto de bens jurídicos possibilita o convívio pacífico entre semelhantes.

A propósito de estar a sociedade intrinsecamente ligada ao direito, REALE afirmou que “a crise do direito não é senão um aspecto relevante da crise geral da civilização contemporânea”²⁴⁴. Ao considerar a vigência da norma à constante evolução cultural da sociedade REALE apontou que a norma passa por metamorfose semântica, ou seja, adequações de aplicabilidade, conforme a superveniência de novos valores²⁴⁵. Neste ponto relacionam-se, no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato, as interpretações normativas conforme a constituição, sem alteração do texto. Neste plano da hermenêutica constitucional não se altera o texto, propriamente dito, mas, apenas a forma de interpretá-lo diante do caso em análise.

A norma surge quando verificada a necessidade de tutela de um facto social que, não regulamentado, oferece ameaça à estabilidade do sistema social. Diante desta correlação facto-norma, é possível considerar que a norma tem um determinado tempo de vigência (vida útil) que está diretamente aliada à duração de relevância daquele facto social que a impeliu. Escoando-se o valor do facto, escoo-se, ato contínuo, o propósito da vigência da norma no ordenamento jurídico e a norma cai em *desuso*. Esta conclusão caminha no sentido da lição de REALE ao afirmar que a norma não nasce imotivadamente, mas, está atrelada a uma postura perante os factos sociais e a gradação de seus valores²⁴⁶.

A obra de Arnaldo LEMOS FILHO traz um estudo jurídico-sociológico desenvolvido por Oscar Mellim Filho onde discute acerca da eficácia do direito na

²⁴² “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 5º, II. Op. Cit.

²⁴³ ARISTÓTELES. *A política*. [Em linha]. [Consult 01 de dezembro de 2018]. Disponível em WWW: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>.

²⁴⁴ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 06.

²⁴⁵ Idem, p. 101.

²⁴⁶ Idem.

sociedade. A lição aponta que “a reflexão sobre a eficácia do Direito leva-nos, assim, ao âmago da Sociologia Jurídica, qual seja, o campo das relações estreitas que ele mantém com a sociedade, no sentido de contínua produção de influências mútuas”²⁴⁷. O sociólogo, tendo a sociedade como seu objeto de estudos, apura a sua relação com o direito positivado, no sentido de avaliar a aplicabilidade prática das leis em vigor. Em outras palavras, ao sociólogo juspositivista cabe verificar a regência da norma ao procedimento *fático* do direito²⁴⁸.

O nascedouro dos fenômenos sociais é impulsionado por motivos diversos: a movimentação de riqueza, a busca pelo poder, o resplandecer das artes, a impulsão dos indivíduos a encontrar meios práticos para solucionar questões da vida, dentre muitos outros. A norma positivada legisla de forma geral e abstrata, sem distinguir indivíduos. Assim, a norma deve ser livre de discriminações individuais, pois tutela o comportamento social e não indivíduos e suas particularidades, sob pena de criar distinções e privilégios em detrimento ao princípio maior da igualdade.

Acerca dos fenômenos sociais Soraya Nour SCKELL indica, conforme a análise de Bourdieu, que o instituto conceituado como *habitus* “produz ações e é simultaneamente determinado pelas condições históricas e sociais”²⁴⁹. Este instituto corresponde ao resultado de estratégias desvinculada de um conhecimento racional das condições objetivas e livres de um mecanismo, porém, são ajustadas às diversas situações apresentadas durante o convívio social²⁵⁰. O *habitus* se diferencia das regras, particularmente em três aspectos²⁵¹: a) não resulta de uma obediência expressa a uma regra²⁵²; b) a regra tem a função de sanar a crise do comportamento social extravagante²⁵³ e c) à regra cumpre a função de amparar as disposições coletivas do *habitus*²⁵⁴.

Não menos relevante é o papel do filósofo do direito enquanto pondera o valor dos factos apurados pela sociologia jurídica, acima. O debate acerca do valor atribuído aos acontecimentos sociais e da ponderação de suas importâncias refletem na tutela jurídica da sociedade. O aspecto jurídico filosófico da moral e dos costumes são de interesse desta

²⁴⁷ LEMOS FILHO, Arnaldo; et al. *Sociologia geral e do direito*. 4ª ed. Campinas: Editora Alínea, 2009. ISBN: 978-85-7516-342-9, p. 148.

²⁴⁸ Idem, p. 25.

²⁴⁹ SCKELL, Soraya Nour. *Os Juristas e o Direito em Bourdieu. A conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica*. Tempo Social. V. 28, n.1. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. p. 160.

²⁵⁰ Idem.

²⁵¹ OCQUETEAU, Frédéric; SOUBIRANT-PAILLET, Francine. *Champ juridique, juristes et règles de droit: une sociologie entre disqualification et paradoxe*. Droit et Société, 1 (32): 9-26, 1996. p. 16. *apud*. SCKELL, Soraya Nour. *Os Juristas e o Direito em Bourdieu. A conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica*. Tempo Social. V. 28, n.1. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. p. 161.

²⁵² BOURDIEU, Pierre. *Esquisse d'une théorie de la pratique, précédé de "Trois études d'ethnologie kabyle"*. Genève, Droz, 1972. p. 175. *apud*. SCKELL, Soraya Nour. Idem. p. 161.

²⁵³ Idem. p. 199, 205.

²⁵⁴ Idem. p. 205.

análise com o fim de verificar o resultado histórico-cultural de uma sociedade. A ponderação do facto social e o seu peso traduzido na norma remete à ideia de que a abordagem jurídica das ciências sociais é a expressão dos valores de determinada sociedade no diploma regulamentador.

2.2.2 A Ponderação dos Valores Culturais

Hans KELSEN apesar de defensor da técnica pura da aplicação jurídica reconhece que “o que transforma este facto [facto social] num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui”²⁵⁵. Conforme apontou, *significação* é o peso do facto apurado que se traduz na norma positivada.

BOBBIO defende a aplicação fria e abstrata da norma quando leciona que a interpretação pelo operador do direito deve ser científica e equidistante do facto. Segundo ele o que importa extrair do *Positivismo Jurídico* é que sua primeira distinção qualitativa e defende que o positivismo jurídico [analisado em ponto derradeiro da trilogia: facto; valor e norma] aborda o direito com um facto, *stricto sensu*, “e não como um valor”²⁵⁶. BOBBIO aponta, ainda, que o jurista “deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se, absolutamente, de formalizar juízos de valor”²⁵⁷. Nesta linha de raciocínio, BOBBIO aponta que “na linguagem juspositivista o termo “direito” é então absolutamente *avalorativo* [sem valor]”²⁵⁸. Para BOBBIO é deste ponto que deriva a *teoria da validade do direito* que analisa critérios unicamente formais para apurar o válido do inválido. Segundo esta aproximação “a afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor”²⁵⁹.

Jorge MIRANDA acompanha a ideia de que a expressão das ciências sociais é não outra coisa senão a expressão dos valores de determinada sociedade: “como qualquer outra

²⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ISBN: 83-336-0836-5, p. 03.

²⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. ISBN: 85274-0328-5, p. 131.

²⁵⁷ Idem.

²⁵⁸ Idem.

²⁵⁹ Idem.

manifestação de sociedade humana, o fenómeno político apresenta uma dupla face: a de facto que acontece na vida das pessoas em relação ou com aspeto desta, e a de realidade impregnada de valor”²⁶⁰.

Miguel REALE expõe a controversa das *posições divorciadas*. REALE ventila duas correntes: de um lado o jurista e seu rigor técnico e; de outro lado, o filósofo de ponderações e valores. Segundo este Autor: “Estabeleceu-se, em certo momento, um verdadeiro dualismo ou uma justaposição de perspectivas, como se houvesse um direito para o jurista e um outro para o filósofo, cada um deles isolado em seu domínio, sem que a tarefa de um repercutisse, de maneira direta e permanente, na tarefa do outro”²⁶¹. REALE pondera ambas as razões e explica que “não é dito que o filósofo possa e deva pensar com o jurista e vice-versa, pois cada um deles tem o seu próprio papel a representar, cabendo ao jurista interpretar e aplicar o rigor técnico”²⁶². REALE conclui que “o valor é o elemento de mediação [...] possibilitando a relação entre *sujeito* e *objeto*, na medida em que este se torna objeto em função de intencionalidade da consciência e nesta surge com *objeto valioso*”²⁶³. Em um quadro de sintonia entre o filósofo e a lei, ao filósofo do direito cabe indagar as razões universais²⁶⁴. Nesse sentido, o Autor aponta o distinto papel dialético do filósofo frente a outras áreas do saber: “o reconhecimento do ofício do filósofo e a reta apreciação de seu poder dialético, diferenciando-os de outras artes e de outros gêneros produtores de discursos, são tópicos centrais para a interpretação dos *Diálogos*”²⁶⁵.

Para REALE a nova ótica da solução das questões sociais orienta-se no sentido de que a Filosofia do Direito não deve estar adstrita ao exame das questões problemáticas da Jurisprudência, tampouco se pautar apenas a apresentar uma perspectiva enciclopédica [geral] das disciplinas na academia jurídica. Nem se conter ao papel de “teoria da linguagem do legislador”. REALE defende que “o objeto de estudo do jusfilósofo é a experiência jurídica na integridade de sua estrutura fático-axiológico-normativa, enquanto geradora de modelos e de significados jurídicos”²⁶⁶.

A diversidade dinâmica, leia-se: o *hiato cultural* existente no seio das sociedades é causa que desafia a produção de norma regulamentadora. A dificuldade está em redigir um diploma que dê conta de regulamentar a variada gama de situações advindas da extensa

²⁶⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 1ª ed. Vol. I. Coimbra Editora, 2014. ISBN: 978-972-32-2271-5, p. 11.

²⁶¹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 03.

²⁶² Idem.

²⁶³ Idem, p. 73.

²⁶⁴ Idem, p. 13.

²⁶⁵ RACHID, Rodolfo José Rocha. *A invenção platônica da dialética*. Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 57.

²⁶⁶ Idem, p. 14.

como as disposições fundamentais sobre a *democracia* – em particular o artigo 2.^o²⁷⁰ - e a dignidade da pessoa humana”²⁷¹.

Na consciência das prováveis divergências de visões de mundo o operador do direito deve manter-se próximo às necessidades dos destinatários da norma, sob pena do perecimento da utilidade prática de sua tarefa por incapacidade de comunicação prática. REALE expõe que “[não] pode o jurista perder contato com a experiência, tanto com a espontânea ou pré-categorial, como com a reflexa ou científico-positiva, pois é a experiência o campo comum no qual se entram os destinatários das regras de direito, os seus teóricos e os seus operadores”²⁷².

A norma positivada como resultado expresso da apuração do facto social valorado deve ser capaz de refletir tal divergência de valores que compõem a diversidade cultural. Neste sentido, é relevante o debate acerca da produção normativa como resultado da regulamentação dos factos sociais. A norma deve ser capaz de acampar a completa extensão da diversidade cultural de um povo. O diploma há de ser eclético e maleável, enquanto mantém núcleo rígido. É na rigidez do núcleo normativo onde habita a segurança jurídica.

2.2.3 A Norma e a Mutação Social

No âmbito da interconectividade das ciências sociais, cronologicamente o legislador desempenha sua tarefa em penúltimo instante, conforme a ordem adiante: o facto social grave é detectado e catalogado pelo sociólogo do direito que criticamente o observa e cataloga a sua correlação com a sociedade com a qual interage. Em segundo, o facto apurado é ponderado pelo jus-filósofo sob o ponto de sua relevância, tendo como paradigma os valores éticos e morais que compõem as razões histórico-culturais de uma determinada sociedade. Em terceiro, o positivador da norma cumpre a tarefa de produzir a regulamentação como expressão dos resultados da apuração do facto social valorado. Por derradeiro, após vigente a norma no ordenamento jurídico, cabe ao operador do direito aplica-la à equidistância do caso concreto.

²⁷⁰ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional. Lisboa: Assembleia da República, 1974 [Em linha]. Artigo 2.^o [Consult. 28 de dezembro de 2018]. Disponível em WWW:<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>.

²⁷¹ PINTO, Paulo Mota. *Estudos em memória do conselheiro Luís Nunes de Almeida. Nota sobre o “imperativo de tolerância” e seus limites*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. ISBN: 978-972-32-1480-2. p. 750-751.

²⁷² REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 14.

O destinatário da norma é a causa prima da existência do regulamento, enquanto protagonista das interações sociais que reclamam ordem. A escola de Hans KELSEN leciona que “norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser”²⁷³.

Nesta simbiose das ciências sociais Miguel REALE afirma que a tarefa do filósofo e do jurista cooperam entre si: “a tomada de posição do filósofo não é a do jurista, mas ambas se exigem e se complementam”²⁷⁴.

A diversidade dinâmica²⁷⁵ dos indivíduos desafia o legislador enquanto no desempenho de sua função como editor do diploma regulamentador, bem como do operador do direito, na qualidade de aplicador pontual da norma diante do caso concreto. Ao dar conta das evidentes dissensões sociais *peer-to-peer*²⁷⁶ a pacificação de um determinado facto social agudo corresponde à restauração do equilíbrio e da estabilidade da sociedade mediante o enquadramento do caso concreto à tutela de uma norma eclética que, segundo Pedro LENZA, é “aquela formada por ideologias conciliatórias”²⁷⁷. A propósito da intenção conciliatória da norma, Gomes CANOTILHO indica que a sociedade é “plural e complexa” e que a Constituição é resultado de um acordo político e social²⁷⁸. Assim, evidencia-se que mesmo que congregados na qualidade de um só povo, indivíduos divergem entre si. Caso contrário, a unissonância de ideologias e culturas permitiria, como perceptível nas tradições nacionais mais conservadoras, a ampla pacificação social sob a tutela de norma pouco elástica e mais rígida²⁷⁹.

A corroborar com a ideia exposta, Jorge MIRANDA aponta ao contraste social, cujo reflexo histórico se expressou nas constituições de cada época do Estado Português. Segundo o Autor foram três os períodos que merecerem atenção: “a) O liberal, de 1820 a 1926, não sem duas restaurações efémeras do absolutismo, e com as Constituições de 1822, 1826, 1838 e 1911; b) o autoritarismo, de 1926 a 1974, com a Constituições de 1933; c) o democrático, desde 1974”²⁸⁰. Em sua retrospectiva MIRANDA apontou, quando ao primeiro ponto, “forte

²⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ISBN: 83-336-0836. p. 04.

²⁷⁴ Idem, p. 12.

²⁷⁵ A relacionar as dissensões no seio social: pessoa-pessoa; sem esquecer as variações culturais dos povos, na concepção: nação-nação.

²⁷⁶ Leia-se variações culturais, como: valores, crenças e costumes.

²⁷⁷ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN: 97885-472-1751-8, p. 106. Vejamos o exemplo do caso Brasileiro: a Constituição condiciona o direito à propriedade privada ao cumprimento de uma *função social*. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República. Casa Civil. Brasília: Planalto, 1998. [Em linha]. Artigo 170, II e III [Consult 14 de jan. de 2018]. Disponível em WWW:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Na vertente Portuguesa Gomes CANOTILHO ressalta o caráter compromissário da Carta de 1976: A habilidade de ajustar valores diversos, ainda que em casos de *deep conflict*. Dentre outros, citou os princípios da Unidade do Estado e o da Autonomia Regional. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN: 9724021068, p. 218.

²⁷⁸ Idem.

²⁷⁹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN: 97885-472-1751-8, p. 106.

²⁸⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 1ª ed. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN: 978-972-32-2271-5, p. 199.

influência francesa”²⁸¹ onde tentaram estabelecer o liberalismo na política e na economia. Quanto ao segundo ponto, o Autor anotou que apesar de haver um texto constitucional, as liberdades e garantias sofreram fortíssimas restrições. Finalmente, apontou, ainda, que o Texto de 1976 significou a “abertura para horizontes novos de Estado social”²⁸².

Para além desse ponto, as cautelas da importação normativa²⁸³ merece atenção. Trata-se da *transfusão* da norma de um sistema para o outro. As cautelas importam em possível dificuldade quanto à implementação prática diante do conflito cultural da sociedade receptora.

Verifica-se que na norma decorrente da apuração histórico-cultural de uma sociedade expressam-se os valores correspondentes às tradições éticas e culturais daquele determinado povo. Assim, por consequência, há correspondência entre o diploma em vigor e a sociedade que tutela, tendo em vista o transcurso da história e suas experiências pretéritas refletidas no diploma. Diferentemente, cogita-se que a norma *transportada* de um outro sistema paralelo, ou seja, já em funcionamento, requer adequação prática à nova sociedade diante das esperadas disparidades pela divergência de valores históricos e culturais. Assim, há que se *estabilizar* na sociedade que a recebe. Dentre outras questões, o diploma replicado enfrenta dificuldades como o de adaptação, recepção e de *sobrevida* perante a nova sociedade.

No primeiro caso, a norma *nata* é paulatinamente construída conforme a evolução da sociedade para a qual foi redigida e guarda intimidade com o povo, pois reúne em si as experiências e valores do cidadão. O processo longo e paulatino representa, naturalmente, os triunfos e agulhas em seu texto. Assim, estão estampados na norma cultivada os valores da sociedade por ela regrada. A vigência da norma no tempo perante a sociedade possibilita verificar a sua correspondência aos valores históricos e culturais do povo.

Em contraponto, a norma *transplantada*, ou seja, aquela que não nasceu com seus destinatários carece de adequação, pois os valores destes [dos destinatários] devem ser inculcados ou doutrinados. A importação normativa de um sistema paralelo a outro corresponde ao aproveitamento de pontos cujo valor é afeto ao sistema originário em outro ordenamento. A adaptação passa por encontrar pontos de valores convergentes em ambas as sociedades que estão expressos na norma e eliminar ou adequar os confrontantes. O processo de adequação enfrenta provável dificuldade de adaptação e implementação, pois ocorre que

²⁸¹ Idem.

²⁸² Idem.

²⁸³ O aproveitamento de um sistema normativo de um país em outro.

não se edificou com a história daquela nova sociedade que passa a tutelar e, por isso, não reflete as realidades necessárias do povo que a recebe. A norma implementada deve ser adaptada para atender à realidade prática do povo, pois está diante de sociedades distintas.

Na prática, o caso ocorre quando, por exemplo, países em progressão social importam de outros países que estão em estágio mais *avançado* de políticas públicas e econômicas seus diplomas regentes. A falar da relação da norma com seu povo originário, é possível que o diploma replicado na segunda sociedade expresse valores pós revolucionários da primeira sociedade que, por exemplo, destaque as particularidades de sua origem. Ocorre que enquanto neste novo ordenamento esses valores não seriam correspondidos, eis que esta sociedade recipiente cursou caminho diferente da sociedade geradora da norma. Em outra vertente, é possível que os valores contidos na norma transportada já antecipem um momento de paz crucial que, no país de origem só foi auferido após um custoso enfrentamento bélico que motivou a sua vigência. Em ambos os casos, a norma vindoura deve ser adaptada às realidades fáticas do povo que a recebe, sob pena de vigência sem *efetividade*.

A ideia corrobora com o propósito de compreender a importância da reflexão da história e da cultura no cerne do diploma regulamentador diante da consciência de que a norma em vigor deve encontrar correspondência social aos factos espelhados pela sociedade que regulamenta, sob pena de inutilidade.

Conforme a movimentação jurídica mundial pós-moderna, verifica-se uma tendência de fortalecimento dos valores éticos e morais difusos que são unos, ou seja, que independem de variação cultural, e buscam o bem comum, indistintamente. São exemplos de tais valores: a igualdade entre homens e mulheres; o reconhecimento da sociedade homossexual; o direito de escolha da mulher pelo aborto; o combate ao trabalho escravo; a repreensão à mutilação genital, dentre outros. Essas questões representam uma tentativa transnacional de unificação pelo sincronismo social. A crescente difusão dos direitos humanos representa, neste sentido, a corrente mais forte.

Hans Kelsen aduz que “o sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o facto em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma”²⁸⁴. Kelsen classifica a norma regulamentadora da conduta humana como ordem social, pelo que trata da relação *pessoa-pessoa*, integrantes da

²⁸⁴ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ISBN: 83-336-0836-5, p. 03.

sociedade²⁸⁵. Em referência, REALE aponta que mesmo Hans KELSEN, conservador da pura Ciência do Direito, livre de intervenções dos sociólogos, psicólogos, biólogos, economistas, dentre outros, cedeu a uma compreensão globalizada do direito, “não só por ser o seu normativismo bem distinto do “legalismo” da Escola da Exegese, mas também em virtude de haver uma tridimensionalidade implícita na colocação da Teoria Pura do Direito”²⁸⁶.

Miguel REALE aponta a norma como expressão dos valores histórico-culturais, que resulta na positivação do *facto-valor*:

Sendo a experiência jurídica uma das modalidades da experiência histórico-cultural, compreende-se que a implicação polar *facto-valor* se resolve, a meu ver, num *processo normativo* de natureza integrante, cada norma ou conjunto de normas representando, em dado momento histórico e em função de dadas circunstância, a *compreensão operacional* compatível com a incidência de certos valores sobre os *factos* múltiplos que condicionam a formação dos modelos jurídicos e a sua aplicação²⁸⁷.

Em correspondência ao ponto, J. H. MEIRELLES TEIXEIRA debate o conceito *culturalista* de uma constituição. O Autor afirma que o texto positivado se trata de uma expressão concreta da cultura que em si compõe elementos históricos, racionais e sociais. Segundo o MEIRELLES há uma harmonia de elementos não apenas *reais*²⁸⁸, como também *espirituais*²⁸⁹ e *racionais*²⁹⁰. O elemento *voluntarista* indicado por MEIRELLES defende a voluntariedade da escolha de um povo ao aderir ao pacto social, haja vista a liberalidade na “adoção desta ou daquela forma de convivência política e social, e de organização do Direito e do Estado”²⁹¹.

Para MEIRELLES TEIXEIRA: “as Constituições positivas são um conjunto de normas fundamentais, condicionadas pela cultura total, e ao mesmo tempo condicionantes desta, emanadas da vontade existencial da unidade política, e reguladoras da existência, estrutura e fins do Estado e do modo de exercício e limites do poder político”²⁹².

²⁸⁵ Idem, p. 17.

²⁸⁶ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 20.

²⁸⁷ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 74.

²⁸⁸ Segundo explica: natureza do homem, necessidades sociais concretas e individuais, geografia, raça, usos e costumes, economia, tradições, dentre outros.

²⁸⁹ Neste tópico: ideologias morais, sentimentos, conceitos políticos, e valores religiosos, etc.

²⁹⁰ Métodos políticos, técnica jurídica, arquitetura de governo, dentre outros.

²⁹¹ MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Conceito, 2011. ISBN: 978-85-787-423-93, p. 58-59.

²⁹² Idem, p. 77-78.

Diante da formação da sociedade complexa, a ciência jurídica é dialética com a filosofia, psicologia, sociologia, história e outros²⁹³. A norma adequada está posta como expressão dos valores histórico-culturais de seus destinatários, pois resulta da expressão do *facto-valor* dos acontecimentos sociais. Nessa dinâmica, a lei deve dar conta de estabelecer ordem e limites, sem, contudo, engessar a marcha rumo ao progresso²⁹⁴.

2.3 A Maleabilidade Normativa

A realização da *justiça* requer instrumentos que possibilitam a imposição de medidas por uma entidade soberana equidistante que analisa os factos apresentados, sopesa razões e decide, fundamentadamente. A imposição soberana por uma entidade maior é perfeitamente possível no âmbito interno. Diferentemente, ocorre que no âmbito internacional a pujança das partes litigantes desequilibra a balança de Themis²⁹⁵ e a imposição de medidas por entidade soberana sofre relativizações.

Há uma corrente, conforme aponta J. Silva CUNHA que se posiciona pela *negação* ao direito internacional. Neste sentido, John Austin fundador da *Analytical School of Justice* afirma que: “toda norma jurídica teria carácter de um mandado ou ordem de uma autoridade. O chamado Direito internacional não poderia, portanto, ter natureza jurídica, visto não existir autoridade internacional”²⁹⁶. Ainda que ligeiramente divergentes entre si (Thomas Hobbes, Lasson, John Austin e Zitelmann) “as doutrinas que negam a existência do Direito internacional, partem de uma premissa comum: a ordenação jurídica de um grupo social só pode fazer-se por intermédio de uma autoridade, isto é, de um poder que disponha de coerção como meio de fazer aceitar a ordem social”²⁹⁷.

A discricionariedade do cumprimento relativiza a aplicação cogente das medidas de justiça. Diante de tal, o cumprimento normativo internacional enfrenta a preponderância resistente da força do penalizado. Não obstante, verifica-se que o direito internacional detém carácter especialmente político e que as medidas impostas para acudir determinado caso concreto podem refletir em outro. A propósito da elucidação da ligação com a política

²⁹³ O diálogo necessário das ciências sociais.

²⁹⁴ A estampa do lábaro brasileiro: “ordem e progresso”.

²⁹⁵ Referimo-nos aos Estados soberanos e à alusão mitológica da *justiça*.

²⁹⁶ CUNHA, J. Silva. *Direito internacional público*. Lisboa: Centro do Livro Brasileiro, 1981. ISBN: 0. p. 14.

²⁹⁷ Idem.

internacional é possível afirmar que quanto mais “alta” a instância litigante, mais se aproxima o direito da política.

A cautela da aplicação impositiva das medidas sancionatórias implica ter em mente que o direito e política devem se parear com moderação, sob pena de se fazer justiça que não é justiça, mas, legitimação de interesses. É neste cenário jurídico-político que surgem instrumentos moderadores da imposição das vontades radicais como a *hard law* e a *soft law*, como método de instrumentalização normativa. A atual globalização político-jurídica convida o debate do direito supranacional, haja vista a crescente implicação prática da dinâmica *Hard Law* e *Soft Law* naquele meio. Assim, esta análise possibilitará verificar o desenvolvimento da integração normativa entre o direito interno e a norma internacional.

No contexto interativo entre *hard* e *soft law*, Kenneth W. ABBOUT e Duncan SNIDAL apontam que a norma maleável surge em decorrência do gradativo enfraquecimento da norma rígida. Essa maleabilidade da norma rígida pode ocorrer em vários níveis, dimensões e combinações. Diante das multifacetadas variações não há, segundo os Autores, como resumir o plano em duas águas²⁹⁸.

Gregory SHAFFER e Mark POLLACK identificam três posições distintas quando da ponderação dos conceitos: a) a visão puramente legalista e positivista que associa *hard/soft* de forma dicotômica em imperativa/não-imperativa; b) a visão construtivista que considera os institutos secundários aos efeitos sociais e; c) a visão racional e institucionalizada que considera uma visão multidimensional e contínua entre *hard* e *soft law*²⁹⁹.

A escola puramente positivista encontra percalço na conciliação dos termos na medida em que se verifica a não obrigatoriedade legal inculcada no conceito de *soft law*, tendo em vista que da perspectiva interna de um juiz ou de um advogado positivista. Para essa corrente o conceito de *lei* reside exatamente na característica de sua obrigatoriedade e imperatividade, independentemente da vontade das partes³⁰⁰.

A perspectiva construtivista tende a flexibilizar a rigidez positivista inserida no conceito acima para ressaltar a aplicabilidade social dos institutos *soft* e *hard law*. Parte desta academia tende a se afastar do conceito de *lei*, propriamente dita, sob a escusa de que a

²⁹⁸ ABBOUT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. *Hard and Soft Law*. p. 422. Cambridge University. [Em linha]. 09 jul. 2003. [Consult. 12 Set. 2018]. Disponível em WWW: <<https://www.cambridge.org/core/journals/international-organization/article/hard-and-soft-law-in-international-governance/EC8091A89687FDF7FC9027D1717538BF>>. ISSN: 0.

²⁹⁹ SHAFFER, Gregory; POLLACK, Mark A. *Hard and soft law: what have we learned?*. Legal Studies Research Paper Series. N° 12-17. Minnesota: University of Minnesota, 2012.

³⁰⁰ Idem.

qualidade de lei não transfere a ideia do comportamento da interação social da aplicabilidade dos preceitos no decorrer do tempo³⁰¹.

A terceira posição racional e institucionalizada no tema das relações internacionais de *hard law* e *soft law* anota que a questão fulcral se volta à definição da *legalization* através de três dimensões: a) a precisão das normas; b) a obrigação de seu cumprimento e; c) a delegação a um terceiro na qualidade de tomador de decisões dos casos controversos³⁰². A diversidade das posições evidencia que a doutrina ainda caminha rumo à consolidação.

Percebe-se que a *obligatoriedade legal* é tida como divisor de águas desses dois conceitos (*hard law* e *soft law*). Tratam-se de instrumentos de aproximação jurídica do sujeito à norma. A aplicabilidade dessas medidas como dosimetria da *obligatoriedade*³⁰³ não implica em prejuízo quanto a valorização de um processo de implementação efetiva entre a norma e a realidade social tratada nos itens acima, tendo em vista que os elementos que impactam a ordem interna de um país têm relação direta com a estabilidade político-social em um Estado Democrático de Direito, em especial, o Pacto normativo-jurídico e suas implicações.

2.3.1 *Hard Law*

A norma cumpre a sua função social quando regulamenta os *factos sociais agudos*³⁰⁴. A edição da *hard law* envolve um processo legislativo criterioso e, conseqüentemente, demanda maior lapso temporal para sua criação. Ocorre que o processo lento, engessado e formal do processo legislativo convencional não é capaz de acompanhar a celeridade evolutiva da sociedade.

A escola funcional cita algumas vantagens da *hard law*: a) permitem que os Estados se comprometam em maior nível de credibilidade no âmbito internacional, seja através de sanção pecuniária ou prejuízo à postura frente aos demais; b) os instrumentos de *hard law* são capazes de provocar efeito direto na jurisdição interna de um Estado ou requerer que providências domésticas sejam tomadas; c) são capazes de criar mecanismos de

³⁰¹ Idem, p. 2.

³⁰² Idem, p. 3.

³⁰³ *Binding*.

³⁰⁴ Vide Item 2.1.

interpretação de lacuna legal; d) permitem que os Estados monitorem e reafirmem o seu comprometimento através de órgão julgadores independentes³⁰⁵.

A *hard law* estabelece o *limite áspero* à flexibilidade dos factos sociais na concepção de que *one size fits all*, ou seja, há uniformidade regulamentar, sem a cautela de avaliação das peculiaridades do caso concreto. Pela *hard law* não há flexibilidade e nem adaptação às especificações do facto social, nos termos do diálogo acima proposto³⁰⁶.

Em contraponto, a *soft law* que se relaciona com a prévia *hard law* possibilita o *refinamento do limite* que aproxima a norma do facto social tutelado³⁰⁷.

É possível que diante da inexistência de uma *hard law* pretérita, a *soft law* primária se relacione, sem intermediação, com o facto social a ser tutelado que avança em *ondas irregulares*, sem o aparato de *hard law* para estabelece limites rígidos à permissibilidade do facto social. A *rigidez* em comento corresponde à obrigatoriedade imperativa, no sentido de coercibilidade do regulamento positivado. Neste sentido, Kenneth W. ABBOUT e Duncan SNIDAL apontam que o termo em comento se refere, em especial, para tratar de *legal binding obligations*, ou seja, obrigações legais imperativas³⁰⁸.

Em âmbito do direito internacional, a norma regulamentar que pacificamente se firma na doutrina como *hard law* são os tratados, as convenções internacionais, as diretivas da União Europeia, dentre outros. Em relação a outros sistemas normativos uma *hard law* nacional pode funcionar para outros atores como *soft law* porque lá naquele campo não há obrigatoriedade para a sua aceitação (*non binding*).

A concepção construtiva de um *hard law* se dá *de cima para baixo*, logo, principiológica, rígida, dura e sem se dar conta das maleabilidades do caso regulamentado. Assim, torna-se indiferente ao debate jurídico-sociológico³⁰⁹. Ocorre que excepcionalmente a *hard law* pode percorrer o caminho inverso e nascer *de baixo para cima*, como nos *costumes*, que também são fonte da *hard law*.

Em contrapartida, a *soft law* tem o seu nascedouro *de baixo para cima*, ou seja, a partir do contato com as minúcias práticas e funcionais do facto social em questão, fruto de convenções, debates de classe, reuniões, convenções e tratados cooperativos.

Contudo, há uma necessária correlação entre ambas e, por isso, não podem ser tratadas em quadrantes completamente isolados.

³⁰⁵ SHAFFER, Gregory; POLLACK, Mark A. Op. cit., p. 6.

³⁰⁶ Vide item 2.2.

³⁰⁷ *Soft law secundária*.

³⁰⁸ ABBOUT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Idem.

³⁰⁹ Vide item 2.2.

A propósito de tal correspondência, SHAFFER e POLLACK apontam que há, na verdade, uma relação de complementariedade entre *hard law* e *soft law*, na medida em que uma *soft law*, que é diploma de cumprimento voluntário, pode abrir caminhos à consolidação da *hard law*, que é instrumento de observância rígida. Em outras palavras, uma *hard law* pode, subsequentemente, ser elaborada em decorrência de instrumentos com características de *soft law*³¹⁰.

Antagonicamente, os Autores acima destacam que a relação *hard* e *soft law* não é sempre contributiva, mas, que alguma parte pode, eventualmente, pretender usar a *soft law* para minar os efeitos de uma *hard law* a qual se opõem, ou vice-versa. Criam, assim, uma relação antagônica, ou seja, de interesses opostos entre ambos as modalidades de instrumentos regulatórios³¹¹ equiparada à má-fé, tendo em vista a articulação da norma para benefício próprio.

Kenneth W. ABOUT e Duncan SNIDAL³¹² indicam a posição de PRONTO que corrobora com a ideia de que a questão analítica entre *hard law* e *soft law* não é meramente binária. Um texto regulamentar pode conter normas tanto de caráter rígido, quando maleável em quatro possibilidades de *forma* e *substância* da norma: a) *hard – hard*; b) *hard – soft*; c) *soft – hard*; d) *soft – soft*, onde a primeira e última posição indicam a forma *pura* entre cada uma delas³¹³.

O texto normativo puramente *hard*, tanto na forma quanto no conteúdo se encontra em tratados internacionais que compactuam sob o princípio do *pacta sunt servanda*, conforme consta do artigo 26.º do Tratado de Viena, 1969: “Todo o tratado em vigor vincula as Partes e deve ser por elas cumprido de boa fé”³¹⁴.

Em paralelo, a norma orientada no sentido de *hard-soft* remete ao diploma formalmente estabelecido na qualidade rígida, mas, que em seu corpo, contém alguma disposição de norma diretiva e orientadora, recomendações, exaltações oratórias, etc, portanto, não vinculantes³¹⁵.

³¹⁰ SHAFFER, Gregory C.; POLLACK, Mark A. *Hard vs. Soft law:alternativos, complementms and antagonists in international governance*. Reserach paper n° 09-23. Mineápolis: University of Minnesota Law School, 2010, p. 721.

³¹¹ Idem, p. 744.

³¹² ABOUT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Op. Cit.

³¹³ PRONTO, Arnald N. *Understanding the hard/soft distinction in international law*. [Em linha]. [Consult. 26 de agosto de 2019]. Disponível em WWW: <<http://ssrn.com/abstract=2714700>>, p. 950.

³¹⁴ Convenção de Viena, 1969: “Constatando que os princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra *pacta sunt servanda* são universalmente reconhecidos”. CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. 23 de maio de 1969. Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003 [Em linha]. [Consult. 26 de agosto de 2019]. Disponível em WWW: <<https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2016/07/portugal-declaracao-sobre-a-cv-69.pdf>>.

³¹⁵ PRONTO, Arnald N. Op. Cit., p. 952.

Uma convenção internacional é, essencialmente, *hard law*, no plano internacional. Ocorrendo sua ratificação por determinado Estado, ali também passa à qualidade de *hard law*. Não ocorrendo a ratificação, poderá servir ao Estado como instrumento de *soft law*.

O item adiante tratará, paralelamente, do procedimento regulamentar pelo método *soft law*.

2.3.2 *Soft Law*

O conceito de *soft law* ainda é controverso na academia³¹⁶. Não obstante, NEVES define que “a *soft law* corresponde a um processo de produção de standards normativos, que têm como vocação a regulação de comportamentos sociais, sem carácter vinculativo e cujo incumprimento não estão associadas sanções jurídicas”³¹⁷. Para SHELTON *soft law* é um tipo de norma mais social que legal. Trata-se de qualquer instrumento internacional, que não um tratado, que contenha princípios, normas, padrões ou outras expectativas de comportamento³¹⁸.

São exemplos de *soft law*: Resoluções de Assembleia Geral da ONU; Recomendações de *treaty bodies* no âmbito internacional; Comentários Gerais do Comitê dos Direitos Humanos; *Guidelines* contendo princípios orientadores; Códigos de Conduta, dentre outros.

A *soft law* se apresenta mais maleável ao caso pontual do facto social a ser tutelado, quando comparada com a *hard law*. Diante da informalidade relativa, a sua produção é mais célere e menos burocrática, logo, preenche em tempo reduzido o hiato normativo entre o surgimento do facto e sua regulamentação, o que reduz o período de livre exercício da conduta.

Em contraponto, a efetividade da *soft law* depende de sua aceitabilidade perante as partes que a praticam. A adopção da *soft law* tem natureza voluntária e se concretiza na vinculação a “pressão dos pares” e do “benchmarking”³¹⁹. Esta questão não surge com a

³¹⁶ SHAFFER, Gregory; POLLACK, Mark A. Op. Cit.

³¹⁷ NEVES, Miguel Santos. *Introdução ao direito*. Coord. Pedro Trovão do Rosário; Anja Bothe; António Carlos do Santos, et. al. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6474-1. p. 251.

³¹⁸ SHELTON, Dinah L. *Soft law*. Public law and legal theory working paper. N. 322. Washington DC: The George Washington University Law School, 2008. p. 3.

³¹⁹ NEVES, Miguel Santos. *Introdução ao direito*. Coord. Pedro Trovão do Rosário; Anja Bothe; António Carlos do Santos, et. al. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6474-1. p. 251.

tutela do facto social pela *hard law*, ao passo de que sua tutela impera sobre a premissa da *dura lex sed lex*, ou seja, vigora *ex vi* legitimidade da força preponderante sobre as partes litigantes.

A *soft law* aportou, inicialmente, no campo do direito internacional. Ocorre que por sua crescente difusão, este método normativo vem ganhando permeabilidade no direito interno, especialmente no âmbito da União Europeia³²⁰. NEVES indica que o surgimento da *soft law* foi provocado por três fatores: a) o desenvolvimento do multilateralismo aliado à proliferação das organizações internacionais multilaterais na qualidade de principais produtoras de *soft law* internacional; b) uma mutação nas instituições internacionais e no processo de tomada de decisão em matéria de política externa, considerando, ainda, o crescente protagonismo dos chefes de Estado; c) a intensificação do movimento de globalização que impacta, diretamente, a política internacional³²¹.

Na defesa da aplicabilidade da *soft law* a escola *funcionalista* defende as vantagens da aplicabilidade da *soft law*, face a *hard law*. Segundo esta corrente a *soft law*: a) possibilita maior flexibilidade diante de situações de possível incerteza futura; b) permite que os Estados se comprometam em maior profundidade, sem imposição da obrigatoriedade; c) é negociada com mais facilidade e a menor custo; d) é mais eficiente em questões de simples coordenação; e) pode ser propagada por protagonistas que não sejam, necessariamente, o Estado, mas, secretarias, organizações, associações e outros³²².

Para a escola *racionalista* o custo reduzido da produção normativa da *soft law* ganha vantagem sobre a *hard law* e para a escola *construtivista* as facilidades do processo construtivo da regulamentação mais branda como, por exemplo, o poder de convencimento, o aprendizado, a argumentação e a socialização são alguma de suas vantagens³²³.

Cabe anotar que o sentido da *soft law* se concentra mais na efetividade social da medida, sob o ponto sociológico e seus resultados práticos. Esta apuração permite afirmar que este método de regulamentação social se aproxima com o diálogo aberto entre as ciências sociais, proposto pela crescente tendência do sincronismo jurídico-social da pós-modernidade³²⁴.

³²⁰ NEVES, Miguel Santos. *Introdução ao direito*. Coord. Pedro Trovão do Rosário; Anja Bothe; António Carlos do Santos, et. al. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6474-1. p. 251.

³²¹ Idem, p. 256.

³²² SHAFFER, Gregory; POLLACK, Mark A. Op. cit., p. 7.

³²³ SHAFFER, Gregory C.; POLLACK, Mark A. *Hard vs. Soft law: alternatives, complements and antagonists in international governance*. Reserach paper n° 09-23. Mineápolis: University of Minnesota Law School, 2010., p. 720-721.

³²⁴ Vide item 2.2.

Em seguimento da classificatória de PRONTO entre *forma* e *substância*³²⁵, a norma formalmente edificada como *soft law* pode conter, em si, normas de *hard law* ou ser puramente *soft*, em forma e conteúdo³²⁶. O texto diretivo à *soft* na forma e *soft* no conteúdo está diretamente oposto àquele *hard – hard*³²⁷. As normas *soft-soft* são não-vinculantes tanto na forma quanto no conteúdo. Elas podem ser adoptadas por entidades que não têm, necessariamente, a qualidade de legitimados obrigacionais e diferem, até mesmo, na linguagem, eis que mais branda e diretiva ao invés de mandatária³²⁸.

Ocorre que um diploma redigido na qualidade inicial de *soft law* pode conter em si normas rígidas. Assim, *soft* na estrutura objetiva e *hard* em seu teor normativo. Se se admite a combinação *hard-soft*, o inverso deve, igualmente, ser verdade³²⁹. A propósito, a Assembleia Geral das Nações Unidas já, por repetidas vezes, utilizou-se de sua autoridade declaratória para proclamar diploma com conteúdo não-vinculante (*nonbinding*)³³⁰.

Enquanto *alternativa*, ou seja, em substituição ao procedimento de regulamentação por *hard law*, a *soft law* poderá ser empregada como remédio em casos de inexistência das circunstâncias políticas necessárias à intervenção de natureza imperativa³³¹.

De outro modo, enquanto *complemento* à *hard law*, a *soft law* poderá ser empenhada na presença de condições que dificultem ou impeçam uma intervenção puramente imperativa³³².

Ainda em outro aspecto, a *soft law* poderá ser utilizada como ferramenta para a segurança jurídica para proporcionar às Administrações e aos Operadores de regulamentos privados (empresas, instituições, associações, etc.) um marco referencial de clareza e referência à aplicabilidade da *hard law* comunitária³³³.

A maleabilidade das *soft laws* habilitam a possibilidade de sua edição em uma variedade de formas instrumentais, cuja diversidade é ricamente explorada pelas organizações internacionais, haja vista sua ausência de poder impositivo em suas emissões. A propósito, algumas formas de *soft law* incluem resoluções das organizações internacionais, textos conclusivos de conferências internacionais, recomendações aos tratados já existentes, memoriais bilaterais ou multilaterais, acordos de execução política, instruções

³²⁵ Vide item 2.3.1.

³²⁶ PRONTO, Arnald N. Op. Cit.

³²⁷ Vide item 2.3.1.

³²⁸ PRONTO, Arnald N. Op. Cit., p. 951-952.

³²⁹ Idem, p. 953.

³³⁰ Idem.

³³¹ GARCÍA, Ricardo Alonso. *El soft law comunitario*. Revista de Administración Pública. Nº 154. Universidad Complutense. [Em linha] Enero-abril 2001 [Consult. 25 de agosto de 2019]. Disponível em WWW: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17520.pdf>>, p. 75.

³³² Idem, p. 78.

³³³ Idem, p. 79.

complementares aos códigos de condutas em vigor, dentre outros³³⁴. Conforme visto, o *hall* não é taxativo, mas, exemplificativo.

SHELTON aponta que em alguns casos um diploma regulamentar poderá ter aparência distinta a depender da posição de cada parte que com ele interage. Neste sentido, um diploma regulamentador de conduta caracterizado como *soft law* pode ser tido como *hard law* para alguns Estados e *soft law* para outros, a depender de seu comprometimento (*binding obligation*). Assim, uma decisão da Corte Europeia dos Direitos Humanos ou da Corte Interamericana de Direitos Humanos é tida como *hard law*, portanto, de cumprimento obrigatório para os Estados jurisdicionados, mas, apenas orientadora, logo, *soft law*, para aqueles não-participantes do pacto³³⁵.

NEVES aponta que a *soft law* não é homogênea, mas, varia de acordo com diversos tipos, vejamos: a *soft law primária* é aquela que inova e ocupa a função de regulamentar matéria ainda não submetida à *hard law* anterior. Ex. Conferência de Estocolmo, 1962; Convenção Universal de Direitos Humanos de 1948; a *soft law secundária* é aquela que cumpre o papel de interpretar a aplicação e integração de lacunas em uma *hard law*. Neste quadro hipotético, haveria uma *hard law* pretérita em vigência como, por exemplo, um tratado internacional. No mesmo sentido, a *soft law* pode servir de parâmetros interpretativos da *hard law*³³⁶.

A *soft law secundária* tem atuação quando, diante da vigência nacional de uma *hard law*, torna possível a aplicação regionalizada da mesma lei, tendo em vista que é capaz de se moldar às peculiaridades de cada caso. Este método de aplicação cria novas possibilidades de trabalho que visa a praticidade (realizar da norma) de forma pontual e distinta (em regra mais efetiva) às particularidades da sociedade que por ela é regulamentada.

NEVES elenca a existência de uma *soft law* autónoma, “sem relação com a *hard law*, negociada e adoptada exclusivamente por actores não-estatais e que tem como característica marcante o não envolvimento dos Estados soberanos”³³⁷. Nesta qualidade se encontram por exemplo, os *corporate government* ou seja, todos os movimentos que levaram à construção dos códigos de conduta de empresas. Essa qualidade de *soft law* é criada por particulares no

³³⁴ SHELTON, Dinah L. Op. cit, pp. 3-4.

³³⁵ Idem.

³³⁶ GARCÍA, Ricardo Alonso. *El soft law comunitario*. Revista de Administración Pública. Nº 154. Universidad Complutense. [Em linha] Enero-abril 2001 [Consult. 25 de agosto de 2019]. Disponível em WWW: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17520.pdf>>, p. 64.

³³⁷ NEVES, Miguel Santos. *Introdução ao direito*. Coord. Pedro Trovão do Rosário; Anja Bothe; António Carlos do Santos, et. al. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6474-1, p. 254.

âmbito de empresas que adotam seus códigos. São tratados feitos entre empresas *standards*: padrões de qualidade³³⁸.

Ainda segundo NEVES a *soft law legal* remete a uma *hard law* frágil que correspondem a “normas inseridas em instrumentos de *hard law* que por serem demasiado vagas, incertas ou desprovidas de exequibilidade imediata têm um baixo nível de vinculatividade e reduzida eficácia”³³⁹. Neste contexto, correspondem a conceitos indeterminados, cláusulas abertas que sua efetiva implementação é difícil porque ela própria não criou nem definiu os mecanismos para sua operação.

A *soft law antagónica* ocorre quando dois instrumentos desta qualidade se encontram em conflito diretivo. São exemplos de tal o quadro onde os Estados Unidos instituem instrumento de *soft law* em sentido contrário ao protocolo de Quioto e ao Estatuto de Roma. Esta hipótese finaliza põe em causa a *hard law* em vigor, pois sua vigência pretende *minar* a eficácia do direito internacional³⁴⁰.

RODRIGUES diverge à negatória da relação da *soft law* como parte integrante do sistema jurídico em vigência e aloca a *soft law* ao largo do arcabouço normativo do direito, ou seja, em plano paralelo. O Autor defende que a *soft law* não qualifica como *direito*³⁴¹, pois essa normatividade não preenche requisitos do conceito jurídico já fechado pela doutrina, segundo a qual: *direito* que deve ser, necessariamente: imperativo, coercitivo, tutelado, dentre outros. Assim, diante de tais características inafastáveis à qualificação do diploma tido como “direito”, o Autor aponta que não existe direito não coercivo, não tutelado, não imperativo. Que no caso da *soft law* “há, seguramente, ordens sociais sem um ou mesmo sem todos esses caracteres. Mas não se constituem como Direito”³⁴². E reafirma que “não existe um direito não imperativo, não coercivo, não tutelado, um direito suave, um direito flexível”³⁴³.

Para Kenneth W. ABBOUT e Duncan SNIDAL há prós e contras em *hard* e *soft law* no plano internacional. Pela *hard law* há crédito de confiança nos compromissos externados, o que alarga suas fronteiras negociais; há segurança previsível nas relações vinculativas, pois eventual incumprimento será arcado. Em contrapartida há custos imediatos: a) a *hard law*

³³⁸ Idem.

³³⁹ Idem, p. 254, p. 255.

³⁴⁰ Idem.

³⁴¹ Vide nota 6.

³⁴² RODRIGUES, Luís Barbosa. *Soft law*. Revista Negócios Estrangeiros. N° 19. Lisboa: Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2011. ISSN: 1645-1244, pp. 11-37.

³⁴³ Idem.

restringe a atuação e o comportamento daqueles que a ela se submetem e, possivelmente podem comprometer a soberania de determinado Estado³⁴⁴.

³⁴⁴ ABBOUT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. *Hard and Soft Law*. Cambridge University. [Em linha]. 09 jul. 2003. [Consult. 12 Set. 2018]. Disponível em WWW: <<https://www.cambridge.org/core/journals/international-organization/article/hard-and-soft-law-in-international-governance/EC8091A89687FDF7FC9027D1717538BF>>. ISSN: 0.

3 A SINCRONIZAÇÃO ESTÁVEL DOS VALORES SOCIAIS

A evolução das ideias e a mutação de valores éticos e morais é característica inerente à vida do indivíduo inserido em uma sociedade em constante progressão. A evolução dos valores sociais deve ser pautada por condições que garantam segurança e previsibilidade às relações já construídas. A propósito de tal, a *segurança jurídica* está surge como um dos pilares da estabilidade social no que tange ao sistema normativo. O preceito da confiança e da boa-fé pautam as relações e garantem a confiança das partes e, por consequência, do sistema como um todo. A ausência de *segurança jurídica* compromete a funcionalidade do sistema e, por consequência, atinge escalas maiores que levam à estrutura do próprio Estado em si. Isso em mente, é possível afirmar que a evolução social deve ocorrer de forma segura e paulatina, de modo a não prescindir de *estabilidade* [em sentido jurídico] das conquistas já sedimentadas. O horizonte deve ser marcado pela ordem e pela certeza, conforme leciona REALE³⁴⁵, pelo que a *estabilidade* da sociedade é fruto da vigência da *segurança* e da *previsibilidade* dos parâmetros que cercam a vida coletiva.

Paulo BONAVIDES leciona que a *estabilidade* do sistema político passa pela estabilidade econômica. Segundo o Autor “quanto mais grave seu atraso econômico [do Estado], mais instáveis e oscilantes as instituições políticas”³⁴⁶. Nesta linha, o Autor indica que assim sendo, “menos amplo e eficaz será então o Direito Constitucional em sua capacidade de organizar instituições que abranjam de modo efetivo toda a esfera de comportamento e decisão do grupo político”³⁴⁷.

No âmbito da construção social moderna, ainda no tema segurança, VAIL aponta que “na sociedade contemporânea coexistem três áreas fundamentais onde se desenrolam as atividades que afetam a segurança. São elas a economia, o bem-estar da sociedade civil, e a política nacional ou internacional”³⁴⁸.

A confiança é característica que necessariamente fundamenta as relações jurídicas na sociedade. O *pacto social*, desde seus primórdios, não teria se consolidado sem o preceito fundamental da *confiança*. A confiança constituiu elemento inafastável do pacto

³⁴⁵ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 99.

³⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000. ISBN: 85-7420-023-9, p. 53.

³⁴⁷ Idem.

³⁴⁸ VAIL, John. *Insecure Times*. New York Times. New York: Routledge, 1999, p. 15. *apud*. MASCARENHAS, Orlando Jorge. *Investigação Criminal. Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses*. Fevereiro, 2011, vol. pp. 14-5. ISSN 1647-9300.

fundamental quando o homem, a bem da própria sobrevivência, viu-se compelido a unir forças em busca da própria segurança. O Princípio da Segurança está disseminado em todos os ramos do direito. A inafastabilidade do Princípio da Segurança o consagrou ao status de norma *fundamental*. Guedes VALENTE aduz que segurança e liberdade não podem se sobrepor, sob pena de: a) um Estado de polícia ou; b) completa anarquia³⁴⁹.

Diante da consolidação dos negócios jurídicos, a segurança garante a estabilidade do ordenamento tanto na seara pública, como na privada. A segurança está arraigada à exteriorização da boa-fé objetiva³⁵⁰. Carla CAMPOS alerta que a boa-fé é uma interpretação relacionada às cláusulas gerais que está presente nas relações contratuais e também em qualquer relação jurídica. O Princípio da Boa-fé visa verificar a intenção e o comportamento dos agentes nas relações jurídicas, a bem da *segurança* do trato. Nesse sentido, verifica-se que os princípios ora tratados dialogam entre si, pelo que não são excludentes, mas, complementares. A respeito de tal complementariedade, recordamos que ao tratar do *diálogo* entre os institutos jurídicos REALE propôs uma “posição tridimensionalista” e defendeu o “repúdio a quaisquer imagens parciais ou setorizadas [em outras palavras] o reconhecimento da insuficiência das perspectivas resultantes da consideração isolada do que há de *fático*, de *axiológico* ou *ideal*, ou de *normativo* na vida do direito”³⁵¹.

Orlando Jorge MASCARENHAS acrescenta que “a aplicação do termo segurança na esfera política exprime o objetivo de estar a salvo de ameaças, sendo esta uma condição subjetiva de sentimento seguro e o assegurar de garantias³⁵²”. Segundo aponta o Autor, a segurança reflete a certeza do cumprimento das interações jurídicas prometidas pela lei, seja no âmbito do direito público ou no do privado.

Karl LARENZ afirma que um dos propósitos da ordem jurídica é resguardar a confiança depositada nas relações jurídicas. Para LARENZ a confiança nas relações de direito “é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica”³⁵³. Não se pode se falar em Estado de Direito sem falar de ordem jurídica, que lhe é da essência. Igualmente, não se pode falar em ordem jurídica sem segurança, pois os termos estão umbilicalmente interligados. Assim,

³⁴⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Consumo de drogas. Reflexões sobre o quadro legal*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN: 978-972-40-6690, p. 126-127.

³⁵⁰ CAMPOS, Carla. *O princípio da boa fé objetiva – Teorias e Princípios*. Âmbito Jurídico. [Em linha] p. 01 [Consult. 15 de jan. de 2018] Disponível em WWW: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15478>.

³⁵¹ REALE, Miguel. Op. Cit., p. 11.

³⁵² MASCARENHAS, Orlando Jorge. *Investigação Criminal*. Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses. Fevereiro, 2011, vol. pp. 14-5. ISSN 1647-9300, p. 15.

³⁵³ LARENZ, Karl. Op. cit., p. 91.

conforme os termos expostos, a segurança jurídica está posta como elemento garantidor da *estabilidade* democrática.

Ricardo DIP faz referência remissiva ao conceito de segurança posto por Joseph Thomas Delos. Segundo ele segurança jurídica é a garantia de que “sua pessoa, seus bens e seus direitos não serão objeto de ataques violentos, ou de que, se esses ataques vierem a produzir-se, a sociedade lhe assegurará proteção e reparação”³⁵⁴.

Ao analisar a segurança sob a perspectiva do aplicador da norma Gilmar MENDES expõe que deve haver um essencial equilíbrio entre regras e princípios a bem do desenvolvimento da ordem social e da segurança jurídica. Para MENDES as constituições devem harmonizar ambos os lados: a aplicação rígida da pura técnica normativa com a maleabilidade principiológica para adequação ao caso concreto. Em sua exposição o Autor aponta que caso a ordem jurídica vigente fosse composta apenas por regras, ou seja, desprovida de princípios “prestigiaria o valor da segurança jurídica, mas seria de limitada praticidade, por exigir uma disciplina minuciosa e plena de todas as situações relevantes, sem deixar espaço para o desenvolvimento da ordem social. O sistema constitucional não seria aberto”³⁵⁵. MENDES aponta, por outro lado, que o oposto seria igualmente inadequado, pois a norma puramente principiológica “seria inaceitavelmente ameaçadora à segurança das relações”³⁵⁶, pois incapaz de regular o caso concreto, taxativamente. Neste páreo BOBBIO aponta, segundo a *teoria da coatividade do direito*, que “normas são feitas para valer por meio da força”³⁵⁷, portanto, de imposição rígida. O Autor aponta à corrente clássica, onde, segundo a *teoria da norma jurídica* “o positivismo jurídico considera a norma com um comando”³⁵⁸.

Ainda na perspectiva dos institutos sob a ótica do aplicador da norma Luís Roberto BARROSO expõe a correlação entre regra e segurança jurídica. O Autor diz que a *regra*, apesar de inflexível, é o instrumento que garante a segurança, pois taxativa em sua aplicabilidade “fazendo com que os juízos por eles formulados se materializassem em uma

³⁵⁴ Tradução livre do Autor. [Texto original]: “*En son sens le plus général, la sécurité est la garantie donnée à l’individu que sa personne, ses biens et ses droits ne seront pas l’objet d’attaques violentes ou que, si celles-ci viennent à se produire, protection et réparation lui seront assurées par la société*”. DIP. Ricardo. *Registros sobre registros*. Artigo 4º. [Em linha]. 14 de junho de 2016 [Consult. 25 de dez. 2018]. Disponível em WWW: <<http://iregistradores.org.br/ricardo-dip-registros-sobre-registros-4/>>.

³⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 978-85-02-62274-6, p. 75.

³⁵⁶ Idem.

³⁵⁷ Apesar de estar a ideia contida no bojo da coleção analítica do juspositivismo o Autor recorda que a doutrina em comento foi primeiro formulada por Christian Thomasius, jusnaturalista alemão. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. ISBN: 85-274-0328-5, pp. 131-132.

³⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. ISBN: 85-274-0328-5, p. 132.

determinação objetiva de conduta”³⁵⁹. BARROSO explica que a rigidez da *regra* não transfere flexibilidade decisória ao magistrado enquanto na qualidade de aplicador do direito ao caso concreto. Segundo BARROSO não há, portanto, espaço para considerações interpretativas de valores na aplicação fria da norma. O Autor acrescenta que “embora não seja mecânica - porque nunca é [a atuação do magistrado] - não envolverá maior criatividade, ou subjetividade. Regras, portanto, tornam o Direito mais objetivo, mais previsível e, conseqüentemente, realizam melhor o valor *segurança jurídica*”³⁶⁰. Nesses termos, quando a dinâmica do Estado Democrático de Direito, o Princípio da Segurança Jurídica opera para garantir a estabilidade político-social, logo, para garantir a obediência à regra constitucional-democrática. É possível indicar que a aplicação tendenciosa, tanto para a rigidez da norma, quanto para a maleabilidade principiológica, não atendem às necessidades do caso concreto. Enquanto a pura rigidez do texto não é capaz de prever todas as variáveis do facto social carecedor de tutela, a excessiva maleabilidade principiológica abre espaço para decisões subjetivas e, possivelmente, concede permissão para julgamentos de motivação puramente política e judicialmente *ativos*, cujo tema: *ativismo judicial* entra em pauta.

ZIPPELIUS ressalta que a eficácia funcional do sistema normativo para regulamentar os casos insurgentes na sociedade “é condicionada por factos sociológicos. Ela depende especialmente do facto de existir uma organização que esteja disposta e em condições de garantir a observância destas normas”³⁶¹. Nesse sentido é a lição de Tercio Sampaio FERRAZ JUNIOR quando fala em “expectativa cognitiva” diante do comportamento do sujeito perante a norma. O Autor discorre a respeito da reação de um indivíduo diante de um estímulo positivado [o mandamento normativo impositivo]. Segundo FERRAZ JUNIOR espera-se que o comportamento do indivíduo tutelado pela norma seja corresponsivo à expressão do texto, ou com ele não conflitante. Nas palavras do Autor: “estruturas sociais são combinatórias de expectativas cognitivas e normativas que visam garantir a estabilidade às relações sociais em transformação”³⁶².

Miguel REALE ao tratar das variações de comportamento do indivíduo perante a norma posta indica que a norma valorada resulta da gradação de um facto significante em determinada sociedade³⁶³. Assim, fica perceptível de que, em espectro macro, cada povo

³⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 978-85-02-22804-7, p. 143-144.

³⁶⁰ Idem.

³⁶¹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. Trad. António Franco; António Francisco de Sousa. Lisboa: Quid Juris, 2010. ISBN: 978-972-724-532-1, p. 30.

³⁶² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN: 85-224-3484-0, p. 98.

³⁶³ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 14.

expressa sua própria cultura e, em espectro singular, cada indivíduo detém seus valores que compõem o seu caráter. Em cada cultura há valores compostos pela expressão da coletividade. Cada um desses valores requer uma tutela normativa, geral e abstrata, para regular a interatividade dos factos sociais naquela sociedade. Segundo as palavras de REALE: “a experiência jurídica é variável em seus parâmetros, de país para país, ainda que situados na mesma área cultural”³⁶⁴.

O exposto denota a necessária e inevitável diversidade normativo-cultural de cada povo. Neste intuito REALE aponta que “os juristas positivos em sua difícil e árdua tarefa de determinar e sistematizar as categorias jurídicas reclamadas por um mundo em mudanças”³⁶⁵. Ao legislador cabe normatizar e refletir no teor normativo os valores da sociedade tutelada pela norma. Tal diploma regulamentador deve indicar os valores histórico-culturais da sociedade, pois cada povo guarda valores que lhes são próprios. O ponto de encontro entre as variadas culturas é que a norma *geral e abstrata* tem o dever de mediar conflitos em busca da convivência pacífica. A norma eclética deve dar conta de que a divergência de ideias e dos valores é conflituosa, por natureza. A tarefa descrita importa dar conta da resistência da integração entre a norma e a sociedade.

3.1 A Globalização Jurídico-Política

A evolução da integração global dos recursos humanos constitui, não apenas um aprimoramento tecnológico, mas, a integração multifacetada de recursos que enseja uma simbiose cultural. A busca pela sincronia do direito globalizado requer a união dos interesses dos Estados, sem prejuízo da preservação da dignidade da pessoa humana. Esta tendência integradora tem a intenção de unificar padrões socioculturais, de modo a promover, apesar da diversidade de culturas, valores mundiais uníssonos.

O estabelecimento de novos parâmetros valorativos representa impactos culturais em povo conservadores e coloca em causa posições já sedimentadas de valores antigos e engessados. A busca pela unissonância transnacional de tais valores desafia relações entre

³⁶⁴ Idem, p. 14.

³⁶⁵ Idem, p. 22.

sistemas jurídicos diversos que enfrenta, na prática, resistência quanto a efetividade prática por impermeabilidade social.

Luiz Gonzaga Silva Adolfo acrescenta que: “globalização refere-se a processos atuantes em escala global, que ultrapassam fronteiras nacionais, integrando e conectando comunidades e organizações em novas combinações de espaço tempo, tornando o mundo mais interconectado”³⁶⁶. Para NEVES a globalização constitui um “processo multidimensional que combina eixos económico, político, social, cultural e securitário, colocou ao direito internacional novos desafios a que este procurou responder de diversas formas, entre as quais através do recurso à *soft law*”³⁶⁷, ou seja, a sincronização jurídico-política pós-moderna.

As alterações na órbita internacional indicam a tomada da evolução científica e tecnológica dos tempos atuais. Este movimento reflete os avanços económicos e sociais na perspectiva macro. A conscientização ambiental, a difusão dos direitos humanos e o combate às desigualdades mundo à fora são alguns fatores que representam as preocupações de um mundo cada vez mais conectado. Entretanto, há críticas contundentes por parte de alguns estudiosos.

BAUMAN subscreve a ideia de Jowitt ao apontar que tal movimento vem acompanhado da ideia de indisciplina, não-determinação e autopropulsão dos temas. O *anonimato* deste movimento causa preocupação, pois trata-se de uma força sem autoria que poderá ter seus fins deturpados. Esta onda maciça e aparentemente benéfica é ausente de centro³⁶⁸. Os valores da conscientização global foram marcados como conquistas da terceira *dimensão* dos direitos humanos³⁶⁹, tais como o direito ao desenvolvimento; ao meio ambiente; à comunicação, dentre outros que representam o avanço na conectividade difusa que opera a favor da dignidade da pessoa humana.

A dinâmica da tridimensionalidade não se evidencia apenas no âmbito do direito interno, mas, em toda parte onde o desenrolar dos factos sociais que reclamam a intervenção de uma norma regulamentar. O comportamento do facto social *alienígena*, as forças do movimento integrador denominado *globalização* jurídico-normativa para fins de estabilidade, segurança e pacificação difusa são tão relevantes quanto o comportamento que

³⁶⁶ ADOLFO, Luiz G. Filho. *Globalização e estado contemporâneo*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001. ISBN 85-88264-05-6, p. 57.

³⁶⁷ NEVES, Miguel Santos. *Introdução ao direito*. Coord. Pedro Trovão do Rosário; Anja Bothe; António Carlos do Santos, et. al. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6474-1, p. 256.

³⁶⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização e as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. ISBN: 978-85-7110-495-2, p. 56.

³⁶⁹ Vide item 1.1.1.

ocorre na ordem interna de um país. A condução participativa em questões públicas está instituída como direito de ordem fundamental da pessoa em todas as regiões do mundo, pois a tomada das decisões de ordem pública influencia o indivíduo³⁷⁰. Neste sentido, o direito de participação encontra-se amparado tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁷¹, como no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos³⁷², além de outros.

A globalização jurídico-política tem respaldo no direito interno, pois requer adequações práticas e não conflitantes. A integração supranacional busca aliar valores uníssomos e transversais em culturas dispersas, conforme aponta Marcelo VARELLA³⁷³. A fome; a saúde; a educação; a cultura; a economia; o terrorismo, dentre outras, são alguns exemplos de questões que não guardam etnia ou preferência cultural e motiva a coalizão das etnias. A propósito, valores comuns possibilitam integrações regionais. A busca pela unissonância de valores transnacionais pode ser verificada na colisão de movimentos como a zona de preferência tributária, a zona de livre comércio, a união aduaneira, o mercado comum, a união econômico-monetária, dentre outros.

José Francisco REZEK aponta que as normas internacionais são produto das necessidades de seus destinatários³⁷⁴.

Arnaldo LEMOS FILHO, et al. ressaltam as evidências da origem da *globalização*. Apontam que o termo ganhou a mídia no fim da década dos anos 80 e que a consciência integradora surgiu após dois principais eventos que marcavam a divisão mundial: a) a queda do muro de Berlim e; b) a regressão do Império Soviético. O término da bipartição global, ora em dois grandes campos antagônicos, simbolizou a possibilidade de interação polissêmica. Segundo os Autores, passou-se a contemplar um mundo livre de barreiras intransponíveis³⁷⁵.

Luiz Gonzaga Silva ADOLFO aponta que o fenômeno *globalização* nada mais é do que o desenrolar de processos que atuam em escala global e superam fronteiras nacionais. O

³⁷⁰ NAÇÕES UNIDAS. *Direitos humanos e eleições*. Guia das eleições: aspectos jurídicos, técnicos e relativos aos direitos humanos. Nações Unidas, 2002. ISBN: 92-1-254114-3, p. 01.

³⁷¹ Vide artigo XXI, 3: “A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto”. NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [Em linha] 1949. [Consult em 15 de maio de 2019]. Disponível em WWW:<<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>, p. 11.

³⁷² Vide artigo 25, b. NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*. [Em linha] 1966 [Consult em 15 de maio de 2019]. Disponível em WWW:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>, p. 07.

³⁷³ VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN: 978-85-02-13677-9, p. 369.

³⁷⁴ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN: 978-85-02-12668-8, p. 25.

³⁷⁵ LEMOS FILHO, Arnaldo, et al. *Sociologia geral e do direito*. 4ª ed. Campinas: Alínea Editora, 2009. ISBN: 978-85-7516-342-9, p. 236.

Autor indica que esses processos integram e conectam comunidades e organizações, em diferentes modos de espaço e tempo “tornando o mundo mais interconectado”³⁷⁶.

Essa festejada “conectividade”, assim como no plano do direito interno, ocorre em prol do anseio difuso pela paz, que se traduz em um quadro de estabilidade social plena.

REALE aponta que “se nota, sobretudo a partir do segundo pós-guerra, uma generalizada aspiração no sentido da compreensão global e unitária dos problemas jurídicos”³⁷⁷.

Nesse embate de dois mundos observam-se os desafios do *constitucionalismo multinível*. O constitucionalismo multinível pretende antever o embalo da sociedade supranacional. Nesta tarefa se empenham tratadistas das artes sociais, cujo propósito é suavizar a integração iminente.

Assim como no ambiente interno, o desafio de antever o rumo da evolução social também é presente no âmbito transnacional das relações jurídicas. O movimento integrador dos valores e normas remete à *globalização político-jurídica* da pós-modernidade. Neste propósito, a questão cerne é identificar valores uníssomos e transversais presentes em culturas divergentes. Independentemente da tendência cultural de cada povo alguns objetivos são comuns e transversais como, por exemplo, o combate à fome, o amparo à saúde, a difusão da educação e da cultura, o desenvolvimento econômico, o combate ao terrorismo, dentre outras. A pauta representa questões que não guardam etnia ou preferência cultural e são supranacionais, cujo encontro de solução motiva a união das etnias naturalmente divergentes.

A propósito, as Organizações Internacionais são grandes protagonistas deste movimento integrador transnacional. Tratam-se, as organizações internacionais, de uma espécie de associação dotada de personalidade jurídica, cujo propósito é a realização de seus objetivos constituintes. As organizações são sujeitos ativos e passivos de direitos e deveres na órbita internacional. Assim, são juridicamente capazes de exigir questões pertinentes a seus objetivos constitutivos e sucumbir-se a deveres, igualmente pertinentes. Dentre suas prerrogativas funcionais é possível exemplificar a negociação de tratados internacionais, o usufruto de imunidade diplomática, o exercício da legação, a participação em outras Organizações, etc. Esse plexo de direitos e deveres faz com que as organizações

³⁷⁶ ADOLFO, Luiz G. Silva. *Globalização e estado contemporâneo*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001. ISBN 85-88264-05-6, p. 57.

³⁷⁷ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 20.

internacionais desempenhem papel de protagonistas do movimento jurídico-político que integra valores culturais no campo internacional.

É possível cogitar que o período pós Segunda Guerra marcou o apogeu do ativismo das organizações internacionais. A consequência da segunda grande guerra conscientizou a união de países pelo propósito de preservar a custosa paz mundial.

Soraya SCKELL leciona que as leis humanitárias juntamente com os direitos humanos consagram a grande evidência da existência de uma *moral global* correspondente a uma *sociedade global* que não conhece fronteiras, mas, uma *sociedade do mundo*³⁷⁸. Segundo a Autora, essas ideias de cidadania transnacional ganham interesse no período pós Guerra-Fria, com a queda do muro de Berlin, em 1989³⁷⁹.

Fabiana Falcoski FERREIRA, ao falar do surgimento das Organizações, defende que sua origem está ligada a momentos pretéritos. Segundo esta Autora o movimento organizacional teve início após o choque da Primeira Grande Guerra, como resultado da celebração da Conferência de Paz de Versalhes (28 de abril de 1919). FERREIRA destaca que a primeira organização de tendência universal foi a Sociedade das Nações, cuja função era a preservação da paz³⁸⁰. Não obstante a indicação desta origem, FERREIRA filia-se à ideia de que o apogeu de tal movimento supranacional pela paz organizada ocorreu após o ano 1945, ao desfecho da Segunda Grande Guerra Mundial, quando ficou marcada a urgência da conscientização para a organização cooperativa por parte das grandes forças internacionais³⁸¹. Que “após 1945, inúmeras organizações internacionais surgiram seguindo uma variedade de modelos, formas, eficácia e propósitos”³⁸².

Ainda na origem histórica, a lição de Wladimir BRITO indica que as organizações internacionais surgiram a partir do século XIX, à contemporaneidade dos agrupamentos de Estados (Confederações) e das Conferências Internacionais que, até então, eram apenas episódicas. O Autor afirma que devido a gradativa recorrência os esforços adquiriram caráter de permanência que fez surgir as primeiras Organizações Internacionais³⁸³.

Apesar dos desencontros doutrinários quanto à origem histórica os Autores indicados são uníssomos a apontar que o propósito dessas instituições é a construção de um sistema jurídico-político centralizado, cujo intuito é satisfazer propósitos políticos e resguardar a

³⁷⁸ SCKELL, Soraya Nour. *Humanitarian law: the controversial historical construction of a universal moral*. JANUS.NET, e-journal of International Relations. Vol. 3, n.º 1. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2012. ISSN: 1647-7251, p. 86.

³⁷⁹ Idem. p. 87.

³⁸⁰ FERREIRA, Fabiana Falcoski. *Organizações Internacionais*. [Em linha]. p. 01. [Consult 12 de outubro de 2019]. Disponível em WWW: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1668>>.

³⁸¹ Idem.

³⁸² Idem.

³⁸³ BRITO, Wladimir. *Direito internacional público*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN: 9789723222333. p. 388.

dignidade da pessoa humana enquanto preservada a paz. São exemplos contemporâneos de organizações internacionais: a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), a União Europeia (UE), etc.

Wladimir BRITO elenca algumas classificações para as organizações internacionais. O Autor indica que elas podem ser classificadas como: a) organizações internacionais gerais, cujo objetivo é a pacificação de conflitos *latu sensu*. A exemplo de tal BRITO indica a SDN e a ONU; b) especiais, que conforme o Autor se prestam para atender assuntos específicos e determinados como, por exemplo, os ligados a fins econômicos como a BIRD, OCDE, FMI, etc.; a fins sociais e humanitárias como, por exemplo, a OMS, OIT, etc.; a fins de técnicas de aplicações, propósitos científicos e culturais como a UIT; UNESCO; OIAC, etc.; c) as organizações internacionais de cooperação mútua, cujo objetivo é coordenar a vontade de seus membros sem limitar a soberania de cada Estado componente; d) as organizações internacionais de integração nacional ou de propósito supranacional, cujo caráter recebe de seus membros a competência necessária para praticar atos de governo diretamente sobre cada um deles e a favor deles [os Estados membros]. Esta forma de organização limita, de forma parcial, a soberania de cada componente. O exemplo mais desenvolvido desta forma de organização é a União Europeia; e) organizações internacionais de vocação universal, caracterizada pela receptividade de todos os Estados interessados em sua causa e; f) organizações internacionais regionais, que setoriza sua participação conforme a localidade geográfica do Estado participante, como é o caso do MERCOSUL³⁸⁴.

Conforme indica Wladimir BRITO as organizações internacionais, dentre outras, podem ter propósito cooperativo (de cooperação)³⁸⁵. Conforme essa perspectiva, uma organização assim instaurada prende-se a coordenar a vontade de seus membros, de maneira a prestar-lhes assistência e orientação. Nesta qualidade não há interferência na soberania do Estado membro cooperante, diferentemente do que ocorre no quadro que relata a estrutura das organizações integradoras³⁸⁶.

Em perspectiva principiológica, a *cooperação* está qualificada dentre as diretivas gerais dos princípios que regem o direito internacional. Conforme a lição de Marcelo VARELLA: “O princípio da cooperação internacional significa que os Estados devem agir em conjunto, colaborando para a busca de objetivos comuns. Justifica a ação em harmonia

³⁸⁴ Idem. p. 393.

³⁸⁵ Vide item “c” na classificação acima.

³⁸⁶ Idem.

de forma a evitar conflitos e a buscar soluções compartilhadas para os problemas comuns”³⁸⁷. A *cooperação* igualmente corresponde a objetivos concretos resultante de uma união de Estados cooperantes no âmbito de uma organização internacional para fins de alcançar questões de interesse semelhante e coletivo como, por exemplo, a saúde; a educação; economia; ciência e pesquisa, dentre outros. Nesse sentido, o ramo do direito internacional caminha por um processo cooperativo interestatal, em grande parte dos temas³⁸⁸.

No âmbito da cooperação internacional há reciprocidade entre pares, ou seja, simetria de poderes entre os Entes componentes e não há que se falar em abalo ou influência à soberania do Estado-Membro cooperante no âmbito de tal organização. O ordenamento disposto para regular a cooperação está muito mais aliado à perspectiva de *soft law*³⁸⁹. Para Arnold N. PRONTO:

Soft law are those rules that are “soft” both in the sense that they were adopted in a nonbinding form and, by their own purport, that they are nonbinding in substance as well. These are you standard recommendations, guidelines, and observations. [...] the fact that they are not binding (“soft”) on states and other international actors is not only a consequence of the form in which they are beng presented, but also because they are adopted by entities that do not have the legal authority to adopt binding (“hard”) rules”³⁹⁰.

Em propósito cooperativo é possível ressaltar: a Organização Mundial do Comércio – OMC; a Organização Internacional do Trabalho – OIT; Organização Mundial da Saúde – OMS; o MERCOSUL, do qual o Brasil faz parte³⁹¹, dentre outros. O MERCOSUL coopera para, dentre outros propósitos secundários, instituir um campo de mercado comum na América do Sul³⁹². Tal cooperação não afeta tarefas reservadas à soberania de cada Estado membro.

José Souto Maior BORGES aponta que “o direito comunitário [...] não se estrutura e desenvolve no território de determinado país, porém no espaço de integração, o âmbito

³⁸⁷ VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. ISBN: 978-85-02-13677-9. p. 27.

³⁸⁸ Idem. p. 25.

³⁸⁹ Vide item 2.3.2.

³⁹⁰ PRONTO, Arnold N. *Understanding the hard/soft distinction in international law*. Vol. 48. n.º 4. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2015, p. 951.

³⁹¹ BRASIL. *Decreto nº 1.901, de 09 de maio de 1996*. Presidência da República. Casa Civil, 1996. [Em linha] 09 de maio de 1996. [Consult 12 de out. de 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm.

³⁹² MERCOSUR. *Tratado para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai*. [Em linha]. 26 de março de 1991. [Consult 12 de out. de 2018]. Disponível em WWW:< http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2486/1/tratado-de-assuncao_pt.pdf>.

territorial de validade das normas comunitárias, que é *regionalizado* - p. ex. direito europeu, Mercosul”³⁹³.

Vitor Luiz Orsi de SOUZA aponta como característica das organizações internacionais de cooperação que o Mercosul não dispõe de regra sancionadora, em seus tratados, que imponha o cumprimento de seu ordenamento por intermédio de, por exemplo, uma ação de incumprimento³⁹⁴. Tal característica reforça a ideia de que o ordenamento das relações das organizações internacionais de cooperação se alinham à perspectiva de *soft law*, conforme esclareceu Arnold N. PRONTO³⁹⁵.

Em outra vertente, a organização internacional com propósito de *integração* ou *supranacionais* merecem destaque, pois, igualmente funcionam como agenda para o sincronismo dos valores culturais na esfera supranacional em busca da estabilidade das relações sociais.

As organizações internacionais de integração adquirem de seus membros [Estados participantes] atribuição específica para agir, de forma direta, sobre cada um deles a respeito de pontos sensíveis que estariam, trivialmente, reservados ao império de cada um. Diferentemente das organizações internacionais de cooperação, acima, aqui há evidente limitação de parte da soberania dos Estados integrantes de tal organização³⁹⁶. A propósito de tal, o exemplo contemporâneo mais evidente é a União Europeia, já neste sentido desenvolvida de forma escalonada e organizada.

João Mota de CAMPOS analisa a extensão do termo “supranacional”. O Autor recorda, segundo Robert SCHUMAN, que o termo se situa, medianamente, entre o “individualismo internacional”³⁹⁷ e a “federação de Estados”³⁹⁸. Uma organização internacional dotada de *supranacionalidade* é, necessariamente, a) independente, com relação ao governo dos Estados-membros, conforme o limite do Tratado instituidor; b) que tal independência é irrevogável; c) que é igualmente irrevogável a transferência da competência do que foi atribuída e; d) que o Tratado instituidor confere à Comunidade³⁹⁹ missão própria, ou seja, distinta daquela dos Estados-membros⁴⁰⁰.

³⁹³ BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN: 9788502060937. p. 55.

³⁹⁴ SOUZA, Vitor Luiz Orsi de. *A ação de incumprimento e seus efeitos*. [Em linha]. Set. 2007 [Consult 13 de out de 2019]. Disponível em WWW: <https://jus.com.br/artigos/10442/a-acao-de-incumprimento-e-seus-efeitos>.

³⁹⁵ Op. Cit.

³⁹⁶ BRITO, Wladimir. Op. Cit.

³⁹⁷ Situação onde a soberania nacional só comporta limitações resultantes de consenso ocasionais e voluntários.

³⁹⁸ Subordinação permanente a um superestado equipado de soberania própria e políticas próprias.

³⁹⁹ Termo utilizado para referir-se à União Europeia como uma comunidade cooperativa entre Estados Independentes.

⁴⁰⁰ CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luís Mota de; PEREIRA, António Pinto. *Manual de direito europeu*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN: 978-972-32-2209-8. p. 257.

Von LINDERINET-WILDAU indica que a concepção de “supranacional” se pauta por uma ordem de subordinação – em contraste ao termo: internacional, que é empregado no sentido de estar associado a dinâmica de cooperação de soberanias – aquela dita ordem de subordinação corresponde à independência da Comunidade para com os Estados associados⁴⁰¹. Para o próprio João Mota de CAMPOS a característica de supranacionalidade é marcada por dois atributos: “a autonomia dos órgãos em relação aos Estados-Membros” e; “o imediatismo dos poderes exercidos”, ou seja, a determinação de que uma norma impere, diretamente – de forma plena e eficaz – na ordem interna dos Associados⁴⁰². Marcado pela intervenção sistemática e permanente sob a qual operam os Estados-Membros, João Mota de CAMPOS assentou que a União Europeia possui traços distintos da demais Organizações clássicas, que não têm essa prerrogativa. Daí que neles diretamente, intervém⁴⁰³.

A Organização das Nações Unidas – ONU e a União Europeia – UE cumprem papéis fundamentais para a integração e a pacificação da comunidade internacional. O acordo normativo entre os várias Estado-membros é celebrado em tratados, convenções e acordos internacionais. Cada um dos Estados-membros é detentor de sua própria lista de interesses. O desafio é reunir causas de interesse difuso e estabelecer um diálogo de culturas diversas, em busca de uniformidade de valores. A variedade de interesses representa um grande desafio a ser vencido, em busca da edição de uma norma transnacional uníssona, ou seja, que represente os valores histórico-culturais da maioria da mesa de representantes dos Estados-membros. O resultado dessa conquista é a expressão normativa dos valores supranacionais, composto por culturas divergentes.

Em sentido semelhante às organizações internacionais regionais⁴⁰⁴, Marcelo VARELLA aponta que diferentes Estados compartilham interesses comuns e podem formar uma organização que possibilita, com maior facilidade, a criação de sistemas regionais de *integração*. O Autor explica que “sistemas regionais de integração são processos jurídico-políticos de aproximação entre Estados de uma mesma região geográfica para a criação de sinergias”⁴⁰⁵. São exemplos desta organização setorializada: “a) Zona de preferência tributária; b) Zona de livre comércio; c) União aduaneira; d) Mercado comum; e) União econômico-monetária”⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ Idem. p. 258.

⁴⁰² Idem. p. 259.

⁴⁰³ Idem.

⁴⁰⁴ BRITO, Wladimir. *Direito internacional público*. Op. cit.

⁴⁰⁵ VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN: 978-85-02-13677-9, p. 369.

⁴⁰⁶ Idem.

A política atual está em constante transição diante da influência das proposições dos Estados que atuam como agentes influenciadores no campo internacional. Segundo VARELLA “o processo [da *globalização* ou *mundialização*, como preferem os autores franceses] é influenciado pela ampliação da complexidade dos direitos nacionais dos Estados e do direito internacional”⁴⁰⁷. Segundo VARELLA o fenômeno integrador ocorre pela “integração frequente entre os direitos nacionais, o direito de sistemas regionais de integração e o direito internacional”⁴⁰⁸.

José Francisco REZEK aponta que a criação das normas internacionais é produto da expressão direta da vontade de seus destinatários [Estado membros do conselho internacional]. Há o debate de que este entendimento enfraquece a coercibilidade do sistema que, diante dessa premissa, só têm força coercitiva na medida em que o cumprimento da norma é admitido pelo destinatário. A propósito, REZEK aduz que “a vontade singular de um Estado soberano somente sucumbe para dar lugar ao primado de outras vontades reunidas quando aquele mesmo Estado tenha, antes, abonado a adoção de semelhante regra”⁴⁰⁹.

Nos tempos atuais “o debate de um constitucionalismo supranacional, mundial, que congregue a comunidade internacional em uma única ordem legal sustentada em um projeto humanitário”⁴¹⁰.

A proximidade do destinatário à norma é questão imanente à necessária estabilidade das relações sociais. O cidadão enquanto tal deve interagir com a sociedade ciente de seus deveres e obrigações no intuito de prestar um papel ativo na promoção da cidadania no cenário democrático de direito. A ideia de interpretação expansiva e exclusiva da norma, a bem da dignidade inclusiva da pessoa humana é fundamental para que se alcance tal proximidade. O cidadão passa, progressivamente, da tradicional postura passiva à qualidade de intérprete constitucional, cujo intuito é “construir uma sociedade de aplicação, efetivação do texto na prática”⁴¹¹.

3.2 A Interpretação Democrática da Norma

⁴⁰⁷ Idem.

⁴⁰⁸ Idem.

⁴⁰⁹ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN: 978-85-02-12668-8, p. 25.

⁴¹⁰ BOLZAN, José Luís de Moraes. *Crises do Estado e da constituição e a transformação espacial-temporal dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. ISBN: 9788573487695. p. 93.

⁴¹¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 1997. ISBN: 8588278553, p. 45.

Jorge MIRANDA leciona que a democracia⁴¹² “é a forma de governo em que o poder é atribuído ao povo, à totalidade dos cidadãos [...] e em que é exercido de harmonia com a vontade expressa pelo povo, nos termos constitucionalmente prescritos”⁴¹³. A vontade do povo – verdadeira fonte do poder democrático – está estampada na constituição e nos demais regulamentos de compõem o sistema jurídico-normativo. A aproximação prática do cidadão à norma requer uma capacidade interpretativa que possibilitará a aplicação do texto a suas relações sociais, ou seja, *viver a constituição*⁴¹⁴.

Diante desta questão BOBBIO destaca a existência de um “*problema da interpretação*”. Segundo este Autor “o positivismo jurídico sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito”⁴¹⁵. Assim, o aplicador da norma rígida estaria engessado aos termos do texto⁴¹⁶.

ZIPPELIUS anota que “face a todo o Sociologismo, behaviorismo e actualismo, devemos, portanto, reter o sentido prescritivo e a “objectividade” das normas”⁴¹⁷. O direito só se presta para regular a sociedade quando atende o seu fim social e teleológico, qual seja, regulamentar o facto social atrelado à vigência da norma. Portanto, “não podemos entender o direito como mera regularidade de conduta social”⁴¹⁸.

A norma que emana puramente da *principiologia* abstrata ou do *demiurgismo* teórico⁴¹⁹ não interage com a essência do facto social a ser regulamentado, logo, não alcança os seus fins sociais. O fim social da norma é alcançado somente quando a norma é capaz de se comunicar com o seu destinatário para pacificar um facto social agudo e pertinentemente *valorado*. Enquanto na qualidade de ciência social pacificadora, o direito tem o dever de alcançar as questões bases da sociedade, sob pena de perecimento de sua utilidade prática. A norma puramente principiológica relega a realidade imediata do cidadão e afasta-se do “ser” e volta-se ao “dever-ser”. A norma teórica retrata aquilo que deveria ser, mas, não é

⁴¹² Do grego *demos* (povo) e *kratein* (governo).

⁴¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 1ª ed. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN: 978-972-32-2271-5, p. 59.

⁴¹⁴ Sistema normativo *latu sensu*.

⁴¹⁵ Anotou que “este foi o ponto escolhido pelos adversários para desencadear a contra-ofensiva contra o positivismo jurídico e que gerou logo um debate tremendo, chamado pelos alemães de “batalha dos métodos” (*Methodenstreit*). BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. ISBN: 85-274-0328-5, p. 133.

⁴¹⁶ Ideia que expõe o modelo clássico do positivismo que prima o rigor da ciência técnica. *Dura lex sed lex*.

⁴¹⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. Trad. António Franco; António Francisco de Sousa. Lisboa: Quid Juris, 2010. ISBN: 978-972-724-532-1, p. 30.

⁴¹⁸ Idem.

⁴¹⁹ De Platão (428-348 a.C.).

[pelo ao menos, ainda]. Associado a este propósito REALE defende “que o direito seja uma realidade social e que essa realidade tenha na conduta humana a sua fonte constitutiva”⁴²⁰.

Ao tratar da conexão entre o cidadão e a norma Ferdinand LASSALLE⁴²¹ assentou que o respeito a uma Constituição só acontece quando os factos sociais e políticos [constituição real] se estampam no papel [constituição escrita]. Em comentários, Aurélio Wander BASTOS assentou que “LASSALLE na verdade escreve sobre uma Constituição real (efetiva) e uma Constituição escrita (ideal jurídico) e é desta desconexão que evoluem os fundamentos da sua obra, mostrando que não necessariamente a segunda efetiva as forças (implícitas) da primeira”⁴²².

Ao perseguir a proximidade do destinatário ao texto regente Perter HÄBERLE propõe a expansão dos legítimos interpretes constitucionais. HÄBERLE defende que todos, em *latu sensu*⁴²³, interpretem - e vivam - a Constituição [no sentido de norma] no seu dia a dia. A visão deste Autor é construir uma sociedade de aplicação e efetivação do texto na prática⁴²⁴. Nesta qualidade, a constituição deixa de ocupar o posto de mera fonte normativa⁴²⁵ e transpõe-se à qualidade de manual cívico.

HÄBERLE ao tratar do tema “comunidade de intérpretes” defende que na tarefa de interpretação estão incluídos os órgãos do Estado, as potências do governo e cidadãos. Este Autor prega não ser possível “estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”⁴²⁶. Assim, HÄBERLE propõe uma expansão na comunidade de interpretes de uma Constituição. Segundo a visão do Autor os cidadãos comuns, ou seja, aqueles que não têm, necessariamente, uma formação jurídica, também detenham capacidade interpretativa da norma, pois são afetados pela Constituição. Neste sentido, haveria a efetivação do direito constitucional na prática da vida civil e política do cidadão, que é verdadeira fonte do poder normativo, através de seus representantes eleitos democraticamente⁴²⁷.

HESSE aponta que a questão da interpretação constitucional deve ser atenta ao seu caráter aberto e amplo, com cautelas a prevenir a distorção indevida da norma fundamental.

⁴²⁰ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 76.

⁴²¹ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 9ª ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 2016. ISBN: 978-85-7987-183-2. Contemporâneo de Karl MARX, “LASSALLE deu significativa contribuição à teoria do voto universal e direto como instrumento de conquista do poder e democratização do Estado”. *Idem*, p. 10.

⁴²² *Idem*, p. 08.

⁴²³ A referir-se àqueles que não têm, necessariamente, formação técnico-jurídica, mas que integram a sociedade.

⁴²⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 1997. ISBN: 8588278553, p. 45.

⁴²⁵ Nos termos demonstrados pela construção clássica da *Teoria Pura* de KELSEN. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ISBN: 83-336-0836-5.

⁴²⁶ HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.* p. 13.

⁴²⁷ *Idem*.

O Autor aponta que divergências podem surgir com maior frequência que em outros setores onde a norma em questão é mais detalhada⁴²⁸.

A linha proposta por HÄBERLE não induz a concessão da liberdade ao indivíduo para, julgando por si uma norma como inconstitucional, deixe de cumpri-la ao interpretá-la favoravelmente à sua causa. O Autor não renuncia a legitimidade da Autoridade Judiciária para declarar eventual impropriedade normativa em face à Constituição, entretanto, o que pretende é dizer que o processo de interpretação não deve se restringir ao interior dos Pretórios. Assim, a interpretação constitucional não deve estar restrita a um grupo fechado, mas, já que o poder emana do povo⁴²⁹, a este deve ser reconhecida a legitimidade interpretativa de sua própria *bíblia política*. A difusão do fenômeno interpretativo representa a ampliação democrática e a difusão do interesse político.

A propósito desta expansão de leitores legitimados da norma HÄBERLE elenca fontes interpretativas não técnicas como: a) os grupos os cidadãos, a opinião pública, o ensino escolar difuso, etc; b) a colaboração da sociedade na forma de *amicus curiae* e; c) o Poder Judiciário, detentor da última palavra⁴³⁰.

Renato LESSA partilha o entendimento de que a interpretação da norma não estaria reservada a certa classe, mas, difusa entre os cidadãos que vivem segundo a *carta política*. Este Autor defende que “quanto maior o espectro de intérpretes autorizados, tanto mais largas as possibilidades de interpretação [realização da norma]”⁴³¹. LESSA defende o termo “constitucionalização da vida”, segundo o qual o cidadão passa a “viver conforme a constituição”⁴³².

John RAWLS em *Teoria da Justiça* apontou que “a ideia que define a democracia deliberativa consiste na própria ideia de deliberação. Quando os cidadãos deliberam eles trocam pontos de vistas e debatem as razões relativas a questões políticas públicas e que lhes servem de apoio”⁴³³.

A interpretação elástica relativiza o rigor do Princípio da Segurança Jurídica e coloca em xeque a *previsibilidade* das relações sociais⁴³⁴. O Princípio da Segurança Jurídica não

⁴²⁸ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. ISBN: 84-259-0695-4, p. 36.

⁴²⁹ O respaldo que fundamenta o parágrafo único do artigo 1º da Carta Política brasileira, que diz: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República. Casa Civil. Brasília: Planalto, 1998. [Em linha]. [Consult. 14 de out. de 2019]. Disponível em WWW:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

⁴³⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 1997. ISBN: 8588278553, p. 122.

⁴³¹ LESSA, Renato. *Modos de fazer uma república: demiurgia e invenção institucional na tradição republicana brasileira*. *Análise Social*, Agosto 2012, 204, XLVII (3.º), pp. 508-531. ISSN 2182-2999, p. 525.

⁴³² Idem. p. 527.

⁴³³ RAWLS, John. *Teoria da Justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. ISBN 978-853-36-2388-0, p. 127.

⁴³⁴ Vide item 1.4.

pode sofrer relativizações, pois sua garantia viabiliza aspectos imanentes à dignidade da pessoa humana, como a garantia da existência de condições objetivas de estabilidade social. Faz-se necessário um equilíbrio entre a interpretação atual da norma e a rigidez do sistema, a bem da estabilidade esperada. A propósito de tal, a norma que é fonte de segurança, paradoxalmente, requer segurança própria⁴³⁵.

Quanto à elasticidade hermenêutica do texto e a preservação da segurança da norma Luís Roberto BARROSO leciona que o direito é uma interação que busca conceder segurança às relações políticas (pública) e privadas (particulares). Segundo BARROSO a interpretação da norma maior consiste em um conjunto de particularidades complexas e simultâneas: “o de levar o Direito às relações políticas, disciplinando a partilha e o exercício do poder, bem como impondo o respeito aos direitos da cidadania”⁴³⁶.

Para REALE “a norma jurídica, assim como todos os modelos jurídicos, não pode ser interpretada com abstração dos factos e valores que condicionam o seu advento, nem dos factos e valores supervenientes, assim como da totalidade do ordenamento em que ela se insere”⁴³⁷. Neste propósito, REALE defende o exercício de uma hermenêutica tridimensional “consubstanciando-se nas regras de direito toda a gama de valores, interesses e motivos de que se compõe a vida humana, e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergentes da *praxis social*, mas também na unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente”⁴³⁸.

Fernando CORREIA apresenta um comparativo da dialética de Hans KELSEN e Carl SCHMITT, quando tratam da guarda à constituição. Segundo KELSEN a tarefa de assegurar a adequação das leis com a Constituição “devia ser confiada a um tribunal próprio”⁴³⁹, que a esse tribunal caberia a tarefa de “legislador negativo”, ao declarar a incompatibilidade⁴⁴⁰. Por outro lado, SCHMITT “defendia que o conceito de “justiça constitucional” encerrava em si algo de contraditório”, pois atribui ao um órgão jurisdicional uma “atividade de natureza “política””. SCHMITT aduz que “esse tribunal⁴⁴¹ seria, na realidade, “uma alta instância política”, dado que separar, nessa situação, as questões jurídicas das políticas e

⁴³⁵ Prevenção à distorção casual e subjetiva da *ratio legis*.

⁴³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 978-85-02-22804-7, p. 306.

⁴³⁷ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3, p. 62.

⁴³⁸ Idem, p. 77. Vide item 2.2.

⁴³⁹ Fernando CORREIA aponta que: “a ideia de HANS KELSEN da criação de uma “autônoma justiça constitucional” foi, como é do conhecimento geral, acolhida na Constituição austríaca de 1920, que instituiu um Tribunal Constitucional”. CORREIA, Fernando Alves. *Justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN: 978-972-40-6676-9, p. 99.

⁴⁴⁰ Idem.

⁴⁴¹ Detentor do papel de decidir questões atinentes à interpretação normativa.

acreditar que um assunto jurídico-político podia ser despolitizado seria pura ficção”⁴⁴². Para o próprio CORREIA “esse tribunal, com a missão de decidir todos os litígios de interpretação das leis, seria, na realidade, “uma alta instância política””⁴⁴³.

Amartya SEN defende que o papel do cidadão se alarga até a discussão política. O cidadão por ser parte integrante de uma sociedade democrática pode expressar suas ideias num governo estruturado pelo povo. O indivíduo elevado ao status de cidadão por força constitucional ocupa o papel central na argumentação pública e na “compreensão da justiça”⁴⁴⁴. Assim, “admiti-lo [o cidadão no embate público] conduz-nos a considerar uma particular conexão entre a ideia da justiça e a prática da democracia”⁴⁴⁵. Este Autor aponta que “na filosofia política contemporânea, foi ganhando um apoio alargado, essa visão em que a democracia aparece sobretudo como “governo pela discussão”⁴⁴⁶. Samuel Antônio de OLIVEIRA ao comentar Norberto BOBBIO assinala que a teoria política e direitos humanos destaca três características da cidadania que devem compor a interpretação inclusiva da norma: a) liberdades civis; b) garantias políticas e; c) os direitos humanos⁴⁴⁷.

O governo que decorre da ordem jurídica cogente é fruto do engenho jurídico-político. Trata-se de solução política competente para administrar o poder, cujo intuito é “promover o bem de todos⁴⁴⁸” através da pacificação social, normatização dos factos e a realização de políticas sociais fundamentadas no interesse público. Maria GARCIA aponta que o texto da Constituição Portuguesa (1976) expressa em si o “desejo de realização permanente de um sonho de convivência pacífica e justa da sociedade portuguesa”⁴⁴⁹.

Jorge MIRANDA expõe duas vertentes quando a gestão do poder. A primeira vertente trata da *autocracia* onde “os governantes (certo ou certos indivíduos) governam em nome próprio, por virtude de um direito que a Constituição lhes reserva, sem nenhuma interferência dos restantes cidadãos na sua escolha; ou nos seus actos de governantes”⁴⁵⁰. A segunda vertente apontada pelo Autor trata-se do quadro *democrático*: “os governantes governam em nome do povo, por virtude de uma investidura que a Constituição estabelece

⁴⁴² CORREIA. Op. cit. p. 99-100.

⁴⁴³ Idem, p. 100.

⁴⁴⁴ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012. ISBN 978-972-40-4801-7. p. 428.

⁴⁴⁵ Idem.

⁴⁴⁶ Idem.

⁴⁴⁷ OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach de. *Teoria política e direitos humanos*. Rev. Filos., v. 19, n. 25. [Em linha] p. 361-372, jul./dez. 2007 [Consult. 14 de out. de 2019]. Disponível em WWW: <www2.pucpr.br/reol/index.php/rt?dd99=pdf&dd1=1795>.

⁴⁴⁸ Artigo 3º, IV, da Constituição Federal do Brasil: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República. Casa Civil. Brasília: Planalto, 1998. [Em linha]. [Consult. 14 de jan. de 2019]. Disponível em WWW:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocompilado.htm>.

⁴⁴⁹ GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. *A constituição e a construção da democracia*. In. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Organização: Jorge Miranda. Vol II. Coimbra Editora, 1997. p. 569.

⁴⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. T. VII. Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. ISBN 978-972-32-2274-6. p. 61.

a partir do povo, e o povo tem a possibilidade de manifestar uma vontade jurídica e politicamente eficaz sobre eles e sobre a actividade que conduzem”⁴⁵¹.

A clássica rigidez dogmática que tradicionalmente cercou a teoria do Estado não mais coaduna com o necessário diálogo plural do direito contemporâneo e as ciências sociais que deve conectar com as necessidades do próprio povo, legítimo detentor do poder democrático. A apuração jurídica do facto social é dinâmica, pois, ao mesmo tempo que conserva sua base principiológica, fundamentada na dignidade do ser humano, deve dar conta de acompanhar o fluxo da dinâmica social [*intramurus*] e da globalização [*extramuros*].

⁴⁵¹ Idem.

CONCLUSÃO

A teleologia do direito como ciência social é de assegurar a paz da comunidade, *latu sensu*, através da garantia de direitos e da imposição de obrigações recíprocas. A norma cumpre a função de estabelecer limites às interações sociais, sejam elas entre indivíduos, uns para com os outros, ou entre indivíduos e o Estado. Enquanto cumpre a sua função social a norma deve dar conta de estabelecer limites aos atos da vida civil, regular as interações sociais, proteger bens jurídicos *latu sensu*, sem, contudo, engessar o progresso social por meio do excesso restritivo da norma.

Em dinâmica com a progressão social o direito caminha sempre no encalço da marcha civil, pois não pode – nem deve - antecipá-la. O direito, enquanto instrumento de regulamentação social, não é capaz de prever o rumo da evolução social, pois isso deve acompanhar a sua trajetória com proximidade, sempre em posição posterior, porém, não temporalmente distante dos factos sociais.

O direito positivado na norma corresponde ao resultado da expressão dos valores histórico-culturais de uma sociedade. A norma ocupa a posição derradeira e aparece como consequência da apuração social do facto valorado perante a posição daquela determinada sociedade. A ordem da norma como resultado derradeiro da apuração valorada do facto deve ser, necessariamente, observada. A hipotética inversão cronológica de tal elemento resulta em antecipação da norma ao facto social. Tal inversão indica que a norma deixa de amparar o desenvolvimento social e passa a *ditar* o seu caminho. A consequência desta inversão é historicamente desastrosa, a exemplo das ditaduras que são a imposição coercitiva da norma sobre o comportamento da sociedade.

A comunicação das ciências sociais objetiva estabelecer proximidade prática entre a norma positivada e a sociedade. Esta tendência de proximidade das ciências sociais (a sociologia, a filosofia jurídica e o direito) deve estar amparada por técnicas práticas e

pontuais, empenhadas na solução concreta de questões sociais emergentes que colocam em causa a estabilidade da sociedade. A retórica-dogmática atinente à produção normativa clássica não soluciona, de forma eficiente, as questões emergentes que acometem a estabilidade da sociedade. Os factos sociais são cada vez mais recorrentes, tendo em vista a celeridade do movimento da globalização mundial impulsionada, especialmente, pelos avanços tecnológicos. Assim, a sedimentada retórica tradicional como método de produção normativa não assegura a celeridade como primazia da tarefa normativa dos factos emergentes. A norma puramente retórica e principiológica é construída *de cima para baixo* e não tem sua origem analítica nas questões sociais de base que pretendem tutelar. Diante disso, é necessário que a missão de aproximação da norma à sociedade implique em verificar (caso já existentes) ou desenvolver (caso inexistentes) meios de atingir a solução prática do facto social pontual de maneira célere e eficaz. Nestes termos, são necessários apontamentos práticos capazes de dirimir o *hiato temporal*, isto é: o espaço de tempo entre o surgimento do facto social agudo, carecedor de tutela jurídica, e a efetiva vigência da norma que o regulamenta e garante a estabilidade do sistema social constituído.

O editor da norma que estabelece limites aos factos sociais não deve operar de forma isolada, mas, em correspondência aos pares sociológicos e filosóficos, sem prejuízo de outros⁴⁵². A correspondência e a integração do conhecimento das ciências sociais guardam o intuito de aproximar as interações jurídico-sociais e pacificar o comportamento dos indivíduos em sociedade. O cidadão que é conhecedor e intérprete da norma que tutela determinado facto social a sua volta é capaz de estabelecer, em tese, negócios jurídicos socialmente seguros, sob a perspectiva da segurança jurídica, e estabilizados, pois pautado pelo conhecimento dos princípios gerais do direito. Este cidadão interage perante a sociedade ciente de seus direitos e obrigações, pois posicionado como *intérprete* da norma em vigência. Tal entendimento a nível individual ecoa a nível local, regional, nacional e transnacional, pois consolida a estabilidade da sociedade em seus diversos níveis.

A relação de integração do conhecimento entre as diversas áreas das ciências sociais constitui nada mais que uma tentativa de *antever* o caminho da evolução da sociedade, contudo, respeitando-a. A tarefa de amenizar os impactos dos factos sociais na estabilidade de um sistema social inclui o pacto social interno, a falar do povo como nação e o tratado *extramuros*, onde o âmbito é mais complexo diante da evidente disparidade culturais e o

⁴⁵² A psicologia como ciência social quando, por exemplo, o intuito é regular o comportamento de determinada classe social para prevenir condutas tipicamente criminosas.

natural desencontro dos valores sociais atribuído aos factos sociais nas diferentes sociedades paralelas. A conquista progressiva da pacificação normativa no âmbito internacional corresponde à globalização político-jurídica da pós-modernidade, sempre pautada pela garantia dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana. Os tratados e convenções internacionais expressam, em si, valores únicos encontrados em sociedades divergentes para regular determinado tema. O sincronismo desses valores no campo internacional expressa um inegável avanço para a humanidade, em termos da perspectiva *macro*. Factos sociais que acometem a comunidade internacional desafiam tratadistas na tarefa de suavizar pontos de desencontro dos valores culturais.

A norma jurídica decorrente da apuração valorada de determinado facto social cumpre a tarefa de garantir a estabilidade da sociedade na acepção do Estado Democrático de Direito. Nesses termos é a perspectiva da função social da norma e seu papel de tutelar os factos sociais no âmbito do sistema social, tendo em vista a constante mutação social impelida pelo surgimento de novos acontecimentos relevantes na comunidade.

No contexto interno, a interação do Estado com a coletividade de indivíduos que formam uma sociedade, e desta entre si, motiva a produção normativa. A norma que desta relação decore deve refletir os valores históricos e culturais daquela comunidade. No contexto do Estado Democrático de Direito a *democracia* é o fenómeno representativo da vontade popular que deve ser refletida tanto na norma positivada como nos actos de gestão do poder.

A segurança das relações sociais e a previsibilidade de calcular, tanto quanto possível, os impactos dos factos sociais na própria vida motivaram o indivíduo à coesão actual que resultou no Estado como ente soberano. Nessa construção, o *status* de cidadão surge como qualidade resultante da elevação da pessoa individual a um sujeito de direitos e obrigações sociais perante a coletividade.

Assim, há correlação teórica entre o texto da norma positivada que surgiu como reflexo dos valores histórico-culturais de um povo e seu papel fundamental como agente estabilizador social. Diante disso, a norma *ideal* decorre da ponderação do facto social valorado, pois expressa os valores éticos e morais da sociedade com a qual interage.

A confirmação da hipótese inaugural indica que as mutações dos valores sociais e culturais provocam a adequação normativa, afim de manter-se atual à evolução da sociedade. A constituição, como texto de regência, é a expressão positivada dos valores culturais que formam o pacto de convívio social.

Os factos sociais novos que representam ameaças à estabilidade de uma sociedade suscitam normas que delimitam a permissibilidade de sua interação com a sociedade. Tal diploma normativo deve regradar, sem *restringir*, o facto moral e socialmente aceito [facto social benéfico] e, *reprimi-lo* quando de todo inaceitável [facto social lesivo].

A hipertrofia normativa sinaliza duas possíveis vertentes, diametralmente opostas: a) possível descompasso entre o Positivador e a Sociedade, quando, neste caso, produz a norma alheia à observação dos valores sociais ou; b) indicativo de uma sociedade em intensa evolução.

As mutações socioculturais de um povo motivam a atualização da norma vigente, haja vista que deve corresponder à atualidade dos factos sociais. Assim, o nascimento ou a adequação do sistema positivado é provocado pelo aprimoramento da norma que reage à evolução dos valores culturais de uma sociedade. Diante do facto social benéfico a norma se molda para estabelecer limites permitidos e razoáveis para o seu exercício de modo a possibilitar a sua progressão, a manutenção ou permanência, sem aniquilá-lo da sociedade. De outro lado, o facto social *agudo*, lesivo ou incompatível com o interesse do bem comum que vai de encontro à preservação da paz e a estabilidade social provoca o nascedouro ou a atualização da a norma para aniquilá-lo da sociedade de modo a reprimir a sua conduta.

A construção do universo jurídico representa a dramaturgia do homem enquanto ser sociável em busca de estabilidade do sistema social. A estabilidade a nível singular correspondente à *segurança e previsibilidade* das relações jurídicas e à manutenção das condições objetivas que possibilitam qualidade de vida por condições de *felicidade* objetiva como um sistema de preservação e recuperação da saúde, estabilidade econômica, acesso à educação, transporte, lazer, etc.

A propósito disso, a pessoa humana ocupa o espaço central na tutela protetiva do Estado. Os direitos fundamentais estão aliados à ideia da dignidade da pessoa e de contenção do poder Estatal. A proteção do homem é a proteção do Estado em si, pelo que a tutela da pessoa humana é o motivo de ser do próprio Estado. Assim, a propósito da própria existência face a ameaças externas o homem sacrifica a liberdade plena e amplo domínio em busca de segurança, previsibilidade de condições de vida: *estabilidade* de condições de *felicidade* objetiva, conforme acima.

O direito como instrumento de preservação de tais condições de *felicidade* social objetiva deve acompanhar a dinâmica da evolução social no que diz à qualificação valorada dos factos sociais. Assim, o direito tem a função de estabelecer limites à sequência dos

acontecimentos, pois não pode antecipá-los ou predizer o destino da evolução de tais valores. Ainda na ideia de que a estabilização social corresponde a proporcionar segurança jurídica capaz de garantir a estabilidade pretendida pelos integrantes da sociedade é necessário que se estabeleça um diálogo construtivo de tal análise entre os diferentes ramos do sistema jurídico e entre as diversas áreas do conhecimento das ciências sociais. A construção de um sistema normativo puramente teórico e incomunicável com outras áreas do conhecimento social não alcança soluções efetivamente práticas para as questões sociais emergentes. A superação da ideia dogmática da separação do direito em ramos autônomos pela dialética das fontes indica a necessidade de combinar conhecimentos. A propósito do diálogo contemporâneo a Teoria Tridimensional do Direito de REALE propõe uma conversa de sistemas abertos com outros campos da ciência social. Esta solução é necessária para acudir os anseios palpitantes de uma sociedade em constante evolução de valores. O sistema normativo deve guardar uma necessária correspondência entre o *facto*; o *valor* a ele atribuído pela sociedade atual, sob pena de cair em *desuso*.

Neste sentido, a produção normativa que corresponde à leitura mais atual do *facto* social passa pela análise sociológica e pela teleológico-axiológica. A vertente sociológica estabelece comunicação entre o indivíduo, a sociedade e o direito. Neste campo cabe analisar a aplicabilidade prática das leis em vigor e apurar sua regência prático-funcional. A análise teleológico-axiológica corresponde ao valor atribuído aos acontecimentos sociais e a ponderação de sua importância, tendo os valores culturais como parâmetro. A norma que resulta desta depuração corresponde a um diploma regulamentador que reflete a diversidade dos valores na edição de uma norma que tutele e reflita as verdades sociais de um determinado povo. Assim, onde dispares os valores, díspares também as normas, pois não refletem as verdades daquele povo, conforme o conceito *culturalista* de Constituição.

É importante que haja uma sincronização dos valores sócias, tanto em âmbito nacional (interno), como no âmbito internacional (política externa) com fins de fortalecer a segurança jurídica, que representa o epílogo da estabilidade do sistema social nesses diversos níveis. O princípio da segurança jurídica remete a todo o índice principiológico das relações jurídicas de modo que sua ausência compromete a estabilidade social e, por vias reflexas, a ordem do Estado. Neste sentido, a segurança jurídica está posta como um dos princípios regentes do sistema, pois garantidor da ordem.

A relação entre regras e princípios no momento da aplicabilidade da norma guarda relação com a segurança jurídica. Um sistema julgador que é puramente normativo e

legalista é abstraído das peculiaridades do caso concreto, porém, acode em grau máximo a segurança jurídica em sacrifício da tutela de todas as possibilidades jurídicas dos casos que enfrentarão. Este sistema puramente teórico-normativo não concede elasticidade para o órgão julgador interagir com os valores sociais do caso em questão. Este sistema fechado à maleabilidade principiológica torna o direito uma ciência puramente objetiva técnica e fria. Ora bem, se por um lado se possibilita previsão dos julgados e, assim, privilegia a segurança jurídica, por outro, um sistema puramente principiológico é inevitavelmente ameaçador à segurança previsível da justiça, haja vista que concede total liberdade à subjetividade causal do julgador. Portanto, é necessário um equilíbrio entre os extremos.

A aproximação da norma ao caso concreto indica que a *hard law* estabelece o *limite áspero* à flexibilidade dos factos sociais na concepção de que *one size fits all*, ou seja, há uniformidade regulamentar, sem a cautela de avaliação das peculiaridades do caso concreto. Conforme a *hard law* não há flexibilização da norma ou adaptação às particularidades do facto social em análise. Por outro lado, o instrumento com características de *soft law* como método de desenvolvimento do sistema regulamentador possibilita o *refinamento do limite*, ou seja, maior aproximação ao facto social tutelado. Assim, o texto vigente deve deter características de maleabilidade que possibilitam sua aproximação às pontualidades do facto social, enquanto guarda fidelidade rígida em sua essência. É necessário um diálogo sistêmico para a produção da norma com as evoluções dos valores sociais que surgem impulsionados pelas novos factos sociais, em busca do sincronismo jurídico-social.

As mutações normativas guardam direta correlação à evolução dos valores culturais de uma sociedade no contexto de um Estado Democrático de Direito. Assim, a edição regulamentadora surge como produto da apuração da relação fático-valorativa. A dinâmica entre facto, valor e norma está intrinsecamente ligada, pois presente nos diversos níveis da vida jurídica do cidadão. É possível perceber a correspondência entre o *facto* verificado; o *valor* a ele atribuído e a *norma* regulamentadora que resulta dessa análise.

Ante o exposto, faz-se necessário um desenvolvimento de métodos que promovam a aproximação célere e eficaz entre a norma e a sociedade, com fins de cumprir a maior aplicabilidade prática ao texto positivado. Neste sentido caminha o desenvolvimento de soluções práticas para dirimir o *hiato*, isto é: o espaço temporal entre o surgimento do facto social agudo [carecedor de tutela] e a efetiva vigência da norma que o regulamenta. Para tanto, são necessários mecanismos [procedimentos] para a célere apuração valorativa dos

factos noviços para que a norma regulamentadora preencha a lacuna jurídica e garanta a preservação da estabilidade social.

A estabilidade político-constitucional da sociedade está atrelada ao encurtamento do hiato temporal existente entre o nascedouro do facto social agudo (agente desestabilizador), e o surgimento da norma regulamentadora que surge como resultado histórico-valorativo da análise tridimensional do facto social provocante (agente estabilizador). O hiato temporal entre um e outro corresponde a um período de *anarquia*, ora ameaçadora da segurança e da estabilidade social, que coloca em xeque todo o sistema de convívio. A vigência da norma atrelada ao facto provocante possibilita a preservação dos fatores estabilizantes da sociedade representativos de condições *objetivas* de felicidade fundadas em segurança e previsibilidade dos elementos sociais fundamentais.

No ensejo deste encerramento, rogamos escusas poéticas para citar o pensamento jurídico-prospectivo de Alex KALINSKIBAYER que reverbera para além de nosso tempo: “[...] chegar-se-á ao momento em que a própria Jurisdição Estatal será suprimida, e caberá ao Estado apenas a função de *imperium*, de efeito aplicador da solução que os particulares encontram”⁴⁵³.

⁴⁵³ KALINSKIBAYER, Alex. *Arbitragem e jurisdição*. Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem. São Paulo, Ano 6, n.19, p.296-312, jan./mar. 2003.. apud. TAVARES, Thiago Nóbrega. *A arbitragem como método de solução pacífica de controvérsias na Carta da ONU e na Corte Internacional de Justiça*. Âmbito Jurídico. [Consult. 23 de jan. de 2019]. Disponível em WWW:< <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-144/a-arbitragem-como-metodo-de-solucao-pacifica-de-controversias-na-carta-da-onu-e-na-corte-internacional-de-justica/>>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABOUT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. *Hard and Soft Law*. p. 422. Cambridge University. [Em linha]. 09 jul. 2003. [Consult. 12 Set. 2018]. Disponível em WWW: <<https://www.cambridge.org/core/journals/international-organization/article/hard-and-soft-law-in-international-governance/EC8091A89687FDF7FC9027D1717538BF>>.

ADOLFO, Luiz G. Silva. *Globalização e estado contemporâneo*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001. ISBN 85-88264-05-6.

ANDRÉ, José Gomes. *Os contributos de James Madison para o constitucionalismo moderno*. Direito & Política/Law & politics. Lourdes. Ed. n° 4. julho – outubro 2013.

ARISTÓTELES. *A política*. [Em linha]. [Consult 01 de dezembro de 2018]. Disponível em WWW: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 978-85-02-22804-7.

BAUMAN, Zygmunt. *A liberdade*. Trad. M. F. Gonçalves de Azevedo. Lisboa: Editorial Estampa, 1989. ISBN: 972-33-0811-8.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização e as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. ISBN: 978-85-7110-495-2.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010. ISBN: 978-85-378-0272-4.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4ª ed. Trad. João Ferreira. Rev. Gilson Cesar Cardoso. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. ISBN: 85-230-0262-6.

BOBBIO, Norberto. *L'età dei Diritti. A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2004. ISBN: 85-352-1561-1.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. ISBN: 85-274-0328-5.

BOBBIO, Norberto. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. Milão: Editora Brasiliense, 1979. ISBN: 85-11-12036-X.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. Milão: Editora Brasiliense, 1979. ISBN: 85-11-12036-X.

BOLZAN, José Luís de Moraes. *Crises do Estado e da constituição e a transformação espacial-temporal dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. ISBN: 9788573487695.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. ISBN: 85-7420-023-9.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018. ISBN: 978-853-92-040-21

BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN: 9788502060937.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República. Casa Civil. Brasília: Planalto, 1998. [Em linha]. [Consult. 14 de out. de 2019]. Disponível em WWW:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. *Decreto n° 1.901, de 09 de maio de 1996*. Presidência da República. Casa Civil, 1996. [Em linha] 09 de maio de 1996. [Consult 12 de out. de 2019]. Disponível em WWW: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1901.htm>.

BRITO, Wladimir. *Direito internacional público*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN: 9789723222333.

CAMPOS, André Santos. *A sobrevivência do conceito de soberania no mundo global*. In. Themis Revista de Direito. XV. 26/27. Coimbra: Edições Almedina, 2015. DL. 149844/00.

CAMPOS, Carla. *O princípio da boa fé objetiva – Teorias e Princípios*. Âmbito Jurídico. [Em linha] p. 01 [Consult. 15 de jan. de 2018] Disponível em WWW: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15478>.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luís Mota de; PEREIRA, António Pinto. *Manual de direito europeu*. 7ª ed. Coimbra: Comibra Editora, 2014. ISBN: 978-972-32-2209-8.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN: 9724021068.

CURY, Augusto. *O código da inteligência*. Rio de Janeiro: Editora Sextante, 2010. ISBN: 978-85-431-0175-0.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. Dept. Legal: 17448/02.

BONAVIDES, Paulo. *Sobre os fundamentos éticos e morais do Estado social*. Nova Cidadania. Lisboa. a.8n.31. Jan.-Mar. 2007.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. 23 de maio de 1969. Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003 [Em linha]. [Consult. 26 de agosto de 2019]. Disponível em WWW: <<https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2016/07/portugal-declaracao-sobre-a-cv-69.pdf>>.

CORREIA, Fernando Alves. *Justiça constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN: 978-972-40-6676-9.

CORREIA, Fernando Alves. *Justiça constitucional*. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2016. ISBN: 978-972-40-6676-9.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. *As mudanças sociais da família e o direito*. In. LEMOS FILHO, Arnaldo, et al. *Sociologia geral e do direito*. 4ª ed. Campinas: Alínea Editora, 2009. ISBN: 978-85-7516-342-9.

CUNHA, J. Silva. *Direito internacional público*. Lisboa: Centro do Livro Brasileiro, 1981.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. ISBN: 978-85-02-63861-7.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. [Em linha] 1789 [Consult. 21 de nov. de 2018]. Disponível em WWW: <https://www.senat.fr/lnq/pt/declaration_droits_homme.html>.

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. [em linha], 2008-2013, [consultado em 26 de março de 2019]. Disponível em WWW: <<https://dicionario.priberam.org/gnose>>.

DIP. Ricardo. *Registros sobre registros*. Artigo 4º. [Em linha]. 14 de junho de 2016 [Consult. 25 de dez. 2018]. Disponível em WWW: <<http://iregistradores.org.br/ricardo-dip-registros-sobre-registros-4/>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*. [Em linha] 1776 [Consult 21 de jan. de 2019]. Disponível em WWW: <http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vorig.html>.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Vol. VI. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN: 978-85-224-9511-5.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN: 85-224-3484-0.

FERREIRA, Fabiana Falcoski. *Organizações Internacionais*. [Em linha]. p. 01. [Consult 12 de outubro de 2019]. Disponível em WWW: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1668>>.

FERREIRA, Fernando Guimarães. *A dialética hegeliana: uma tentativa de compreensão*. In. Rev. Estudos Legislativos, ano 7, n. 7, Porto Alegre, 2013.

FRANÇA. *Declaração de direitos do homem e do cidadão*. [Em linha] 1789 [Consult 21 de jan. de 2019]. Disponível em WWW: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>.

GARCIA, Maria da Gloria Ferreira Pinto Dias. *A constituição e a construção da democracia*. In. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Organização: Jorge Miranda. Vol. II. Coimbra Editora, 1997.

GARCÍA, Ricardo Alonso. *El soft law comunitario*. Revista de Administración Pública. Nº 154. Universidad Complutense. [Em linha] Enero-abril 2001 [Consult. 25 de agosto de 2019]. Disponível em WWW: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17520.pdf>>.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. ISBN: 978-85-224-5142-5.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Direito de família*. Vol. VI. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. ISBN: 198.832.008-001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 1997. ISBN: 8588278553.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. ISBN: 972-771-201-0.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Ciência da lógica: 2. A doutrina da lógica. Wissenschaft der logik: 2 Die Lehre vom wesen*. Trad. Christian G. iberr e Frederico Orsini. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2017. ISBN: 978-326-5699-5.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. Parte II. Petrópolis: Vozes, 1998.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. ISBN: 84-259-0695-4.

HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. In: Benda e outros, Manual de derecho constitucional, Madrid: Marcial Pons, 1996. ISBN: 9788472488526.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Beatriz Nizza da Silva. [Em linha]. [Consult. 23 de set. de 2019]. Disponível em WWW: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>.

HONNETH, Axel. *Kampf um Anerkennung. Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. ISBN: 85-7326-281-8.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 2ª ed. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000. ISBN: 85-7232-424-0.

INNERARITY, Carmen e INNERARITY Daniel. *La transformación de la política para gobernar una sociedad compleja*. Revista de Estudios Políticos. Madrid. n° 106. Octubre-Diciembre 1999.

JEFFERSON, Thomas. *Virginia Bill of Rights*. [Em linha]. 1776. [Consult. 14 de maio de 2019]. Disponível em WWW:< <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>>.

KELSEN, Hans. *Der Begriff des Staates e the Sozial psychologie*. Com o Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse. *Imago*, Viena, c. VIII n. 2, p. 101, 1922. Tradução: o conceito de Estado e psicologia social. Incluindo, em particular, um exame da teoria freudiana das multidões. *Incidência* 3, Paris, p. 157-199, p. 97 [trad. p. 160], 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. ISBN: 83-336-0836-5.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985. ISBN: 9788473983648.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 9ª ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 2016. ISBN: 978-85-7987-183-2.

LEMOS FILHO, Arnaldo, et.al. *Sociologia geral do direito*. 4ª ed. Campinas: Alínea, 2009. ISBN: 978-85-7516-342-9.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN: 97885-472-1751-8.

LEONTIEV. Aleixei Nikolaevich. *O homem e a cultura*. In. *O papel da cultura nas ciências sociais*. Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980.

LESSA, Renato. *Modos de fazer uma república: demiurgia e invenção institucional na tradição republicana brasileira*. *Análise Social*, Agosto 2012, 204, XLVII (3.º), pp. 508-531. ISSN 2182-2999.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. ISBN: 978-85-24-6303-9.

MASCARENHAS, Orlando Jorge. *Investigação Criminal. Revista Semestral de Investigação Criminal, Ciências Criminais e Forenses*. Fevereiro, 2011, vol. pp. 14-5. ISSN 1647-9300.

MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Conceito, 2011. ISBN: 978-85-787-423-93.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 978-85-02-62274-6.

MERCOSUR. *Tratado para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai*. [Em linha]. 26 de março de 1991. [Consult 12 de out. de 2018]. Disponível em WWW:< http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2486/1/tratado-de-assuncao_pt.pdf>.

MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6870-1.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 1ª ed. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN: 978-972-32-2271-5.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 1ª ed. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN: 978-972-32-2271-5.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. T. VII. Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. ISBN 978-972-32-2274-6.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. T. VII. Estrutura constitucional da democracia. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. ISBN 978-972-32-2274-6.

MONTEIRO, Patrícia Ferreira de Almeida. *A aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes às relações de consumo*. Artigo Científico, Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018. ISBN: 978-85-970-1621-5.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. ISBN: 978-85-970-0569-1.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [Em linha] 1949. [Consult em 15 de maio de 2019]. Disponível em WWW:< <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>.

NAÇÕES UNIDAS. *Direitos humanos e eleições*. Guia das eleições: aspectos jurídicos, técnicos e relativos aos direitos humanos. Nações Unidas, 2002. ISBN: 92-1-254114-3.

NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos*. [Em linha] 1966 [Consult em 15 de maio de 2019]. Disponível em WWW:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>.

NEVES, Miguel Santos. *Introdução ao direito*. Coord. Pedro Trovão do Rosário; Anja Bothe; António Carlos do Santos, et. al. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6474-1.

NEVES, Miguel Santos. *Introdução ao direito*. Coord. Pedro Trovão do Rosário; Anja Bothe; António Carlos do Santos, et. al. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6474-1.

NEVES, Miguel Santos. *Introdução ao direito*. Coord. Pedro Trovão do Rosário; Anja Bothe; António Carlos do Santos, et. al. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN: 978-972-40-6474-1.

OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach de. *Teoria política e direitos humanos*. Rev. Filos. v. 19, n. 25. [Em linha] p. 361-372, jul./dez. 2007 [Consult. 21 de jan. de 2019]. Disponível em WWW: <www2.pucpr.br/reol/index.php/rrf?dd99=pdf&dd1=1795>.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. [Em linha] 1948 [Consult 21 de jan. de 2019]. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2016. ISBN: 978-85-309-6820-5.

PETERKE, Sven, et. al. *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

PINTO, Maria da Glória Ferreira. *Princípio da igualdade fórmula vazia ou fórmula <<carregada>> de sentido?* In. Boletim do Ministério da Justiça. N° 358. Julho, 1986.

PINTO, Paulo Mota. *Estudos em memória do conselheiro Luís Nunes de Almeida. Nota sobre o “imperativo de tolerância” e seus limites.* Coimbra: Editora Coimbra, 2007. ISBN: 978-972-32-1480-2.

PLATÃO. *A República*. Livros VI e VII. [Em linha]. [Consult. 26 de março de 2018]. Disponível em WWW:<http://www.eniopadilha.com.br/documentos/Platao_A_Republica.pdf>.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional. Lisboa: Assembleia da República, 1974 [Em linha]. [Consult. 10 de set. de 2019]. Disponível em WWW:<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>.

PRONTO, Arnold N. *Understanding the hard/soft distinction in international law*. Vol. 48. n.º 4. Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2015.

RACHID, Rodolfo José Rocha. *A invenção platônica da dialética*. Tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

RAWLS, John. *Teoria da Justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. ISBN 978-853-36-2388-0.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. ISBN: 978-85-02-01405-3.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN: 978-85-02-12668-8.

RODRIGUES, Luís Barbosa. *Soft law*. Revista Negócios Estrangeiros. N° 19. Lisboa: Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2011. ISSN: 1645-1244.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Rolando Roque da Silva. [Em linha]. 1762. [Consult 16 de out de 2018]. Disponível em WWW:<ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>.

SCKELL, Soraya Nour. *Humanitarian law: the controversial historical construction of a universal moral*. JANUS.NET, e-journal of International Relations. Vol. 3, n.º1. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2012. ISSN: 1647-7251.

SCKELL, Soraya Nour. *Lei e Democracia em Hans Kelsen. Crítica de Personalização do Estados de Kelsen*. [Em linha]. Abril, 2015. [Consult. 23 de jan. de 2020]. Disponível em WWW:<scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732015000100057&script=sci_arttext>. ISSN: 1980-539X.

SCKELL, Soraya Nour. *O Cosmopolitismo de Kant: direito, política e natureza*. In. Estudos Kantianos, Marília, v 5. N. 1, p. 199-214, jan./jun. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2017.

SCKELL, Soraya Nour. *Os Juristas e o Direito em Bourdieu. A conflituosa construção histórica da racionalidade jurídica*. Tempo Social. V. 28, n.1. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012. ISBN 978-972-40-4801-7.

SHAFFER, Gregory C.; POLLACK, Mark A. *Hard vs. Soft law:alternativos, complemtns and antagonists in international governance*. Reserach paper n° 09-23. Mineápolis: University of Minnesota Law School, 2010.

SHAFFER, Gregory C.; POLLACK, Mark A. *Hard and soft law: what have we learned?*. Legal Studies Research Paper Series. N° 12-17. Minnesota: University of Minnesota, 2012.

SHELTON, Dinah L. *Soft law*. Public law and legal theory working paper. N. 322. Washington DC: The Gerge Washington University Law School, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018. ISBN: 978-85-39-2039-94.

SOUZA, Vitor Luiz Orsi de. *A ação de incumprimento e seus efeitos*. [Em linha]. Set. 2007 [Consult 13 de out de 2019]. Disponível em WWW:<<https://jus.com.br/artigos/10442/a-acao-de-incumprimento-e-seus-efeitos>>.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 978-85-309-7948-5.

TAVARES, Thiago Nóbrega. *A arbitragem como método de solução pacífica de controvérsias na Carta da ONU e na Corte Internacional de Justiça*. Âmbito Jurídico.

[Consult. 23 de jan. de 2019]. Disponível em WWW:<
<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-144/a-arbitragem-como-metodo-de-solucao-pacifica-de-controversias-na-carta-da-onu-e-na-corte-internacional-de-justica/>>.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 24. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017. ISBN: 9788539201143.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Consumo de drogas. Reflexões sobre o quadro legal*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN: 978-972-40-6690.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal - fundamentos político-criminais*. Lisboa: Manuel Monteiro Guedes Valente, 2017. ISBN: 978-972-99118-1-1.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *A trilogia liberdade-justiça-segurança: contributos para a reconstrução do conceito de espaço penal europeu*. In: *A Luta contra o terrorismo transnacional. Contributos para uma reflexão*. Coord. Ana Paula Brandão. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN: 978-972-40-4441-5.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN: 978-85-02-13677-9.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. Trad. António Franco; António Francisco de Sousa. Lisboa: Quid Juris, 2010. ISBN: 978-972-724-532-1.