

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

ELDEN BORGES SOUZA

**O ESTADO DE DIREITO NA NOVA TEORIA DA LEI NATURAL: FUNDAMENTOS
E RELEVÂNCIA AVALIATIVA PARA O MODELO DE ESTADO BRASILEIRO**

BELÉM-PA
2023

ELDEN BORGES SOUZA

**O ESTADO DE DIREITO NA NOVA TEORIA DA LEI NATURAL: FUNDAMENTOS
E RELEVÂNCIA AVALIATIVA PARA O MODELO DE ESTADO BRASILEIRO**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, com ênfase em Direitos Humanos, pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA).

Orientador: Prof. Dr. Victor Sales Pinheiro

BELÉM-PA
2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a)
autor(a)

B732e Borges Souza, Elden.
 O ESTADO DE DIREITO NA NOVA TEORIA DA LEI
 NATURAL : FUNDAMENTOS E RELEVÂNCIA AVALIATIVA
 PARA O MODELO DE ESTADO BRASILEIRO / Elden
 Borges Souza. — 2023.
 182 f.

 Orientador(a): Prof. Dr. Victor Sales Pinheiro
 Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Pará,
 Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação
 em Direito, Belém, 2023.

 1. Estado de Direito. 2. Teoria do Direito. 3.
 Constituição de 1988. I. Título.

CDD 340.1

ELDEN BORGES SOUZA

**O ESTADO DE DIREITO NA NOVA TEORIA DA LEI NATURAL: FUNDAMENTOS
E RELEVÂNCIA AVALIATIVA PARA O MODELO DE ESTADO BRASILEIRO**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, com ênfase em Direitos Humanos, pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFGA).

Defesa em: ____/____/____

Conceito: _____

Banca examinadora:

Prof. Dr. Victor Sales Pinheiro

Doutor em Filosofia (UERJ)

Orientador – PPGD

Prof. Dr. Celso Antônio Coelho Vaz

Doutor em *Études Politiques* (EHESS)

Examinador – PPGD

Prof. Dr. Daniel Ortiz Matos

Doutor em Direito (UNISINOS)

Examinador – externo

Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho

Doutor em Sociologia (UFG)

Examinador – externo

Prof. Dr. Sandoval Alves da Silva

Doutor em Direito (UFGA)

Examinador – PPGD

AGRADECIMENTOS

Como diz a frase atribuída a Antonio Machado: “caminhante, não há caminho; o caminho se faz ao caminhar”. Muitas águas passam sob a ponte de um doutorado. Ao olhar para trás, vemos alegrias e desafios (talvez algumas tristezas) que nos acompanharam ao longo do caminho. No entanto, mais importante são as pessoas que estiveram ao nosso lado enquanto o tempo marchava impassível. Pessoas que fizeram possível a estrada do doutorado ser trilhada.

Do Senhor vem toda boa dádiva. Graças ao Senhor, que me trouxe até aqui e me encheu de presentes imerecidos. A Providência não é cega, embora eu possa não compreender o caminho por onde sou guiado. Por isso, quando o caminho estiver escuro, seguirei em frente, confiando Naquele que conhece toda a jornada.

No último ano do doutorado experimentei a alegria do casamento. Bia, meu amor, sem você não haveria confiança para concluir esta pesquisa e nem motivação o suficiente para encarar a reta final da defesa.

Agradeço à minha mãe, ao meu irmão e à Dedé, que me ensinaram o valor da família para o florescimento humano.

Agradeço sinceramente ao Professor Dr. Victor Pinheiro, grande orientador, modelo de dedicação acadêmica e de fortaleza em meio às intempéries.

Aos amigos do Seguros na Verdade, amigos da Verdade e na Verdade, agradeço por me mostrarem que somente por meio da amizade temos com quem compartilhar o encantamento da vida.

Meus sinceros agradecimentos àqueles amigos que, muito tempo antes, estimularam minha vida intelectual, especialmente Daniel, Marcela e Joyce.

Embora a memória nos traia, muitos outros nomes merecem aparecer aqui, pois foram fundamentais ao longo da caminhada.

Ao agradecer a Márcio e Luana, agradeço a todos os meus amigos.

Ao agradecer ao professor Davi Silva, grande incentivador da minha jornada acadêmica, agradeço a todos os meus colegas de docência.

O desafio de agradecer é o risco de esquecer. Todavia, mais do que o nome em uma página, a importância de cada um está naquilo que não tem como ser escrito.

- Mas “glória” não significa “argumento infalível” – Alice protestou.
- Quando eu uso uma palavra – Humpty Dumpty falou, mais uma vez num tom desdenhoso –, ela significa o que eu quero que ela signifique... nem mais nem menos.
- A questão é – Alice falou – se o senhor pode fazer as palavras significarem coisas tão diferentes.
- A questão é – disse Humpty Dumpty – quem é que manda... e isso é tudo.

(Lewis Carroll. Alice através do espelho)

RESUMO

Os modelos de Estado de Direito predominantes na contemporaneidade, seja no contexto alemão, francês, anglo-americano ou brasileiro, possuem particularidades e funcionam como exemplares reais (casos particulares) de um tipo ideal (significado focal) de Estado de Direito. Dessa forma, podem ser avaliados como casos centrais ou casos periféricos a partir da concepção de Estado de Direito apresentada pela Nova Teoria da Lei Natural, à medida em que se aproximem ou se afastem das características de seu significado focal, especialmente a racionalidade presente na legalidade e no devido processo legal e a proteção e promoção dos bens humanos básicos, de forma a possibilitar um ambiente que favoreça o florescimento humano. Por isso, a concepção de Estado de Direito sustentada pela Nova Teoria da Lei Natural apresenta-se como uma relevante possibilidade de avaliação dos principais modelos concretos de Estado de Direito estabelecidos na contemporaneidade, incluindo no Brasil atual. Destarte, a presente tese tem por objetivo analisar de que forma a concepção do Estado de Direito sustentada pela Nova Teoria da Lei Natural, em sua dimensão formal e substancial, possibilita avaliar o modelo de Estado Democrático de Direito estabelecido no Brasil pela atual Constituição Federal (1988). Em primeiro lugar, a pesquisa apresenta os conceitos distintivos da Nova Teoria da Lei Natural que possibilitam a fundamentação de um modelo de Estado de Direito, especialmente no que diz respeito aos bens humanos básicos e à compreensão da comunidade política. Em seguida, são discutidos os pressupostos à caracterização do Estado de Direito, especialmente no que tange ao tipo de autoridade que o define e sua diferença em relação ao Estado de arbítrio, destacando o papel da racionalidade para a autoridade política, o significado de supremacia do direito e o papel do controle sobre as autoridades. Tendo em vista essa caracterização mais geral, torna-se possível apresentar as dimensões formal e substancial que o compõem o Estado de Direito, segundo a Nova Teoria da Lei Natural, situando a legalidade, o devido processo legal e os bens humanos básicos na sua justificação. Por fim, é realizada uma exposição e comparação entre os modelos de Estado de Direito anglo-americano, francês e alemão para, assim, caracterizar o Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição do Brasil de 1988. Dessa forma, será possível avaliar o modelo brasileiro a partir do significado focal de Estado de Direito sustentado pela Nova Teoria da Lei Natural, destacando aproximações e afastamentos no que tange tanto à dimensão formal, quanto à dimensão substancial. A pesquisa terá um caráter bibliográfico a respeito do conceito de Estado de Direito e sua manifestação a partir de casos concretos, tomando como marco teórico John Finnis e adotando como principais métodos de procedimento o comparativo, o tipológico e o monográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Direito. Nova Teoria da Lei Natural. Constituição Federal de 1988. Estado Democrático de Direito. John Finnis.

ABSTRACT

The prevailing rule of law models in contemporary times, whether in the German, French, Anglo-American, or Brazilian context, have particularities and function as real examples (particular cases) of an ideal type (focal meaning) of the rule of law. In this way, they can be evaluated as central cases or peripheral cases based on the conception of the rule of law presented by the New Natural Law Theory, as they approach or move away from the characteristics of their focal meaning, especially the rationality present in legality and due process of law and the protection and promotion of basic human goods, to provide an environment conducive to human flourishing. Therefore, the conception of the rule of law supported by the New Natural Law Theory presents itself as a relevant possibility for evaluating the main concrete models of the rule of law established in contemporary times, including in Brazil today. Thus, this thesis aims to analyze how the conception of the rule of law supported by the New Natural Law Theory, in its formal and substantial dimension, makes it possible to evaluate the model of Democratic Rule of Law established in Brazil by the current Federal Constitution (1988). First, the research presents the distinctive concepts of the New Natural Law Theory that enable the foundation of a model of the rule of law, especially regarding basic human goods and the understanding of the polity. Next, the assumptions for the characterization of the rule of law are discussed, especially with regard to the type of authority that defines it and its difference in relation to the rule of men, highlighting the role of rationality for political authority, the meaning of supremacy of the law and the accountability. In view of this more general characterization, it becomes possible to present the formal and substantial dimensions that make up the rule of law, according to the New Natural Law Theory, placing legality, due process of law and basic human goods in its justification. Finally, an exposition and comparison is made between the Anglo-American, French and German models of the rule of law, in order to characterize the Democratic Rule of Law inaugurated by the Brazilian Constitution of 1988. In this way, it will be possible to evaluate the Brazilian model from the focal meaning of the rule of law supported by the New Natural Law Theory, highlighting similarities and differences regarding both the formal dimension and the substantial dimension. The research will have a bibliographic character regarding the concept of the rule of law and its manifestation from concrete cases, taking John Finnis as a theoretical framework and adopting the comparative, typological and monographic as the main methods of procedure.

KEYWORDS: Rule of Law. New Natural Law Theory. Constitution of Brazil. Democratic Rule of Law. John Finnis.

RÉSUMÉ

Les modèles d'État de droit qui prévalent à l'époque contemporaine, que ce soit dans le contexte allemand, français, anglo-américain ou brésilien, ont des particularités et fonctionnent comme des exemples réels (cas particuliers) d'un type idéal (sens focal) de l'État de droit. De cette manière, ils peuvent être évalués comme des cas centraux ou des cas périphériques basés sur la conception de l'État de droit présentée par la Nouvelle Théorie du Droit Naturel, à mesure qu'ils se rapprochent ou s'éloignent des caractéristiques de leur sens focal, en particulier la rationalité présente dans la légalité, les garanties d'une procédure régulière et la protection et la promotion des biens humains fondamentaux afin de fournir un environnement propice à l'épanouissement humain. Par conséquent, la conception de l'État de droit soutenue par la Nouvelle Théorie du Droit Naturel se présente comme une possibilité pertinente pour évaluer les principaux modèles concrets d'État de droit établis à l'époque contemporaine, y compris au Brésil aujourd'hui. Ainsi, cette thèse vise à analyser comment la conception de l'État de Droit soutenue par la Nouvelle Théorie du Droit Naturel, dans sa dimension formelle et substantielle, permet d'évaluer le modèle d'État de Droit Démocratique établi au Brésil par l'actuel Constitution Fédérale du Brésil (1988). Premièrement, la recherche présente les concepts distinctifs de la Nouvelle Théorie du Droit Naturel qui permettent de fonder un modèle d'État de droit, notamment en ce qui concerne les biens humains fondamentaux et la compréhension de la communauté politique. Ensuite, les hypothèses pour la caractérisation de l'État de droit sont discutées, notamment en ce qui concerne le type d'autorité qui le définit et sa différence par rapport à l'État d'arbitrage, en soulignant le rôle de la rationalité pour l'autorité politique, le sens de la suprématie de la Loi et le rôle du contrôle sur les autorités. Compte tenu de cette caractérisation plus générale, il devient possible de présenter les dimensions formelles et substantielles qui composent l'État de droit, selon la Nouvelle Théorie du Droit Naturel, plaçant la légalité, la procédure régulière et les biens humains fondamentaux dans sa justification. Enfin, un exposé et une comparaison sont faits entre les modèles anglo-américain, français et allemand de l'État de droit, afin de caractériser l'État de Droit Démocratique inauguré par la Constitution Fédérale du Brésil de 1988. De cette manière, il sera possible d'évaluer le modèle brésilien à partir du sens central de l'État de droit soutenu par la Nouvelle Théorie du Droit Naturel, en soulignant les similitudes et les différences concernant à la fois la dimension formelle et la dimension substantielle. La recherche aura un caractère bibliographique concernant le concept de l'État de droit et sa manifestation à partir de cas concrets, en prenant John Finnis comme cadre théorique et en adoptant le comparatif, typologique et monographique comme principales méthodes de procédure.

MOTS CLES: État de Droit. Nouvelle Théorie du Droit Naturel. État de Droit Démocratique. Constitution Fédérale du Brésil. John Finnis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 PRESSUPOSTOS À COMPREENSÃO DO CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO NA NOVA TEORIA DA LEI NATURAL.....	31
1.1. A LEI NATURAL NA TEORIA ANALÍTICA.....	31
1.2. AS DIMENSÕES JURÍDICA E ÉTICA DA LEI NATURAL.....	35
1.2.1. Descrição e avaliação: Direito e Moral.....	35
1.2.2. Caso central e casos periféricos.....	39
1.3. BENS HUMANOS BÁSICOS.....	46
1.3.1. Definindo e contextualizando os bens humanos básicos.....	47
1.3.2. Os requisitos da razoabilidade prática e o desafio lançado pela exigência de autodeterminação e autenticidade.....	53
1.4. COMUNIDADES E BEM COMUM.....	59
1.4.1. A comunidade política e o bem comum político.....	59
1.4.2. As comunidades menores e o princípio da subsidiariedade.....	65
2 A AUTORIDADE DO ESTADO DE DIREITO.....	73
2.1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTORIDADE EM GERAL.....	73
2.2. AUTORIDADE E ESTADO DE DIREITO SEGUNDO RAZ.....	76
2.2.1. Sobre as autoridades.....	76
2.2.2. Sobre o Estado.....	88
2.3. A PROPOSTA DE ESTADO DE DIREITO DE POSTEMA.....	93
3 ESTADO DE DIREITO NA NOVA TEORIA DA LEI NATURAL.....	105
3.1. AUTORIDADE POLÍTICA E LEI NATURAL.....	105
3.2. ESTADO DE DIREITO NA LEI NATURAL.....	109
3.2.1. Dimensão formal: legalidade e processualidade.....	111
3.2.2. Dimensão substancial: finalidade e governo limitado.....	127
4 A NOVA TEORIA DA LEI NATURAL E O MODELO DE ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO.....	135
4.1. MODELOS DE ESTADO DE DIREITO.....	135
4.1.1. O <i>Rechtsstaat</i> alemão.....	136
4.1.2. O <i>État de Droit</i> francês.....	138
4.1.3. A <i>Rule of Law</i> anglo-americana.....	141
4.1.4. O Estado Democrático de Direito na Constituição Brasileira de 1988.....	144
4.2. AVALIANDO O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO DE 1988 A PARTIR DA NOVA TEORIA DA LEI NATURAL.....	155
4.2.1. Legalidade e vinculação do Estado.....	155
4.2.2. Processualidade e atuação das autoridades.....	157
4.2.3. Promoção dos bens humanos básicos e limitação estatal.....	161
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	166
REFERÊNCIAS.....	174

INTRODUÇÃO

A defesa da Constituição não deve ser vista como um ato de fé. Quando aceitamos a verdade de certa proposição de modo dogmático, estamos abdicando da possibilidade de avaliação e, dessa forma, negando a viabilidade do aperfeiçoamento de conceitos, instituições e práticas sociais. Assumir acriticamente um conceito, por mais significativo que seja, acaba por enfraquecê-lo com o passar do tempo.

Aliás, este é um dos argumentos que Stuart Mill utiliza para destacar a necessidade de proteção da liberdade de expressão – o que podemos aplicar com muita tranquilidade à liberdade acadêmica. Quando um conceito é protegido de questionamentos ou críticas, com o passar do tempo acaba por perder o apelo que antes possuía. Além disso, nenhum conceito pode ser aprofundado e melhorado livre de questionamentos. Em tal caso, estaria destinado a um consenso dogmático e pouco colaborativo¹.

Por isso, embora muito já se tenha falado em defesa do Estado de Direito e da Constituição Brasileira de 1988, ainda devemos investigar e avaliar estes conceitos. Não de modo passional, mas de modo racional e fundamentado. Não a partir de práticas isoladas, mas a partir de modelos e teorias. Por meio de uma investigação densa podemos identificar aspectos a serem destacados, aspectos a serem aprimorados e aspectos a serem corrigidos.

Tal contribuição exige, contudo, o encontro entre modelos teóricos e casos concretos. Obviamente, não se trata de um encontro simples. Há sempre um risco metodológico ao buscarmos avaliar casos reais à luz de certas teorias. Sobre isso trataremos ao abordar as questões metodológicas da pesquisa. No entanto, é necessário observar desde agora, modelos concretos somente fazem sentido se compreendidos a partir de um quadro (*frame*) teórico. Caso contrário, a teoria se torna irrelevante e os casos práticos ficam sem padrões avaliativos.

Destarte, é possível situar o Estado de Direito fundado pela Constituição de 1988 dentro de um quadro teórico maior. Nesse escopo, é possível cotejar e avaliar os diversos modelos de Estado de Direito sustentados por diversas vertentes jurídico-políticas e, a partir daí, aprofundar-se em um caso específico. Esse aprofundamento volta-se aos fundamentos, à justificação do Estado Brasileiro.

¹ MILL, John Stuart. **On Liberty**. New Heaven e Londres: Yale University Press, 2003.

Se pudermos apontar a razão final pela qual geralmente se justifica a existência e atuação do Estado, devemos apontar esta: o Estado somente encontra razão de ser na garantia do pleno florescimento humano (ainda que os termos utilizados possam ser outros). Isso, contudo, ainda não nos diz muito sobre como realmente deve configurar-se esta instituição. Muitos outros conceitos políticos, éticos e jurídicos se direcionam ao florescimento humano – especialmente quando se fala em teorias da lei natural. A questão mais premente é, portanto, delimitar o que significa realmente um Estado que promova e garanta o florescimento humano.

Essa questão diz respeito em especial ao que se entende hoje como direitos humanos. Afinal, os direitos humanos não existem fora do tempo ou do espaço. São uma realidade que pressupõe um certo contexto para que possam ser afirmados. E mais, exigem um conjunto de condições para que possam ser efetivamente protegidos. Entre outros aspectos, os direitos humanos, enquanto direitos, pressupõem uma comunidade política². Portanto, se estão relacionados a uma comunidade, uma questão que naturalmente se levanta diz respeito à sua relação com a autoridade estatal, especialmente na tarefa de protegê-los.

Um dos pontos fundamentais na discussão sobre o poder estatal na modernidade – e que afeta diretamente o florescimento humano e a questão dos direitos humanos – diz respeito à sua amplitude. As tentativas de limitar o poder dos governantes ou das instituições políticas são tentativas de impedir que o Estado exerça um poder potencialmente ilimitado. O caminho liberal para essa limitação é a proteção de uma esfera de liberdade individual. Isso inclui, de forma especial, uma proteção contra as exigências da comunidade política (a quem o poder estatal faz referência) e, conseqüentemente, do governo e do direito (enquanto instrumentos da comunidade política)³.

Por outro lado, alguns se levantaram contra a própria existência de uma autoridade estatal como caminho para maior proteção da autonomia individual e, assim, dos direitos humanos. Por essa via, a comunidade política e o indivíduo não precisariam de uma autoridade estatal para possibilitarem a cooperação e evitarem o

² Uma pesquisa sobre essa relação pode ser encontrada em: SOUZA, Elden Borges. **Filosofia dos Direitos Humanos**: uma concepção a partir da lei natural em Tomás de Aquino. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

³ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 63.

conflito. Por essa via, outras autoridades poderiam exercer essas funções e o fariam de uma forma mais compatível com a proteção dos direitos individuais⁴.

Embora distintas, as duas reflexões objetivam enfrentar o dilema de um potencial conflito entre a autonomia individual necessária ao florescimento humano (e garantida pelos direitos humanos) e as exigências impostas pela autoridade estatal. Sem ainda ingressar no mérito da discussão sobre o florescimento humano, o argumento aqui sustentado é de que um dos aspectos da plena realização humana exige que as pessoas tenham um campo de livre escolha e ação, onde poderão tomar decisões livres na busca de um plano racional de vida. Essa discussão se apresenta sob diversos termos; a expressão a ser utilizada no presente contexto vai valer-se da noção de razoabilidade prática⁵.

Mesmo em um contexto de autoridade estatal, a centralidade da garantia da liberdade caracterizou a origem moderna dos direitos humanos e, segundo alguns autores, sem excluir outras funções, continua sendo uma das finalidades centrais desses direitos como entendidos atualmente⁶. Finnis vai ressaltar tal relação em razão da interligação entre os direitos humanos e os bens humanos básicos – dos quais a razoabilidade prática faz parte⁷.

No entanto, o dilema ao qual se chega é que as decisões de uma autoridade – que exerce um poder coercitivo e impõe sua vontade sobre as demais – podem, em diversas ocasiões, frustrar os legítimos objetivos individuais. Nesse caso, como a autoridade estatal pode ser vista como uma condição de possibilidade ao pleno florescimento humano?

Por outro lado, a proteção da pessoa e de seus interesses não pode desconsiderar sua inserção em diversas comunidades. Tal participação de indivíduos em uma comunidade (qualquer que seja ela) pressupõe um nível mínimo de cooperação, necessário à permanência da comunidade, e uma autoridade que

⁴ Diversos pensadores próximos do anarquismo seguem por uma via próxima dessa ideia em maior ou menor medida. Vide: ROTHBARD, Murray. **A ética da Liberdade**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010; HOPPE, Hans-Hermann. **Uma teoria do socialismo e do capitalismo**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2013.

⁵ É a expressão que vai ser escolhida, entre outros autores, por John Finnis, marco teórico da presente pesquisa. Ver: FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. São Leopoldo: UNISINOS, 2007; FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011a.

⁶ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

⁷ FINNIS, 2007, pp. 195 e ss.

suprima conflitos e lesões recíprocas. As mais diversas comunidades enfrentam isso, o que inclui a comunidade política, qual seja, o Estado.

Sendo que o contexto atual aprofunda alguns desafios neste dilema. Primeiro, pois o Estado Contemporâneo é uma comunidade com vínculos superficiais entre seus membros – isto é, seus membros não compartilham vínculos profundos quando comparados a comunidades políticas pré-modernas⁸. Em segundo lugar, como em qualquer comunidade, o Estado será um ambiente de conflitos entre os indivíduos (seja entre interesses legítimos, seja entre interesses legítimos e ilegítimos). No entanto, sem um critério formal de definição da autoridade, dificilmente seria possível a identificação de um caminho para solucionar o conflito. Por outro lado, alguns membros sempre poderão vir a rejeitar a cooperação e, assim, a decisão da autoridade – especialmente, mas não exclusivamente, considerando a superficialidade do vínculo da comunidade política.

Desta forma, por um lado, sem um poder coercitivo há uma grande dificuldade em solucionar adequadamente os conflitos existentes no meio social. Por outro lado, é o exercício desse poder coercitivo que gera grandes problemas para a proteção da pessoa. Assim, investigar a necessidade e as características da autoridade do Estado é um pré-requisito aos debates sobre proteção e concretização de direitos e garantia do florescimento humano. Refletir sobre a finalidade e os requisitos da autoridade estatal é inquirir sobre os limites e os modos de exercício do poder coercitivo do Estado e da Lei.

Por isso, o Estado de Direito é um dos conceitos centrais para a Teoria do Direito e a Teoria Política contemporânea. E mais, é central ao debate público (não apenas teórico) sobre diversos temas. Waldron já afirmou que o Estado de Direito (*Rule of Law*) é uma das estrelas na constelação de ideais que domina nossa moralidade política⁹, pelo que podemos considerá-lo como um dos pilares sobre os quais reside a discussão sobre a vida boa em sociedade.

⁸ Essa afirmação exige uma pesquisa própria sobre a sua extensão e implicações. Não obstante, o que se pretende aqui é apenas destacar que a conjugação entre densidade populacional, extensão territorial (em alguns países) e a complexidade das visões abrangentes de mundo geram um vínculo predominantemente superficial entre as pessoas. Diferente do que pode ocorrer em comunidades políticas pequenas, como pequenas cidades (que, no entanto, não são o Estado). Merece especial destaque o papel da cisão de visões morais, como exposto por MacIntyre. Ver: MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue: a Study in Moral Theory**. 3. ed. Notre Dame: Notre Dame University, Press, 2007.

⁹ WALDRON, Jeremy. The rule of law and the importance of procedure. **Nomos**, New York, Vol. 50, pp. 3-31, 2011.

Assim, que tenhamos tantos exemplos concretos de modelos de Estado de Direito não é de se estranhar. Três modelos em especial são constantemente referenciados neste processo histórico de afirmação do Estado de Direito como um dos ideais de nossa moralidade política. As versões anglo-americana, francesa e alemã possuem, cada uma delas, aspectos peculiares, enfatizando em maior ou menor medida a noção de um Estado regido por leis e do governo do direito sobre o Estado e em face do Estado¹⁰. A questão que resta é, a partir disso, avaliar essas características, ressaltando as mais significativas ao propósito da noção de Estado de Direito, ao seu significado focal.

Estes conceitos podem ser analisados por diferentes enfoques teóricos, haja vista que são temas fundamentais à Teoria Política. Dessa forma, se faz necessário um recorte metodológico que viabilize a pesquisa esposada e que torne relevante a discussão. Afinal, o Estado de Direito pode ser apresentado segundo diversas concepções – incluindo análises sob um prisma que aproxima Política e Economia, como já fez Hayek¹¹. Assim, aqui objetiva-se formular essa interligação a partir do desenho da *Rule of Law* como sustentado pela Nova Teoria da Lei Natural¹², sem obviamente ignorar outras contribuições que dela se aproximem¹³.

Neste aspecto, a pesquisa apresenta inovação no marco teórico brasileiro, o qual ainda não explora toda a diversidade de temas discutidos por autores como John Finnis e Robert P. George. Sob esse prisma, a pesquisa apresenta como ganho teórico a inserção da Nova Teoria da Lei Natural no debate contemporâneo,

¹⁰ ROSENFELD, Michel. Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts. **International Journal of Constitutional Law**, Nova York, v. 2, n. 4, 2004, pp. 633-668.

¹¹ HAYEK, Friedrich A. **The road to serfdom**. Londres: Routledge, 2001. Preocupado com a eficiência econômica possibilitada pela segurança jurídica, a defesa de Hayek do Estado de Direito foi fundamental para a promoção do tema enquanto pauta política imediata. Além disso, algumas características por ele elencadas caminham no mesmo sentido das características apresentadas pela Nova Teoria da Lei Natural. Tal concomitância de fundamentos decorre, como veremos, da preocupação de ambas as teorias com a autonomia da pessoa, embora com significativas diferenças na compreensão deste conceito. Sobre a influência da defesa de Hayek, ver: VIEIRA, Oscar Vilhena. Estado de Direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP: Teoria Geral e Filosofia do Direito**. Tomo I. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/78/edicao-1/estado-de-direito>. Acesso em: 27/01/23.

¹² Em relação a esta perspectiva, o marco teórico fundamental na contemporaneidade não tem como não ser John Finnis. Obviamente, não apenas ele, outros autores da Teoria do Direito em geral e da Teoria da Lei Natural, em particular, abordam esse debate. Duas obras fundamentais merecem destaque: FINNIS, John. **Aquinas: moral, political, and legal theory**. New York: Oxford University Press, 1998; FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

¹³ É o caso de Jeremy Waldron, que muito pode contribuir à defesa do princípio da legalidade no Estado de Direito. Cf. WALDRON, Jeremy. **The rule of law and the measure of property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

especialmente relacionando-a com outras tradições acerca da autoridade estatal, com outros autores que refletem sobre os limites do Estado de Direito e, especialmente e de modo central, aplicando-a ao modelo de Estado de Direito adotado no Brasil pela Constituição de 1988.

A análise da proposta da Nova Teoria da Lei Natural sobre a necessidade e os limites do Estado de Direito se justifica por si só, uma vez que é uma corrente teórica ainda em desenvolvimento – especialmente em língua portuguesa. Não obstante, objetiva-se relacionar essa perspectiva teórica com os principais modelos concretos de Estado de Direito disponíveis. Dessa forma, podemos identificar os aspectos centrais em comum entre esses modelos e que fazem emergir o significado focal do Estado de Direito. Não apenas isso, pretende-se ainda inserir o modelo brasileiro atual (posterior à Constituição de 1988) entre esses modelos avaliados, destacando as suas particularidades em face dos demais.

Por tudo isso, conclui-se que o tema é central à discussão sobre a proteção dos direitos humanos e sua pesquisa coloca-se como um pressuposto teórico às reflexões sobre as exigências desses direitos. Embora teórica, a pesquisa possibilita uma reflexão crítica sobre as condições necessárias à garantia dos direitos humanos, questionando o papel do Estado para a proteção da pessoa humana. Sendo que essa pergunta afeta diretamente os meios possíveis para efetivação de direitos.

Embora não seja uma reflexão sobre a prática política propriamente dita (sobre os meios de efetivação dos direitos, por exemplo), é uma discussão teórica fundamental a essa prática. Como destacou Robles, “não há realização sem fundamentação, como não há prática coletiva eficaz sem ideias elaboradas e coletivamente assumidas”¹⁴. Sem essa reflexão sobre o Estado, seu poder mal exercido (a menor ou a maior do que o devido) conduz à um reiterado contexto de violação de direitos.

A característica central do Estado Moderno é sua capacidade de impor suas decisões sobre todas as vontades, subordinando todos os agentes aos padrões por ele escolhidos¹⁵. A isso foram dados diversos nomes, o mais frequente é o de

¹⁴ ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Barueri: Manoel, 2005, p. 3.

¹⁵ Este argumento se apresenta de diversas formas ao longo da modernidade, mas sempre voltando a esse aspecto fundamental. Assim, seja por um argumento inicial e de caráter político, como apresentado no modelo de Bodin e Hobbes, seja em uma abordagem sociológica e teórica, como a apresentada por Weber, o núcleo do elemento caracterizador (diferenciador) do Estado permanece nessa ideia de autoridade. Cf. BODIN, Jean. **Os Seis Livros sobre a República**: Livro Primeiro. São

soberania ou, em termos weberianos, o “monopólio do uso legítimo da força física”¹⁶. Esse aspecto foi associado à compreensão do Direito atual (especialmente a partir da Modernidade). Isto é, para ser reconhecido enquanto Direito, é necessário que um conjunto de práticas sociais (ao qual chamaremos de “direito”) tenha um grau mínimo de observância em um dado local. Somente assim tal conjunto de práticas sociais poderá ser caracterizado como uma ordem ou um dever.

Despido de autoridade, o “direito” não se diferencia de um conselho. Segundo Hart, o Direito vai ser caracterizado, entre outros atributos, por um “hábito geral de obediência”¹⁷. Como lembra Finnis, muitas vezes esse hábito (também necessário à autoridade em geral) somente será suficientemente alcançado com o recurso à força (incluindo em especial, mas não de forma exclusiva, a força física)¹⁸. Por isso, direito e Estado andam lado a lado. Por um lado, o Estado detém o monopólio do uso da força, enquanto o direito depende (ao menos potencialmente) desse recurso para alcançar significativa observância social. Por outro lado, o Estado vale-se do direito para definir as hipóteses de exercício da força, legitimando sua ação¹⁹.

Como destaca Santiago Nino, existem dois tipos de razões oferecidas pelo direito à sociedade para que ele seja observado²⁰. Em um primeiro plano, o direito oferece razões morais, voltando-se ao convencimento dos fundamentos pelos quais suas ordens devem ser mantidas e seguidas em uma comunidade política, como forma de solucionar conflitos e possibilitar uma cooperação necessária entre os membros dessa sociedade. É sobre esse plano, aliás, que as Teorias da Lei Natural se voltam primariamente. Ao lado destas razões, o direito também oferece razões prudenciais à sociedade, recorrendo à possibilidade de se impor (autoridade) acima das vontades opostas (ou mesmo contra elas) por meio da força estatal (coação).

Paulo: Ícone, 2011; HOBBS, Thomas. **De Cive**: elementos filosóficos a respeito do cidadão. Petrópolis: Vozes, 1993; WEBER, Max. **Economía y Sociedad**: esbozo de sociología comprensiva. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1964.

¹⁶ Também denominado de “monopólio da violência”, sendo a legitimação desse poder um dos temas fundamentais em Weber e para os estudos políticos de forma geral. Weber chega a afirmar que sem o uso da violência o conceito de Estado seria eliminado. Cf. WEBER, Max. A política como vocação. In: WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, pp. 97-153 [especificamente, citação da página 98].

¹⁷ HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pp. 67 e ss.

¹⁸ FINNIS, 2007, p. 243.

¹⁹ No entanto, a forma como dar-se-á tal organização estatal para fins de uso da força é preocupação da Ciência Política, à luz das circunstâncias de cada comunidade política. Cf. FINNIS, 2007, p. 246.

²⁰ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, pp. 3 e ss.

Dessas duas razões, são os fundamentos morais os mais importantes para os servidores públicos (aí incluídos os juízes), pois eles devem cumprir (e fazer cumprir) as normas jurídicas mesmo quando a possibilidade de sanção for remota ou quase inexistente²¹. Para a sociedade em geral, as razões atuam de forma complementar, o que é fundamental para a afirmação efetiva do direito, isto é, do hábito geral de obediência.

Consequentemente, por representar a capacidade de imposição estatal ao oferecer as razões prudenciais, uma inobservância generalizada do “direito” é indicativa da incapacidade do “Estado” de impor sua vontade sobre a sociedade. Aliás, uma inobservância generalizada do “direito” e das ordens do “Estado” torna esses conceitos apenas aparentemente semelhantes ao “Direito propriamente dito” e ao “Estado propriamente dito”. A essas situações anormais John Finnis denomina de “casos periféricos”²².

Com isso, é possível notar que a autoridade do Estado Moderno caminha ao lado da autoridade do Direito. Esse modelo de comunidade humana converteu sua força violenta – decorrente da simples capacidade de subordinar os opositores – em uma força legitimada pela existência de padrões gerais de atuação. Por isso, mesmo em ditaduras e em Estados cujo governo não encontra legitimação democrática, o poder é exercido, ao menos parcialmente, por meio de normas jurídicas²³. Chamaremos isso de um “Estado *por meio do* Direito” ou de um “Estado *com* Direito”, mas não de um Estado *de* Direito”.

Dessa forma, as mais diversas instituições e agentes do Estado precisarão, direta ou indiretamente, agir segundo normas jurídicas. Sendo que, algumas dessas instituições e agentes precisarão aplicar essas normas a terceiros. Ainda que possa existir uma maior ou menor margem de discricionariedade, sobre o exercício das

²¹ Em relação a isso, devemos lembrar que, salvo raras exceções, os juízes não são responsabilizados por suas decisões. Tal situação torna pouco provável uma apuração e punição por decisões fundadas em interpretações anormais do texto legal. Ou seja, as razões prudenciais parecem ser, no aspecto interpretativo, de pouco impacto fático para os magistrados. O denominado “crime de hermenêutica” recebeu severa oposição de ninguém menos que Rui Barbosa. No entanto, como veremos ao final da pesquisa, esse é um ponto que talvez precise ser, em alguma medida, revisto em um Estado de Direito plenamente realizado. Cf. BARBOSA, Rui. *Novum Crimen: o crime de hermenêutica*. In: BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**: Volume XXIII, Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1976, pp. 227-286.

²² FINNIS, 2007, pp. 23 e ss.

²³ Em sua análise da autoridade, Finnis destaca como mesmo essas autoridades inicialmente ilegítimas buscam, geralmente, legitimar seu poder por meio da fixação de normas jurídicas. Cf. FINNIS, 2007, p. 243.

funções estatais incidirá, como regra, o Direito. Por consequência, o processo de aplicação da lei também se torna uma tarefa ínsita à atuação do Estado – especialmente para as funções responsáveis pela manifestação da força do Estado aos indivíduos.

Contudo, tal autoridade do Estado pode ser exercida segundo diferentes concepções, algumas observando maior limitação à sua ação, enquanto outras não. Uma das formas possíveis de definir o modo de ação do Estado configura o que denominamos como Estado de Direito (*Rule of Law*, no modelo anglo-americano). Segundo Waldron, essa ideia de Estado é uma das estrelas na constelação de ideais que domina nossa moralidade política, ao lado da democracia, direitos humanos e liberdade econômica²⁴. Assim, prossegue Waldron, tanto novas democracias como sociedades já consolidadas almejam ser governadas segundo a *Rule of Law*. Por isso, investigar o conceito, características e implicações do Estado de Direito é parte fundamental de qualquer reflexão sobre instituições públicas.

O modelo do Estado de Direito de ação estatal possui diversas características, as quais são passíveis de maior ou menor debate. Uma das características centrais desse modelo de Estado diz respeito à subordinação do exercício do poder coercitivo ao princípio da supremacia ou império do Direito (o qual desdobra-se, inicialmente, em legalidade e devido processo legal). Esse princípio não pode ser, contudo, meramente formal. Caso contrário, poderia resultar na anulação do propósito do Estado de garantia do florescimento humano. Destarte, a dimensão formal não pode afastar sua dimensão substancial.

Assim, segundo um modelo de Estado de Direito, o princípio da supremacia do direito guia e limita a ação do Estado e, por conseguinte, de suas instituições e de seus agentes. Essa legalidade se manifesta tanto formal quanto materialmente. Formalmente, as normas jurídicas são imperativas e não podem ser superadas pela força (ou vontade) do agente investido de poder. Materialmente, tais normas atendem a certos requisitos finalísticos. Não obstante, essa segunda característica tende a ser de conceituação mais difícil. Para avaliá-la é necessário recorrer a autores que destacam a dimensão substancial da *Rule of Law*, como Finnis²⁵.

²⁴ WALDRON, 2011.

²⁵ FINNIS, 2007; FINNIS, 1998. Jeremy Waldron também está preocupado com esta dimensão substancial, porém a partir de outra concepção jurídica. Cf. WALDRON, 2012.

Não obstante sua importância, ao lado da supremacia do direito se destacam diversos outros aspectos significativos à instalação e manutenção de um Estado de Direito. Por exemplo, o Estado de Direito envolve uma certa forma de organização do exercício do poder que dificulte o exercício abusivo daquela violência citada por Weber²⁶ e possibilite a supervisão das autoridades estatais. Por isso, as discussões sobre os arranjos institucionais são tão relevantes para a Ciência Política²⁷.

Por outro lado, embora relevante, não há como analisar o Estado de Direito prioritariamente a partir de uma reflexão sobre um *design* institucional, deixando para um plano secundário o problema da vinculação ao Direito pelos diversos partícipes desse arranjo. Isso exige uma análise, por um lado, sobre o papel da legalidade como instrumento de fixação de padrões objetivos e racionais a guiar a solução de conflitos e o exercício do poder do Estado. Por outro lado, exige a análise da forma de aplicação dessas normas jurídicas por meio de procedimentos imparciais e justos pelos diversos agentes estatais.

Como se vê, o Estado de Direito exige que todos os poderes do Estado sejam limitados, não somente politicamente (pelo arranjo institucional), como também juridicamente (por sua vinculação ao Direito). Por certo, o *design* dessas instituições não é irrelevante. Não obstante, uma vez que todas deverão se submeter a normas jurídicas, uma questão fundamental diz respeito à vinculação que o Direito é capaz de impor. Por sua vez, tal submissão ao direito precisa ser compreendida ao lado do aspecto finalístico que caracteriza do Estado de Direito.

Ao procurar responder à questão sobre a existência de uma finalidade específica que caracterize o Estado, Weber sinalizou uma resposta negativa. “Sociologicamente, o Estado não pode ser definido em termos de seus fins”²⁸. Segundo o sociólogo, o Estado Moderno (e associações políticas que o precederam) já tomou em suas mãos as mais diversas tarefas e, ao mesmo tempo, nunca teve com exclusividade uma tarefa específica. Dessa forma, a caracterização do Estado deve ser realizada a partir dos meios que ele utiliza para agir. Especificamente, a força

²⁶ WEBER, 1982.

²⁷ A limitação do poder estatal envolve controle das instituições, de forma que essa é uma das discussões mais relevantes para uma teoria política normativa sobre o Estado de Direito e sobre a democracia. Cf. MELO, Marcus André. Institutional design, normative political theory and accountability. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. especial, pp. 195-206, 2005.

²⁸ WEBER, 1982, p. 97.

física²⁹. Embora plausível, tal alegação precisaria de uma análise histórica mais acurada que, no entanto, foge ao escopo atual.

Embora não ignore esse meio específico de ação do Estado, na Nova Teoria da Lei Natural encontramos uma justificação substancial para a comunidade política, qual seja, os bens humanos básicos. Aliás, este é um dos pontos centrais da Teoria como exposta por John Finnis. É a partir da definição de bens humanos básicos que a noção de Direito, direitos humanos, autoridade e comunidade política poderão ser descritos e avaliados³⁰.

Aliás, é a partir dos bens humanos básicos que as dimensões formal e substancial do Estado de Direito se interligam. O bem da razoabilidade prática (intrinsecamente relacionado ao que politicamente denominados de garantia da autonomia pessoal) é a razão pela qual a supremacia do direito é indispensável à garantia do florescimento humano. Afinal, ao mesmo tempo em que a autoridade do Estado pode assegurá-lo, pode violá-lo. Em tal situação, o bem da razoabilidade prática é um dos maiores desafios à autoridade estatal e o bem que torna viável a sua justificação apenas por uma via limitada – na forma do Estado de Direito.

Nesse sentido, um dos principais (talvez o principal) desafios à justificação da autoridade em geral nas diversas comunidades diz respeito à liberdade humana na escolha moral. A razoabilidade prática (que envolve autenticidade e liberdade) constitui um bem humano e, assim, é fundamental à plena realização humana. Sendo assim, como resume Finnis: “como qualquer pessoa pode ter a autoridade de exigir que alguém escolha aquilo que sob outras circunstâncias não escolheria”³¹?

Algumas pessoas podem seguir ordens e regras por motivos como (1) as ameaças concomitantes, (2) conformismo acrítico ou (3) carreirismo. Para essas pessoas é pouco relevante a discussão sobre as razões ínsitas à autoridade, pois não a buscam ou não possuem razões próprias e distintas que os motivem. No entanto, excluindo essas hipóteses, a questão posta é como ordens e regras podem “ter para mim a autoridade de uma conclusão totalmente crítica da autêntica razão prática”³²?

²⁹ WEBER, 1982, p. 98.

³⁰ Esse ponto da tese de Finnis toca profundamente questões de filosofia da razão prática, epistemologia e metaética. Nesse sentido, é necessário um recorte metodológico, de forma a focarmos no desenvolvimento dos bens humanos básicos como conceituado por Finnis, sem a necessária regressão às questões sobre o princípio primaríssimo da razão prática.

³¹ FINNIS, 2007, p. 227.

³² FINNIS, 2007, p. 227.

A primeira possibilidade afirma que a autoridade é necessária e justificável por causa da estupidez e da falta de competência dos membros da comunidade, da debilidade de propósito e da falta de dedicação ao grupo, do egoísmo e da malevolência, da tendência de explorar os demais. Isto é, a existência de interesses ilegítimos ou desarrazoados no seio da comunidade que causa um dano significativo ao bem comum ou ao bem de alguém em particular.

No entanto, a pergunta ainda resiste: “em uma comunidade livre desses vícios, seria a autoridade necessária ou justificada”³³? Em outros termos, a necessidade da autoridade somente se justifica em um tipo de comunidade formada por pessoas com essas características? A autoridade depende dessa específica concepção antropológica?

A segunda possibilidade significa, então, que mesmo quando uma comunidade for formada por membros altamente inteligentes e comprometidos, a autoridade será necessária e justificada. Isso, argumenta Finnis, pois quanto maiores a inteligência e a competência dos membros de uma comunidade, quanto maiores o comprometimento e a dedicação deles ao bem comum, mais a autoridade e a regulamentação podem ser necessárias para permitir que o grupo alcance seus propósitos em comum³⁴.

Um dos requisitos da razoabilidade prática exige o comprometimento não-conformista do membro de uma comunidade aos modos de atingir o bem comum, buscando sempre novos e melhores modos de alcançá-lo. Dessa forma, membros inteligentes irão descobrir diversos modos (novos e melhores) possíveis e razoáveis de alcançar o bem comum. Ou seja, a inteligência e a dedicação não eliminam os problemas de coordenação, ao contrário, têm o potencial de multiplicá-los. Destarte, no melhor cenário possível, a autoridade ainda seria necessária e justificável.

Sendo assim, o Estado legítimo (que apresenta justificação para a sua existência e atuação) é um Estado atento aos bens humanos básicos, em especial à razoabilidade prática. A seu turno, um estado ilegítimo é um Estado que, afastando-se do plano formal do Estado de Direito, ignora as exigências da legalidade ou do devido processo legal. Em consequência, afeta o aspecto substancial e finalístico deste Estado no que diz respeito à razoabilidade prática e, por consequência, à garantia da liberdade. Por isso, quando os autores falam do Estado de Não-Direito,

³³ FINNIS, 2007, p. 227.

³⁴ FINNIS, 2007, p. 228.

como Canotilho, indicam como característica exatamente a ausência dessa esfera de liberdade perante o poder estatal que o império da lei busca assegurar³⁵.

Dessa forma, um dos desafios lançados por um Estado de Direito defeituoso (um caso periférico) diz respeito ao seu impacto sobre a razoabilidade prática; isto é, sobre a conduta de agentes livres e responsáveis que integram uma comunidade (no caso, a política). Adotando a concepção de razoabilidade prática trazida por Finnis, a ação humana exige um plano coerente (racional) de vida e um nível de autenticidade nas escolhas³⁶. Não obstante, esses requisitos somente são viáveis se houver um âmbito de liberdade no qual o agente possa levar a cabo suas escolhas e perseguir seu plano coerente de vida sem o risco de ser punido por isso – o que seria uma contrariedade ao plano e às escolhas adotadas e, conseqüentemente, uma frustração à plena realização individual.

O temor de ser punido por escolhas autênticas e inseridas no plano de vida individual fará com que os agentes frequentemente movam suas escolhas para outras não tão autênticas, porém menos controvertidas – presumindo que isso seja possível, tendo que vista que nem sempre há uma escolha possível desse tipo dentro da gama de escolhas disponíveis. Nesse contexto, o agente renuncia a escolhas possivelmente válidas do ponto de vista jurídico, mas passíveis de intervenção por um direito *ex post facto*³⁷, por normas jurídicas pouco claras ou desarrazoadas ou por um julgamento em desconformidade com o processo legal. Isso tudo vem a afetar a liberdade humana. Essa é a condição oposta à pretendida por um Estado de Direito³⁸.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 11.

³⁶ Entre os requisitos da razoabilidade prática, Finnis elenca, em primeiro lugar, a existência de um plano coerente de vida e, em nono lugar, seguir os ditames da própria consciência (ao que podemos denominar, sinteticamente, de autenticidade). Cf. FINNIS, 2007, pp. 105 e ss.

³⁷ Esse talvez seja um dos casos em que o Estado de não-direito se torna suficientemente nítido. Isso, tendo em vista que, ante a ausência de critérios claros, a manifestação do poder estatal ocorre após a conduta humana. Por consequência, sem um critério claro e prévio (assegurado pelo princípio da legalidade), o agente não tem como tomar uma decisão e adequar sua conduta a padrões anteriormente estipulados como forma de evitar a incidência do poder coercitivo estatal. As constituições de Estados submetidos à *Rule of Law* geralmente proíbem a edição, pelo Legislativo, de normas que incidam sobre fatos anteriores à promulgação da norma. A Constituição dos Estados Unidos prevê expressamente a proibição de edição de leis *ex post facto* (artigo 1º, seção 9). Embora a Constituição do Brasil de 1988 não use a mesma expressão, ela veda em pelo menos duas oportunidades a edição de leis com conteúdo retroativo: ao proteger o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI) e ao declarar inexistente crime sem lei prévia (artigo 5º, inciso XXXIX). Sobre esses dispositivos, Gilmar Mendes afirma que são garantias de segurança jurídica e esta é “uma das expressões máximas do Estado de Direito”. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 366.

³⁸ CANOTILHO, 1999.

Em todo caso, os sistemas jurídicos e políticos variam entre os povos, de modo que a forma pela qual eles irão experimentar esses postulados do Estado de Direito também acaba por se apresentar diversa. Ao longo da história alguns modelos ganharam projeção, especialmente as experiências alemã, francesa e anglo-americana³⁹. No Brasil, a experiência do Estado de Direito tem características próprias, especialmente considerando uma dimensão democrática e de maior intervenção estatal na busca por um Estado Social⁴⁰.

No entanto, observa a Nova Teoria da Lei Natural, estes são casos concretos e sua análise exige uma avaliação sobre seus elementos centrais, a fim de que possa emergir o significado focal do Estado de Direito. Somente a partir desse significado focal será possível identificar casos centrais e casos periféricos do Estado de Direito, afastando uma percepção de que esse Estado seja um conceito despido de significado, despido de conteúdo.

Para isso é fundamental compreender a distinção finnisiana entre casos centrais e casos periféricos, segundo a qual certos casos concretos podem instanciar em maior ou menor medida o significado focal de um certo conceito. Isto significa, por um lado, que não há um único caso central; porém, por outro lado, também implica afirmar que nem todas as experiências concretas são iguais ou se equivalem. Assim, comparar, à luz da Nova Teoria da Lei Natural, o Estado Democrático de Direito instalado com a Constituição do Brasil de 1988 aos outros principais modelos de Estado de Direito permitirá não somente clarificar o significado focal de Estado de Direito, como avaliar o caso brasileiro à luz deste conceito.

A partir do exposto, o presente trabalho almeja responder a seguinte questão: de que forma a concepção de Estado de Direito apresentada pela Nova Teoria da Lei Natural permite avaliar o modelo de Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição do Brasil de 1988, considerando suas semelhanças e diferenças aos demais modelos existentes?

À luz do exposto, a hipótese de pesquisa assume que modelos concretos de Estado de Direito predominantes na contemporaneidade – seja no contexto alemão, francês, anglo-americano ou brasileiro – possuem semelhanças entre si, bem como

³⁹ Ver as diversas reconstruções históricas desses modelos apresentadas em: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Ed.). **The Rule of Law: history, theory, and criticism**. Dordrecht: Springer, 2007.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jul./set. 1988.

significativas particularidades, funcionando como exemplares reais (casos particulares) de um tipo ideal (significado focal) de Estado de Direito.

Dessa forma, podem ser avaliados como casos centrais ou como casos periféricos a partir da concepção de Estado de Direito apresentada pela Nova Teoria da Lei Natural, à medida em que se aproximem ou se afastem das características de seu significado focal, especialmente a racionalidade presente na legalidade e no devido processo legal e a preservação dos bens humanos básicos, em especial a razoabilidade prática, de forma a possibilitar um ambiente que favoreça o florescimento humano. Em especial, essa hipótese será aplicada na presente pesquisa ao caso brasileiro, como previsto na Constituição de 1988.

Tendo em vista a hipótese de pesquisa e a problemática apresentada, o presente trabalho tem por objetivo geral:

i) Analisar de que forma a concepção do Estado de Direito sustentada pela Nova Teoria da Lei Natural, em sua dimensão formal e substancial, apresenta-se como uma possibilidade de avaliação do modelo de Estado Democrático de Direito estabelecido no Brasil pela atual Constituição Federal.

No desenvolvimento do trabalho e para alcance do objetivo geral serão buscados os seguintes objetivos específicos:

i) Apresentar os conceitos distintivos da Nova Teoria da Lei Natural que possibilitam a fundamentação de um modelo de Estado de Direito, especialmente no que diz respeito aos bens humanos básicos em John Finnis e à compreensão da comunidade política;

ii) Discutir os pressupostos à caracterização do Estado de Direito, especialmente no que tange ao tipo de autoridade que o define e sua diferença em relação ao Estado de arbítrio, destacando o papel da racionalidade para a autoridade política, o significado de supremacia do direito e o papel do controle sobre as autoridades governamentais;

iii) Caracterizar as dimensões formal e substancial que o compõem o Estado de Direito segundo a Nova Teoria da Lei Natural, situando a legalidade, o devido processo legal e a promoção dos bens humanos básicos na sua justificação;

iv) Avaliar o modelo brasileiro a partir do significado focal da *rule of law* sustentado pela Nova Teoria da Lei Natural, destacando aproximações e afastamentos no que tange tanto à dimensão formal, quanto à dimensão substancial,

especialmente tendo em vista as características próprias do modelo brasileiro à luz de uma comparação com os modelos de anglo-americano, francês e alemão.

A pesquisa proposta adota uma metodologia analítica, inclusive está inserida na Tradição Analítica do Direito. Por isso, realiza uma investigação teórica, de cunho filosófico, sobre os conceitos envolvidos no tema, quais sejam: autoridade, Estado de Direito e Lei Natural. Essa investigação busca identificar os fundamentos desses conceitos a partir dos pressupostos afirmados por uma teoria, cotejando os argumentos desta via aos argumentos de seus críticos.

A pesquisa terá um caráter bibliográfico⁴¹ a respeito do conceito teórico de Estado de Direito e sua manifestação a partir de casos concretos, adotando como principais métodos de procedimento o comparativo⁴², o tipológico⁴³ e o monográfico⁴⁴. Considerando que a relação entre os conceitos investigados pode ser feita a partir de diversas vertentes teóricas e por diferentes ângulos, faz-se necessário um recorte metodológico que delimite e permita o aprofundamento da pesquisa.

Afinal, especialmente se considerarmos a abrangência das teorias sociais dentro das quais podemos localizar as teorias jurídicas, é necessário que a pesquisa investigue o problema e teste a hipótese a partir de concepções e teorias específicas, não pretendendo abranger um leque interminável de concepções.

Em primeiro lugar, para definir o Estado de Direito será aplicada a Nova Teoria da Lei Natural, tendo em vista ser uma teoria sobre o direito ainda pouco recepcionada no país e que tem contribuições significativas especialmente na dimensão substancial

⁴¹ A pesquisa bibliográfica se utiliza de fontes secundárias e busca abranger as mais diversas referências bibliográficas disponíveis publicamente sobre o tema de estudo. Não consiste em uma mera repetição de material já escrito; ao contrário, propicia ao tema um novo exame a partir de um novo enfoque ou abordagem. Cf. MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 183. Assim sendo, embora o conceito de Estado de Direito seja um tema sobre o qual há diversas pesquisas em língua portuguesa, o enfoque aqui proposto não encontra texto parecido em português, especialmente por inserir no debate a Nova Teoria da Lei Natural.

⁴² Na caracterização de Marconi e Lakatos, este método se caracteriza pela realização de comparação com o objetivo de verificar similitudes e explicar as divergências. Cf. MARCONI, LAKATOS, 2003, p. 107. Pode ser empregado nesta pesquisa em razão da análise qualitativa acerca das diferentes concepções de Estado de Direito

⁴³ Embora semelhante ao comparativo, neste caso o pesquisador trabalha a partir de um tipo ideal (em moldes weberianos), não como um conceito ou como um caso específico que exista na realidade, mas como um modelo que permite comparar e avaliar os diferentes casos concretos. Cf. MARCONI, LAKATOS, 2003, p. 109. Esse é o típico método de trabalho utilizado por Finnis e será utilizado especialmente para tratar do Estado de Direito.

⁴⁴ A investigação segundo este método objetiva examinar o tema escolhido, observando os diferentes fatores que o influenciaram e analisando-o em seus diferentes aspectos. Cf. MARCONI, LAKATOS, 2003, p. 108. É o que se objetiva fazer especialmente em relação à comparação concreta dos modelos de Estado de Direito existentes nos Estados Unidos, França, Alemanha e Brasil.

do Estado de Direito. Em específico, será utilizado como núcleo deste marco teórico a posição de John Finnis⁴⁵. Como forma de destacar a fundamentação da autoridade, será utilizado Joseph Raz⁴⁶. Embora seja positivista, tal diálogo é possível, pois a sua defesa da autoridade da lei se aproxima daquela exposta por John Finnis.

Embora o marco teórico pretenda ser a Nova Teoria da Lei Natural, como desenvolvida principalmente por John Finnis, não se objetiva apresentar um trabalho restrito ao pensamento de Finnis, de forma que se pretende fazer o que o próprio Finnis considera ser salutar, isto é, inserir um aporte de concerto para a compreensão sobre o Estado de Direito⁴⁷. No entanto, não se busca fazer uma análise de tipo sociológica, e sim dos modelos de Estado de Direito adotados em certos contextos e em certos períodos, avaliando suas características à luz dos pontos ressaltados pela Nova Teoria da Lei Natural.

Nesse sentido, vale destacar, como faz Joseph Raz, que existe uma interdependência entre o argumento conceitual e o argumento normativo no que se refere à autoridade – incluindo a do Estado. Afinal, o conceito de autoridade está profundamente enraizado nas tradições filosóficas e políticas da nossa cultura. Dessa forma, sua análise acaba envolvendo tanto a tentativa de explicitar elementos comuns acerca da autoridade, quanto desenvolver novos argumentos a seu favor⁴⁸.

Assim, por ser conceitual, trata-se de uma investigação de possibilita explicar no que as pessoas acreditam quando consideram que uma pessoa tem autoridade. No entanto, por ser normativa, talvez algumas dessas crenças não sejam compatíveis com a avaliação proposta. Exatamente por ser normativa, ao final o conceito de Estado de Direito identificado e tomado como referência para avaliação (da Nova Teoria da Lei Natural) pode ser considerado como um conceito disputado. No entanto, espera-se que seja sustentável ao final da investigação.

Portanto, a presente pesquisa não pretende ser apenas uma consideração em abstrato sobre o Estado de Direito, mas uma avaliação que considere os

⁴⁵ Com destaque para as obras de Finnis e de seus seguidores. Entre outras: FINNIS, 1998; FINNIS, 2007; FINNIS, 2011. Além de Finnis: GEORGE, Robert P. **Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality**. Oxford: Clarendon Press, 1993; GEORGE, Robert P. *Natural law, the Constitution and the theory and practice of Judicial Review*. **Fordham Law Review**, New York, v. 69, n. 6, pp. 2269-2283, 2001.

⁴⁶ RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

⁴⁷ Em diversos momentos do capítulo sobre a autoridade (Capítulo IX), Finnis afirma a importância das pesquisas desenvolvidas no campo da ciência política, entre outros, por exemplo: “A ciência política pode dizer coisas muito importantes a respeito dessa razoabilidade relativa e, portanto, sobre a legitimidade, para homens razoáveis, de várias formas de constituição” (FINNIS, 2007, p. 241).

⁴⁸ RAZ, 1986, p. 63.

elementos centrais de modelos concretos geralmente utilizados – ressaltando os pontos em comum e que apontam ao significado focal de Estado de Direito.

A pesquisa não se limita, no entanto, à análise do conceito teórico de Estado de Direito, pelo que busca levar à cabo o processo avaliativo das experiências concretas de Estado de Direito no período contemporâneo. Por isso, em segundo lugar, é necessária uma delimitação metodológica quanto a este plano avaliativo. Nesse aspecto, a pesquisa discutirá quatro casos concretos de Estado de Direito. Três modelos dominam o debate internacional, quais sejam, a *rule of law* anglo-americana, o *État de Droit* francês e o *Rechtsstaat* alemão (reformulado posteriormente em uma versão constitucional de *Verfassungsstaat*)⁴⁹.

Não obstante, uma vez que esta pesquisa envolve a recepção de um conceito, o objetivo da investigação consiste em analisar, de modo central, o modelo brasileiro de Estado de Direito, o qual possui peculiaridades referentes, por exemplo, ao papel de intervenção estatal no plano social⁵⁰.

Portanto, a proposta de pesquisa busca avaliar um caso concreto principal, qual seja, o modelo de Estado de Direito adotado pela Constituição Brasileira de 1988, à luz de uma teoria da jurídico-política, a Nova Teoria da Lei Natural. Tal proposta apresenta alguns desafios. Em primeiro lugar, a análise de um caso concreto à luz de uma teoria exige a cautela de observar que a realidade concreta apresenta contingências não previstas nas teorias. Em segundo lugar, casos concretos dificilmente são exemplos fiéis de uma única teoria – parece ser o caso do Estado Brasileiro. Terceiro lugar, muitos casos concretos são exemplos de manifestações de teorias diversas daquela que está sendo utilizada como referencial avaliativo.

Em relação à terceira situação, em especial, o caso concreto deve ser primeiramente visto à luz de sua melhor perspectiva. A avaliação a partir de outro referencial teórico deve considerar não somente o caso concreto, mas também a teoria que o sustenta. Isso é possível, pois poucos conceitos são exclusivos de uma teoria. Ao contrário, conceitos abrangentes, como o conceito de Estado de Direito, são identificados em diversas teorias. Dessa forma, é possível compreendê-los e avaliá-

⁴⁹ Sobre esse histórico e destaques, fundamental a análise de: COSTA; ZOLO, 2007.

⁵⁰ Como diferenciado por: HORTA, José Luiz Borges. **Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito:** uma investigação tridimensional do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático na perspectiva dos direitos fundamentais. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2002. Igualmente fundamental para este debate: SILVA, 1988.

los quando instanciados em uma dada situação não somente a partir da teoria de origem, mas também a partir de outros referenciais teóricos.

Assim, a pesquisa apresenta-se, quanto aos objetivos, de caráter explicativa, à medida em que busca ir além da descrição de fatos ou teorias. Quanto ao método de abordagem, será adotado o hipotético-dedutivo. Dessa forma, o trabalho apresenta desde o seu início, em relação ao problema de pesquisa, determinada hipótese que funcionará como uma solução provisória, sendo investigada ao longo da tese, a qual pode ser confirmada ou afastada ao final. Essa investigação procurará concluir suas respostas a partir dos fatos e teorias selecionados no momento do recorte metodológico, apresentando uma resposta falseável, a qual pode conduzir a novos problemas, sem que isto represente uma falha no conhecimento e sim seu curso normal⁵¹. No caso, problemas que dizem respeito aos modelos concretos ou mesmo quanto à validade da teoria proposta fora do contexto original.

Vale observar que algumas obras de Finnis e de outros autores já se encontram traduzidas para o português, no entanto, sempre que possível, se fez uma análise conjunta com as versões originais em inglês. Conforme a referência, serão utilizadas uma ou outra, sendo feita referência conjunta apenas quando a tradução se fizer relevante, for objeto de controvérsia doutrinária ou passível de crítica.

Demais disso, torna-se relevante destacar uma questão terminológica. Assim como Raz, frequentemente vamos nos referir, salvo indicação em contrário, “de modo intercambiável ao Estado, que é a organização política da sociedade, ao seu governo, o agente por meio do qual ele age, e o direito, o veículo por meio do qual muito do seu poder é exercido”⁵².

Por fim, importante destacar a estrutura do trabalho. Em um primeiro momento iremos analisar aqueles conceitos centrais da Nova Teoria da Lei Natural que sejam pressupostos à discussão sobre o Estado de Direito – especialmente porque alguns desses conceitos são o núcleo da diferença das teorias da lei natural para as demais teorias predominantes. No segundo capítulo, serão apresentadas as características da autoridade em geral, com o objetivo de caracterizar a autoridade do Estado de Direito a partir dos principais autores que refletiram sobre esse tipo de autoridade

⁵¹ MARCONI, LAKATOS, 2003, p. 95 e ss.

⁵² RAZ, Joseph. **A moralidade da liberdade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 65. As citações diretas no corpo do trabalho serão feitas em português a partir da tradução publicada, salvo quando for indicado que se trata de uma tradução livre a partir da obra original.

político-estatal. No terceiro capítulo, será desenvolvido o conceito de Estado de Direito (*rule of law*) a partir da Nova Teoria da Lei Natural. Por fim, no quarto capítulo, o enfoque sobre os modelos concretos de Estado de Direito, comparando suas características luz dos critérios indicados no plano do marco teórico.

CAPÍTULO 1 - PRESSUPOSTOS À COMPREENSÃO DO CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO NA NOVA TEORIA DA LEI NATURAL

Antes de iniciar uma discussão sobre o Estado de Direito, é necessário conhecer os fundamentos do marco teórico adotado. Afinal, as teorias da lei natural não são frequentemente inseridas neste debate ou, quando o são, são geralmente recepcionadas de uma forma pouco aprofundada. Assim, neste capítulo objetiva-se caracterizar a Nova Teoria da Lei Natural, focando nos conceitos centrais à discussão posterior sobre o Estado de Direito.

O autor fundamental desta tradição é, sem dúvidas, John Finnis, filósofo e teórico do direito australiano, orientado por Hart e radicado nas Universidades de Oxford (Inglaterra) e de Notre Dame (Indiana, Estados Unidos). Sua obra consolidou o debate acerca da Teoria da Lei Natural a partir das últimas décadas, dando origem ao presente marco teórico. Por isso, o caminho a ser seguido nesta seção será, em essência, o mesmo apresentado por Finnis.

Inicialmente será situado o contexto de origem da Nova Teoria da Lei Natural, de forma especial sua inserção no debate analítico e diferenciação em relação às demais teorias da lei natural. Em seguida, será apresentada a relação entre Direito e Moral e a interligação entre descrição e avaliação ao se fazer teoria social.

Assim, será possível compreender a relevância dos bens humanos básicos para a Teoria Jurídica, Moral e Política, ponto fundamental para a discussão posterior sobre a dimensão substancial do Estado de Direito. Por fim, será situado o lugar da comunidade política e do bem comum, merecendo destaque seu caráter restrito em face das comunidades menores e do bem da razoabilidade prática.

1.1 A LEI NATURAL NA TEORIA ANALÍTICA

As Teorias sobre a Lei Natural podem ser identificadas em diversas tradições e fundamentadas por diversos caminhos. Nesse sentido, podemos encontrar referências à Lei Natural desde a Antiguidade, como em *Antígona*⁵³, e com alguma sistematização desde a Grécia Antiga, como em *Aristóteles*⁵⁴, e na Roma Antiga, em

⁵³ SÓFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 1999.

⁵⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: EDIPRO, 2014.

Cícero⁵⁵. Ao longo da história, a Lei Natural foi frequentemente referida como “leis da natureza”⁵⁶ – não em uma acepção físico-biológica e sim em uma acepção predominantemente moral *lato sensu* – ou como “lei divina”⁵⁷ – embora sem um caráter necessariamente religioso e sim como sinônimo de determinações não criadas pelos seres humanos.

O debate sobre a Lei Natural permeou por muito tempo diversas áreas, incluindo a Filosofia Política, a Filosofia Moral (ou Ética) e a Filosofia do Direito. Áreas essas que, por muito tempo, estavam abrangidas indistintamente, em alguma medida, na Filosofia. Isso se deve a seu caráter abrangente, de modo que a Lei Natural perpassa diversos campos que dizem respeito à ação humana, como a Política, a Economia, a Moralidade e o Direito⁵⁸.

No entanto, o desenvolvimento da Filosofia Analítica, preocupada com a precisão conceitual, teve um grande impacto sobre os debates na Filosofia (agora, Teoria) do Direito e, conseqüentemente, na atual formulação da Teoria da Lei Natural. Aliás, assim como, segundo alguns autores, a Filosofia Analítica tornou-se a principal força dentro da Filosofia Ocidental⁵⁹, não seria incorreto afirmar que a Nova Teoria da Lei Natural, de índole analítica, também se tornou a principal corrente dentro das diversas Teorias sobre a Lei Natural.

Embora a relação entre a Teoria da Lei Natural (como desenvolvida por John Finnis) e a Filosofia Analítica seja frequente⁶⁰, o primeiro grande desafio para formular o conceito de Nova Teoria da Lei Natural é tentar conceituar a própria Filosofia Analítica. Em primeiro lugar, é preciso observar que não há uma tradição única na Filosofia Analítica. Aliás, sequer há consenso sobre os autores-fundadores dessa tradição. Como indica Hans-Johann Glock, os autores divergem sobre o papel de Bolzano, Frege, Russell, Wittgenstein e Carnap, entre outros autores, na construção da Filosofia Analítica⁶¹.

⁵⁵ CÍCERO, Marco Túlio. **Das Leis**. São Paulo: Cultrix, 1967.

⁵⁶ O próprio Hobbes, tomado frequentemente como protopositivista, vai fazer referência à lei natural em sentido moral. Cf. HOBBS, 1993.

⁵⁷ É assim o tratamento dado em *Antígona*, por exemplo. Cf. SÓFOCLES, 1999.

⁵⁸ FINNIS, John. **Aquinas**: moral, political, and legal theory. Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 20 e ss.

⁵⁹ GLOCK, Hans-Johann. **What is Analytic Philosophy?** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

⁶⁰ Para uma introdução maior ao contexto analítico de Finnis, ver: PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. A fundamentação ética dos direitos humanos em John Finnis. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Unijuí, ano 4, n. 7, p. 65-83, jan./jun. 2016.

⁶¹ GLOCK, 2008, pp. 224 e ss.

Em que pese essa controvérsia genealógica, é possível identificar na origem da Filosofia Analítica uma combinação entre uma revolução na lógica formal e as tentativas de resolver problemas relativos a proposições, conceitos e fatos – sendo essas questões, a partir de então, associadas à natureza da própria Filosofia⁶². Em razão disso, a Filosofia Analítica acaba por ser caracterizar, em síntese, por uma preocupação com o estudo da linguagem e com a análise lógica dos conceitos, tendo uma perspectiva não idealista.

Por isso, é possível afirmar que a Filosofia Analítica está preocupada com a clareza dos conceitos e com o desenvolvimento de uma argumentação explícita, que possibilite a avaliação e a discussão por seus pares⁶³. Afinal, uma das grandes dificuldades entre tradições filosóficas distintas era a incomensurabilidade dos conceitos e proposições, o que impedia uma avaliação e discussão em comum.

Essa preocupação metodológica aproximou a investigação filosófica desenvolvida na Tradição Analítica com a investigação científica, ao apropriar-se do rigor científico apresentado pelas ciências naturais e representado, especialmente, pela Física Moderna. Não obstante, seus expoentes frequentemente defenderam a existência de uma diferença entre Filosofia e Ciência, embora sem esclarecer exatamente onde se daria a separação ou continuidade entre as duas⁶⁴.

Nesse sentido, H. L. A. Hart foi responsável pela realocação do debate sobre a Teoria do Direito, desenvolvendo a chamada Teoria Analítica do Direito, preocupada essencialmente na definição de um conceito de Direito⁶⁵. No prefácio de sua principal obra, fazendo referência a John Austin, Hart defende a necessidade de um maior cuidado com as palavras como forma de aguçar a percepção dos fenômenos (no caso, seria do direito)⁶⁶.

Em razão disso, foi necessária uma reestruturação nas análises sobre a Lei Natural, as quais em geral não diferenciavam claramente elementos morais, políticos, jurídicos e, eventualmente, religiosos. De forma específica, era necessária uma Teoria da Lei Natural que discutisse conceitualmente os termos tradicionalmente utilizados

⁶² GLOCK, 2008, p. 226.

⁶³ BEANEY, Michael. What is Analytic Philosophy? In: BEANEY, Michael (Ed.). **Oxford Handbook of the History of Analytic Philosophy**. Oxford: Oxford University press, 2013, pp. 3-29.

⁶⁴ Martinich aponta especificamente a divergência entre Wittgenstein e Quine sobre a maior separação ou continuidade entre Filosofia e Ciência. Cf. MARTINICH, A. P. Introduction. In: MARTINICH, A. P.; SOSA, David. **A companion to Analytic Philosophy**. Malden: Blackwell Publishers, 2001, pp. 1-5.

⁶⁵ Sua principal obra nesta tarefa é *“Concept of Law”*. Cf. HART, 2009.

⁶⁶ HART, 2009, p. X.

pelos jusnaturalistas e os inserisse em contato com os termos das demais concepções de Direito na Teoria Analítica.

Um primeiro esforço nesse sentido pode ser identificado na obra de Germain Grisez, em que reinterpreta a questão 94, artigo 2, da *Prima Secundae* da Suma Teológica⁶⁷. Se até aquele momento o debate sobre a Lei Natural envolvia uma profunda discussão sobre a natureza humana, Grisez abre a possibilidade para outra via nas Teorias da Lei Natural. Finnis está inserido nesse debate e é para esse contexto que apresenta sua primeira e principal obra, “*Natural Law and Natural Rights*”⁶⁸, traduzida como “Lei Natural e Direitos Naturais”⁶⁹.

Por conseguinte, ao menos duas características principais da Filosofia Analítica impactam a obra de Finnis. Conforme Martinich, a Tradição Analítica baseou-se, em sua origem, em uma oposição ao idealismo e em uma exigência de rigor metodológico na análise da linguagem⁷⁰. A oposição ao idealismo faz com que a discussão de Finnis na Teoria do Direito se afaste das discussões metafísicas e de antropologia filosófica que eram frequentes nas outras tradições sobre a Lei Natural⁷¹. Além disso, Finnis tem uma preocupação em definir com precisão os conceitos que utiliza e apresentar a relação existente entre eles.

No entanto, embora Finnis adote o método analítico para a construção de sua teoria, valendo-se, conseqüentemente, de uma análise conceitual, ele não a reduz a um tipo de teoria lexicográfica preliminar, em que a discussão se limita a esclarecer os conceitos sem indicar consequências posteriores. Ao contrário, sua preocupação é exatamente sobre as implicações práticas dos conceitos analisados.

Como destaca no pós-escrito de Lei Natural e Direitos Naturais, a Teoria do Direito (*Jurisprudence*) não diz respeito apenas a uma questão de análise conceitual ou léxica sobre o conceito de Direito⁷². Ela não se confunde com a atividade de um de pura descrição de conceitos, como em um dicionário. A Teoria do Direito diz respeito a questões práticas sobre a ordem social e a ação humana. Por isso, também não

⁶⁷ GRISEZ, Germain; SHAW, Russel. The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2, Question 94, Article 2. **Natural Law Forum**, Notre Dame, p. 168-201, 1965.

⁶⁸ FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011a.

⁶⁹ FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

⁷⁰ MARTINICH, SOSA, 2001.

⁷¹ É assim, por exemplo, na linha jusnaturalista seguida por Javier Hervada. Cf. HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

⁷² FINNIS, 2011a, p. 426.

pode assumir a forma de algum tipo de naturalismo metodológico (que caracterizou parte da Tradição Analítica).

Por isso, essa teoria tem muito a oferecer ao analisar a comunidade política, o Estado de Direito e os bens humanos básicos. Mais do que fixar conceitos, a Nova Teoria da Lei Natural possibilita avaliar de forma prática os diferentes modelos de Estado de Direito, especialmente por defender a necessidade de uma descrição avaliativa dos conceitos das ciências sociais.

1.2 AS DIMENSÕES JURÍDICA E ÉTICA DA LEI NATURAL

Partindo dos pressupostos apresentados, é necessário observar que a Lei Natural possui uma relação fundamental com a Lei Positiva, afetando consequentemente o campo jurídico (embora não apenas o campo jurídico, como será visto). Nesse sentido, é fundamental observar como a Teoria da Lei Natural se diferencia das concepções positivistas sobre o conceito de Direito, especialmente no que diz respeito à separação entre Direito e Moral e à possibilidade de diferenciação entre descrição e avaliação.

1.2.1 Descrição e avaliação: Direito e Moral

A tese da separação entre o Direito e a Moral tem sido apontada como uma das principais diferenças entre concepções positivistas e não positivistas de Direito. Carlos Santiago Nino organizou essa tese a partir de duas premissas. A primeira premissa (a), segundo Nino, afirma que “os princípios que determinam a justiça de instituições sociais e a justeza das ações são válidos independentemente de seu reconhecimento por certos indivíduos ou certas organizações”⁷³. A segunda premissa (b) afirma que “um sistema normativo, mesmo quando reconhecido de fato por organizações com acesso ao aparato coercitivo do Estado, não pode ser reputado como legal se não corresponder aos princípios mencionados em (a)”⁷⁴.

Segundo Nino, a diferença entre concepções positivistas e não positivistas sobre o Direito reside na segunda premissa (b)⁷⁵. A primeira premissa (a) é realmente

⁷³ NINO, Carlos Santiago. **Ética e Direitos Humanos**. São Leopoldo: UNISINOS, 2011, p. 28.

⁷⁴ NINO, 2011, p. 28.

⁷⁵ NINO, 2011.

relevante em um plano metaético, separando cognitivistas e não cognitivistas a respeito de juízos morais (sobre a justiça ou injustiça do Direito). No entanto, se é verdade, por um lado, que alguém que negue a primeira premissa necessariamente precisará negar a segunda e, por consequência, assumir uma posição positivista sobre o Direito; por outro lado, nem todos que aceitam a primeira premissa necessariamente assumem como verdadeira a segunda, podendo, portanto, mesmo em tal condição, assumir uma posição positivista sobre o Direito.

Por isso, em geral afirma-se que o positivismo jurídico é centralmente uma defesa da inexistência de uma conexão necessária entre os valores morais e os critérios de validade jurídica. A participação de uma norma em um dado sistema jurídica não dependeria de seus méritos. Há, ainda, a versão metodológica do positivismo jurídico, a qual sustenta que “a própria teoria do direito é moralmente neutra e puramente descritiva”⁷⁶.

Podemos criticar a formulação da segunda premissa (b) afirmando que a relação de dependência entre o direito e a moral nas Teoria da Lei Natural não é unânime e que na Nova Teoria da Lei Natural não é algo simples ou direto. São críticas válidas e verdadeiras sobre a correção da premissa (b). Não obstante, o seu ponto central é a relação de conexão necessária entre direito e moral (como um elemento não positivo).

Um aspecto central na caracterização da Teoria da Lei Natural se assenta na discussão sobre a possibilidade de uma descrição neutra (acrítica ou não avaliativa) sobre o direito. Em outros termos, as teorias sobre o direito disputam a viabilidade ou não de uma descrição não valorativa sobre o fenômeno jurídico. Aliás, essa é uma questão que envolve não apenas as teorias jurídicas, mas a própria metodologia das teorias sociais.

No campo das humanidades, muito se discute sobre a viabilidade ou não de um observador neutro, tendo em vista que o seu objeto inclui a ação humana e, conseqüentemente, exige reflexão do observador⁷⁷. Uma vez que todo observador possui determinado conjunto de convicções sobre a ação humana, um distanciamento

⁷⁶ NEIVA, Horácio Lopes Mousinho; PINHEIRO, Victor Sales. A crítica de Finnis ao positivismo metodológico: por que toda descrição é avaliativa? In: PINHEIRO, Victor Sales (ed.). **A Filosofia do Direito Natural de John Finnis**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 12.

⁷⁷ Sobre as tentativas de separação entre fatos e valores, é valiosa a obra de Leo Strauss, especialmente em seu diálogo crítico com a metodologia de Max Weber. Cf. STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

completo seria impossível. Sendo assim, seria falacioso sustentar conceitos no plano da Teoria Social isentos de avaliação.

Quando Hart propõe uma teoria descritiva sobre o direito, alega tratar-se de uma teoria moralmente neutra, sem pretensão justificatória acerca dos conceitos abordados, especialmente sobre o direito⁷⁸. Assim, as críticas morais seriam algo distinto e externo a uma teoria do direito. Hart não nega a importância dessas críticas, apenas as distingue da análise jurídica⁷⁹.

Dworkin faz uma impugnação significativa a essa possibilidade, destacando que a construção de uma teoria do direito pressupõe a adoção de um ponto de vista interno (*insider*). Isso, pois as perspectivas externas (como a perspectiva sociológica ou histórica) são incapazes de justificar a obrigatoriedade do direito, que é o objeto de interesse do teórico do direito⁸⁰.

Ao responder as críticas de Dworkin, Hart admite que o teórico descritivo efetivamente precisará adotar o ponto de vista de um observador interno para que possa identificar a aceitação da lei como provedora de orientações para o comportamento. Isso, contudo, segundo H. L. A. Hart, não alteraria a condição de observador externo do teórico, embora descrevendo a partir da visão de um participante interno do sistema. Ou seja, esse teórico, em sua tarefa puramente descritiva, não endossa, ele mesmo, a aceitação da lei pelos participantes, embora possa descrever essa aceitação⁸¹.

Segundo posições descritivas como a de Hart, é possível descrever o direito de forma neutra, mesmo que do ponto de vista interno haja “necessariamente a convicção de que existem também razões *morais* para obedecer às exigências da lei e uma justificativa moral para o uso da coerção contra os transgressores”⁸². Seria possível, pois seria um tipo de descrição sobre uma avaliação – o que, para Hart, não alteraria sua natureza descritiva⁸³.

Nesse sentido, Finnis defende a impossibilidade de uma descrição pura do Direito, isto é, livre de avaliação pelo intérprete. O filósofo australiano argumenta, em

⁷⁸ HART, 2009, pp. 309-310.

⁷⁹ HART, 2009, p. 310.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, pp. 13-14

⁸¹ HART, 2009, p. 313.

⁸² HART, 2009, p. 314, grifos no original.

⁸³ Para Hart, “a descrição não deixa de ser uma descrição, mesmo se aquilo que ela descreve é uma avaliação”. Cf. HART, 2009, p. 315.

primeiro lugar, a favor da natureza normativa da teoria do direito⁸⁴. No entanto, não se limita a defender, como fazem alguns positivistas, que a teoria do direito é avaliativa à medida em que pondera a importância (julga o grau de importância) de certas características de seu objeto de estudo. Indo além, “o teórico do direito finnisiano deve realizar avaliações sobre o que é realmente bom para as pessoas humanas e o que é realmente exigido pela razoabilidade prática”⁸⁵.

Embora Finnis pondere a distinção sobre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo, considera o recurso a ele insuficiente para sustentar a tese de uma descrição neutra⁸⁶. O equívoco de Hart está em considerar que ao se colocar na condição de um participante e adotar o ponto de vista interno (ainda que para fins “apenas” descritivos, segundo ele), o teórico não acabará, como consequência, realizando uma avaliação sobre aquilo que é ou não é direito⁸⁷.

O argumento de Finnis é que isso não é possível. Ao se colocar na condição de participante, o teórico fará uma avaliação, sem a qual sequer conseguiria identificar o direito em uma comunidade⁸⁸. É por causa dessa impossibilidade de uma descrição neutra que teóricos distintos chegam a conceitos distintos sobre o direito, embora partindo dos mesmos dados.

Nesse sentido, o ponto de vista a ser adotado para analisar o direito é o ponto de vista prático – ou seja, o ponto de vista que considera a ação humana. Ao adotar essa perspectiva, o teórico precisará reconhecer que existe uma interdependência mútua entre o projeto de descrever, por meio de uma teoria social, e o projeto de avaliar, ainda que remotamente, as opções de ação humana enquanto opções razoáveis ou opções desarrazoadas.

Do ponto de vista prático, sem fazer essa avaliação não é possível descrever as ações que são elucidativas e significantes⁸⁹. Dessa forma, uma vez que a formação de conceitos pela teoria social pressupõe juízos baseados na razoabilidade prática, pressupõe o julgamento sobre o que fazer⁹⁰.

⁸⁴ NEIVA, PINHEIRO, 2020, p. 13.

⁸⁵ NEIVA, PINHEIRO, 2020, p. 14.

⁸⁶ FINNIS, 2007, pp. 25 e ss.

⁸⁷ Hart insiste na possibilidade de descrição pelo teórico da justificação moral dada pelos participantes. Cf. HART, 2009, pp. 313-314.

⁸⁸ FINNIS, 2007.

⁸⁹ FINNIS, 2007, p. 31.

⁹⁰ FINNIS, 1998, p. 51.

A pergunta que resta é como lidar com a diversidade de casos a serem descritos e sobre a avaliação necessária à construção de uma teoria social adequada – especificamente, uma teoria do direito suficiente. Considerando a busca por uma teoria geral neutra, Hart tinha maiores dificuldades com casos defeituosos do conceito de direito. Para superar esse desafio, John Finnis recupera o conceito de tipo ideal de Max Weber, agora reformulado a partir das ideias de caso central, casos periféricos e significado focal.

1.2.2 Caso central e casos periféricos

Um dos principais ganhos epistêmicos promovidos pela Nova Teoria da Lei Natural consiste em sua preocupação metodológica, especialmente ao abordar a clássica discussão sobre a relação entre lei positiva e lei natural. Nesse sentido, é fundamental a distinção metodológica entre casos centrais e casos periféricos. Essa distinção, no entanto, não foi iniciada na Teoria do Direito. A referência à qual Finnis pressupõe de forma explícita e implícita é a obra de Max Weber⁹¹ e o conceito de “tipo ideal”. Aliás, conceito que Finnis considera pouco desenvolvido por Weber⁹².

Para Weber, a formulação de um tipo de ideal pelo teórico é fundamental para o desenvolvimento de uma investigação social⁹³. Considerando que um objeto de estudo em particular é único e formado por características que não podem ser exaustivamente analisadas e que não serão encontradas de forma idêntica em outros objetos particulares, é necessário que se faça uma avaliação das principais características desse objeto (considerando suas influências e efeitos) e destacar aquelas que são consideradas importantes. Esse construto é fundamental para que o teórico possa analisar a realidade e “se enveredar na infinitude do real”⁹⁴.

⁹¹ Vale pontuar que, embora não se identificasse como um filósofo, a obra de Weber tem um caráter filosófico, especialmente em sua dimensão metodológica, assim reconhecida por autores como Karl Jaspers e Leo Strauss. Cf. STRAUSS, op. cit.; NIPPEL, Wilfried. Max Weber e as ciências especializadas: o exemplo da história econômica da Antiguidade. **Tempo social**, São Paulo, v. 24, n.1, pp. 147-158, 2012.

⁹² FINNIS, 2007, p. 23.

⁹³ É recorrendo ao conceito de típico-ideais que Weber desenvolve seus argumentos, por exemplo, em: WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

⁹⁴ MORAES, Lúcio Flávio Renault de; MAESTRO FILHO, Antonio Del; DIAS, Devanir Vieira. O paradigma weberiano da ação social: um ensaio sobre a compreensão do sentido, a criação de tipos ideais e suas aplicações na teoria organizacional. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 57-71, junho/2003.

Na investigação social, o tipo ideal é um fator de inteligibilidade da pesquisa e da exposição. É a partir do tipo ideal que o teórico é capaz de fazer julgamentos e desenvolver hipóteses (a partir de uma conjugação entre experiência e método). Nesse sentido, os tipos ideais possuem três características básicas: (1) unilateralidade, decorrendo da ênfase do teórico em certos traços característicos dos objetos particulares, o que permite a formulação de um quadro homogêneo de pensamento; (2) caráter utópico, não pretendendo ser uma repetição da realidade ou sua tradução objetiva; (3) racionalidade, possuindo uma estrutura que ajuda a dar forma lógica à realidade e permite sua compreensão⁹⁵.

Esse caráter unilateral, contudo, não significa que os tipos ideais sejam uma construção arbitrária e totalmente subjetiva do teórico. Ao contrário, os tipos ideais são uma maneira do teórico aproximar-se da realidade. Em sua investigação, o teórico vai constantemente comparar o mundo objetivo aos seus conceitos, verificando uma aproximação ou um distanciamento dos tipos. Por outro lado, não encontrará na realidade social um tipo ideal puro⁹⁶.

Vale ressaltar que, para Weber, o tipo ideal em si não é uma avaliação, podendo-se falar em um “tipo ideal” de prostituição, mesmo que isso não seja um modo exemplar (ou, para usarmos os termos de Finnis, um modo razoável) de vida. No entanto, é por meio desse tipo ideal que os diversos casos particulares podem ser comparados entre si e, assim, identificados eventuais subtipos de um objeto, como Weber faz ao analisar a democracia⁹⁷.

Finnis adota parcialmente essa estrutura weberiana, com algumas diferenças decorrentes da adoção de um modelo tomista. Dessa forma, a metodologia finnisiana também tem por base uma diferença tomista relevante entre *simpliciter* e *secundum quid*⁹⁸. Aquino distinguia determinado estado de coisas conforme ele configurasse o núcleo de um conceito, instanciando todas as suas características, ou conforme esse estado de coisas se desviasse, em certa medida, desse núcleo caracterizador. Ao

⁹⁵ SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia clássica**: Marx, Durkheim e Weber. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 114.

⁹⁶ SELL, 2015, p. 115.

⁹⁷ GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright. Introdução. In: WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, pp. 15-96.

⁹⁸ Finnis faz referência expressa aos termos tomistas em: FINNIS, 2007, p. 24. Obra original: FINNIS, 2011a, p. 11.

primeiro Aquino se referia como um modo de ser *simpliciter* e, ao segundo, fazia referência como *secundum quid*⁹⁹.

A Teoria Analítica, de forma predominante, pressupõe a possibilidade da identificação racional de conceitos gerais. Nesse sentido, parte de uma metaética cognitivista, pressupondo a possibilidade de juízos racionais em matéria moral (*lato sensu*). Por isso, inclusive, é bastante distinta das tradições filosóficas não-cognitivistas ou céticas, como teorias críticas, que duvidam da formulação destes juízos racionais universalizantes¹⁰⁰.

Consequentemente, a Teoria Analítica admite a possibilidade de “teorias gerais” sobre determinados temas, como uma Teoria Geral do Direito. Nesse sentido, em seu pós-escrito, Hart explicita essa pretensão por uma teoria geral que possa explicitar e elucidar o direito independentemente de sua grande variação entre as diferentes culturas e os diferentes tempos¹⁰¹. Segundo Hart, em que pese sua diversidade, o direito sempre assumiu uma mesma forma e estrutura, permitindo essa elaboração conceitual de modo racional.

A dificuldade nesse processo, assumida pelo próprio Hart, é reunir sob uma mesma teoria casos particulares profundamente distintos¹⁰². Por isso, a tentativa de formulação de uma Teoria Geral do Direito encontra uma grande dificuldade com casos particulares que não apresentavam todas as características do modelo geral de caso esboçado pela teoria. É o que ocorre, por exemplo, ao tratar do direito internacional e do direito primitivo.

Ao abordar o direito primitivo e o direito internacional, Hart utiliza as expressões “caso-padrão” (também chamados de “caso paradigmático” ou “caso claro”) e “casos duvidosos” (também denominados de “casos limítrofes” ou “casos questionáveis”)¹⁰³. Esses casos duvidosos seriam situações complexas que põem em

⁹⁹ Essa distinção em Tomás de Aquino e sua recepção por John Finnis é desenvolvida em: SOUZA, Elden Borges. **A Fundamentação ética dos direitos humanos em Tomás de Aquino**: pessoa humana, bem comum e lei natural. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Pará, Belém, 2017.

¹⁰⁰ Sobre concepções cognitivistas e não-cognitivistas, ver: FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

¹⁰¹ HART, 2009, p. 309.

¹⁰² HART, 2009, p. 309.

¹⁰³ No original, Hart os denomina de “*clear standard cases*” (às vezes, “*paradigm*”) e “*doubtful cases*” (às vezes, “*challengeable borderline cases*” ou “*questionable cases*”). Cf. HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 3-4.

dúvida a generalidade do direito¹⁰⁴ – e, conseqüentemente, a possibilidade de uma teoria geral sobre seu conceito.

Alguns desses casos diferem do caso-padrão em uma questão de grau. São casos que possuem as características do caso-padrão, mas em um nível que gera dúvida sobre se as possuem em um grau suficiente para serem colocados lado a lado com o caso-padrão. Hart exemplifica com a calvície. Um homem sem nenhum fio de cabelo é considerado calvo. Um homem a cabeça completamente coberta de cabelos não é calvo. Mas como definir um homem que tem poucos fios de cabelo? Ele pode ser considerado calvo? Ele tem um nível das características necessárias para ser considerado calvo, mas apenas em certo grau, o que deixa uma dúvida se ele pode ser enquadrado como calvo (ou seja, ao lado do caso-padrão)¹⁰⁵.

Outros casos duvidosos diferem do caso-padrão por não atenderem aos requisitos geralmente complexos e concomitantes por ele exigidos. Ou seja, o caso duvidoso até possui algumas características do caso-padrão, porém apenas parcialmente. O exemplo dado por Hart é o do hidroavião. Ele pode ser considerado um navio? Ele possui algumas características de um navio, mas não todas as características necessárias a se considerar algo como um navio propriamente dito (isto é, um caso-padrão de navio)¹⁰⁶. Hart novamente se volta à generalidade possível *apesar* dessa diversidade¹⁰⁷.

Em consequência, os opositores de Hart, como Dworkin, defendem que a teoria do direito deve se voltar a culturas jurídicas específicas, dada a impossibilidade de uma descrição neutra que ignore essas particularidades, especialmente as diferenças na moralidade daquela comunidade¹⁰⁸. A exigência de um caráter justificatório na teoria do direito inviabilizaria essa generalização teórica. Afinal, o teórico precisaria assumir um ponto de vista interno (*insider*) em relação ao sistema (leia-se, a um sistema *específico*) para compreendê-lo. A posição externa de mero teórico seria inviável. Na posição de Dworkin, isso ocorre por não haver uma distinção estática ou profunda entre teoria do direito e adjudicação¹⁰⁹.

¹⁰⁴ HART, 2009, p. 4.

¹⁰⁵ HART, 2009, p. 5.

¹⁰⁶ HART, 2009, p. 5.

¹⁰⁷ HART, 2009, pp. 6-7.

¹⁰⁸ DWORKIN, 1986, pp. 89 e ss.

¹⁰⁹ DWORKIN, 1986, pp. 96 e ss.

A metodologia de Finnis, por outro lado, busca ser um tipo de terceira via, reconhecendo um caráter geral à investigação de teoria social (*lato sensu*), mas sem ignorar a diversidade dos casos analisados. Assim, por meio do conceito de caso central e casos periféricos, Finnis consegue propor uma Teoria do Direito que, por um lado, seja geral e, por outro, inclua esses casos apenas parcialmente adequados ao tipo ideal proposto para análise¹¹⁰.

Nesse sentido, o caso central diz respeito a um determinado estado de coisas que conjuga em um nível elevado (*high degree*) as características de um determinado conceito (como o de amizade, cidadania ou sistema jurídico, por exemplo)¹¹¹. Por outro lado, em diversos outros estados de coisas apenas algumas dessas características estarão presentes (em nível maior ou menor), caracterizando os casos periféricos de um conceito.

Segundo esse método analógico adotado por John Finnis, esses casos “defeituosos” ou parcialmente incompletos (em suas características típicas¹¹²) não são o caso central (não o integram de forma unívoca), mas também não deixam de integrá-lo de modo parcial ou relativo (ou seja, não se afastam de forma equívoca). Essa aproximação parcial os torna casos em sentido análogo. O caso central é análogo principal, enquanto os casos periféricos correspondem aos análogos secundários.

O caso central evidencia ou expressa o significado focal (*focal meaning*), isto é, o sentido genuíno de um dado conceito em análise¹¹³. Por sua vez, o caso periférico expressa um significado imperfeito ou “desfocado” desse conceito. Embora o conceito de “casos” e de “significados” sejam próximos, são distintos. Enquanto o “caso central” se refere a tipos (categoria empírica), o “significado focal” se refere a significados (categoria teórica). Sendo que, conforme o propósito do agente, esse caso central e significado focal serão diferentes¹¹⁴.

Não se deve olvidar que a preservação de uma generalização em compatibilidade com a diversidade de casos particulares somente é possível em Finnis por ele reconhecer uma base racional universal para a moralidade. Ou seja, é possível falar em uma justificação moral para a Teoria do Direito sem precisar se

¹¹⁰ FINNIS, 2007, p. 23.

¹¹¹ FINNIS, 2011, p. 10.

¹¹² “Casos típicos” (*typical instances*) é a expressão usada por Joseph Raz à qual John Finnis faz referência ao tratar sobre casos centrais e casos periféricos. Cf. FINNIS, 2007, p. 24 [Original: FINNIS, 2011, p. 10].

¹¹³ FINNIS, 1998, p. 44.

¹¹⁴ FINNIS, 2011a, pp. 429-430.

vincular de forma insuperável às características de uma comunidade política específica. Assim também, será possível falar em Estado de Direito ainda que existam diversos modelos concretos ou experiências históricas particulares desse conceito.

Sendo que a definição do caso central não se dá de forma arbitrária ou com base em uma recorrência estatística de determinadas características¹¹⁵. Por isso, no pós-escrito de sua obra, Finnis admite que a expressão “seleção” (ao se referir à definição do caso central) pode gerar um mal-entendido. A definição do caso central não é uma espécie de escolha ou opção entre casos iguais e incomensuráveis¹¹⁶. Nesse ponto a metodologia adotada por Finnis difere de um método sociológico de identificação de um fato social. Não se trata de um dado puramente empírico, afastado de uma reflexão do investigador. Ao contrário, trata-se de um ir e vir entre o conceito racionalmente identificado e a experiência concreta.

A identificação do caso central, em verdade, é uma questão de fundamentar um juízo teórico sobre a importância e significância deste caso sob um ponto de vista (*viewpoint*) e segundo determinado objetivo (*purpose*)¹¹⁷. No caso, esse juízo de significância e importância é realizado tomando por base os princípios da razão prática (*practical reason*), os quais, elegendo bens humanos básicos e nos direcionando a eles, possibilita julgamentos sobre o razoável e o desarrazoado nas escolhas e ações humanas¹¹⁸. À frente, veremos a importância desses aspectos quando da análise do conceito de Estado de Direito.

Por isso, mesmo práticas disseminadas e enraizadas podem ser identificadas como casos periféricos. Finnis exemplifica isso por meio, entre outros exemplos, dos campos de concentração, escravidão e prostituição. Embora práticas frequentes, são ações que se opõem aos bens e exigências da razoabilidade prática, atentando contra eles. Por isso, podem ser identificados como casos desviantes¹¹⁹.

Ao fundamentar-se na razoabilidade prática, a teoria de Finnis sobre o caso central ganha objetividade. Sendo objetiva, ela é passível de análise e crítica por seus interlocutores, de forma a evitar que os preconceitos do teórico (sejam ele quem for) se perpetuem. Isso, repita-se, torna o conceito de caso central objetivamente

¹¹⁵ FINNIS, 2007, p. 24.

¹¹⁶ FINNIS, 2011a, p. 429.

¹¹⁷ Este juízo teórico, não obstante, está relacionado a um juízo prático, pois diz respeito ao agir humano. Cf. FINNIS, 2011a, p. 429.

¹¹⁸ FINNIS, 2011a, p. 430.

¹¹⁹ FINNIS, 2011a, p. 430.

verificável e passível de críticas, não sendo uma opção arbitrária do teórico. Não seria incorreto afirmar que o conceito de caso central em Finnis chega a ser mais objetivo que o tipo ideal de Weber, ao não decorrer de uma simples seleção do investigador – embora, como dissemos, sequer em Max Weber o conceito de tipo ideal é algo simplesmente arbitrário ou subjetivo, embora fosse unilateral.

Em tal contexto, a identificação do caso central envolve a definição do ponto de vista sob o qual ela ocorrerá. No campo dos assuntos humanos, esse ponto de vista precisa ser o prático, isto é, o ponto de vista atento aos propósitos de decisão e ação humanas. Por isso, nesse campo, mesmo um teórico descritivo (cujos propósitos não são práticos) precisa adotar um ponto de vista prático para identificar e formar os seus conceitos¹²⁰.

De acordo com Finnis, na identificação do caso central do direito, tanto o ponto de vista interno de Hart, quanto o ponto de vista jurídico de Raz estão atentos a esse ponto de vista prático, ponto de vista de quem considera o direito como uma razão para sua decisão e ação. No entanto, ambos falham em perceber que o ponto de vista prático segundo o qual o direito surge como um tipo de ordem social significativamente diferenciado que remedia os defeitos das ordens sociais pré-jurídicas (e, portanto, uma ordem social de grande importância a ser mantida) é o ponto de vista moral¹²¹.

Em outros termos, o ponto de vista que deve ser usado como padrão de referência pelo teórico que descreve as características da ordem jurídica é aquele segundo o qual a instituição do Estado de Direito (*Rule of Law*) e a observância do direito são encaradas como requisitos, ao menos presumíveis, da razoabilidade prática em si¹²².

Considerando o exposto, é possível incluir em uma análise abrangente o caso central e os casos periféricos, sem perder de vista a distinção existente entre ambos. Por isso, não será possível acusar o método finnisiano de ser idealista e de ignorar a realidade prática sobre a diversidade de casos e a existência de casos defeituosos. E, sendo essencialmente normativa, sua teoria é chamada a ser correlacionada aos casos concretos, como forma de avaliá-los e, ao mesmo tempo, repensar o próprio significado focal adotado.

¹²⁰ FINNIS, 2007, p. 25.

¹²¹ FINNIS, 2007, p. 26.

¹²² FINNIS, 2007, p. 28 [Original: FINNIS, 2011a, p. 15].

Afinal, afirma o autor australiano, uma teoria social adequada não cuida apenas de casos ideais, mas deve ser capaz de abranger os casos periféricos e, principalmente, explicar as causas características de suas deficiências e identificar as condições nas quais a corrupção é mais provável de ocorrer. Pois, uma teoria social adequada não ignora nenhuma parte da realidade humana, a qual é mais diversa que apenas os casos centrais¹²³.

Essa diferenciação metodológica é fundamental para podermos analisar os conceitos seguintes, especialmente o conceito de autoridade. Como veremos, a autoridade possui certas características ou atributos quando falamos dela focalmente. No entanto, alguns casos (em alguns contextos, muitos casos) expressam essas características de modo apenas parcial. Isso é ainda mais visível quando nos referirmos à autoridade estatal.

Em que pese essa diversidade de exemplos, a questão metodológica que podemos afirmar a partir dos conceitos de caso central e casos periféricos é que a autoridade se manifesta na realidade humana de formas diversas e que, no entanto, podemos avaliá-la conforme realize em maior ou menor medida o significado focal presente no caso central. Por outro lado, podemos construir uma teoria geral sobre o Estado de Direito e, dessa forma, avaliar os modelos concretos deste tipo ideal.

1.3 BENS HUMANOS BÁSICOS

Por certo uma das grandes questões que envolvem o Direito, a Ética e o Estado diz respeito à necessidade de uma definição a partir de suas finalidades. Ou, pelo menos, uma definição que inclua um elemento teleológico ao caracterizar as normas jurídicas e as associações políticas (seja o Estado Moderno, sejam as associações políticas que o precederam). Essa finalidade é ainda mais fundamental quando a discussão diz respeito ao Estado de Direito – objeto central da análise desta pesquisa. Essa discussão, à luz da Nova Teoria da Lei Natural, envolve fundamentalmente a discussão sobre os bens humanos básicos, em especial o papel do Estado na garantia da razoabilidade prática.

¹²³ FINNIS, 1998, p. 47.

1.3.1 Definindo e contextualizando os bens humanos básicos

De início, deve ser feito um esclarecimento terminológico. O conceito de bem tem sido utilizado por diversos autores e em diversos sentidos. Talvez a aplicação mais conhecida dentro da teoria política contemporânea tenha sido aquela proposta por John Rawls¹²⁴. No entanto, esse uso predominante não se confunde com o uso do conceito de bens na Nova Teoria da Lei Natural (que retoma seu uso clássico).

Para Rawls, os bens estariam associados a condições ou posições às quais as pessoas têm (ou deveriam ter) acesso. Nesse sentido, é algo externo aos indivíduos e aos quais eles podem ter acesso ou não, sendo que alguns, dada sua primariedade, deveriam ser assegurados em certo nível a todos os membros de uma comunidade política¹²⁵. Portanto, seu conceito de bens diz respeito muito mais às instituições do que às pessoas.

Assim como Rawls construiu sua teoria política sobre uma análise acerca do acesso aos bens primários, o conceito de bens humanos básicos (ou fundamentais¹²⁶) ocupam um lugar essencial na Teoria do Direito de Finnis e em toda a Nova Teoria da Lei Natural¹²⁷. No entanto, os bens humanos básicos apresentados por Finnis podem ser percebidos e conceituados a partir da análise da ação humana. Não dizem respeito, portanto, a algo externo à pessoa, aos quais ela pode ou não ter acesso. Embora afetem instituições, eles não estão radicados nelas.

Em uma síntese inicial, podemos radicar os bens humanos básicos na ação humana. Em primeiro lugar, é preciso observar que a ação humana é dirigida a certas finalidades que a tornam compreensível (dotada de sentido) e justificável (quando comparada a ações alternativas possíveis). Entre as diversas justificações possíveis para uma ação, sempre chegaremos a certas finalidades que, por si só e de forma evidente por si mesma, justificam e permitem a compreensão de certa ação. Esses seriam os bens humanos básicos ou fundamentais¹²⁸.

¹²⁴ RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: The Belknap Press, 1971.

¹²⁵ RAWLS, 1971.

¹²⁶ Tendo em vista que o original no inglês “*basic goods*” (FINNIS, 2011a) remete muito mais a “fundamental” ou “basilar” no português do que “básico”, como acabou prevalecendo na tradução de Lei Natural e Direitos Naturais (FINNIS, 2007).

¹²⁷ RICHARDSON, Henry S. Incommensurability and basic goods: a tension in the new natural law theory. In: ODERBERG, David S.; CHAPPELL, Timothy (Ed.). **Human Values: New Essays on Ethics and Natural Law**. New York: Palgrave Macmillan, 2004, pp. 70-101.

¹²⁸ MPORA, Pastor. **Integral human fulfilment as the natural foundation of the family in the light of John Finnis’ thought**. Roma. 262 p. Tese (Doutorado em Filosofia). Pontificia Universitas Urbaniana, 2001.

Ao discutir o conceito de bens humanos básicos, John Finnis retoma o argumento aristotélico de que ações e conhecimentos humanos objetivam algum bem, que é a finalidade das coisas¹²⁹. Essa finalidade não é acidental, mas absolutamente relevante para compreensão da referida ação. Portanto, é fundamental na atividade do teórico conhecer esses bens – razão pela qual a teoria de Finnis tem uma profunda preocupação epistemológica.

Por outro lado, como existe uma diversidade de ações e conhecimentos, esses bens também são múltiplos¹³⁰. Disto, surge a necessidade de uma reflexão racional na busca por identificação e definição desses bens. É neste ponto que surge uma dificuldade inicial, dado que o agir humano não é passível de uma objetivação completa, de forma que sempre encontraremos casos problemáticos (ou obscuros), em maior ou menor medida.

Por outro lado, retomando Aquino, Finnis argumenta que aquilo ao qual a ação humana se dirige a razão apreende como algo a ser buscado (o bem), enquanto seu oposto é para ser evitado (o mal)¹³¹. Isso ainda não torna os bens humanos básicos máximas morais, uma vez que eles ainda não determinam algo em relação ao conteúdo da conduta humana (por isso, Finnis os designa como pré-morais¹³²).

Uma vez que dizem respeito ao que o ser humano objetiva alcançar na realização de algum projeto que faz parte do seu plano de vida, investigar esses bens nada mais é do que investigar os aspectos básicos do bem-estar humano, do florescimento humano. No entanto, essa não é uma tarefa fácil. Afinal, se é verdade que as ações humanas tendem a múltiplos bens e essa ação aparentemente varia no tempo e no espaço, então poderíamos concluir precipitadamente que não existem esses bens de forma universal¹³³.

Em razão disso, Finnis destaca, em primeiro lugar, que a forma desses bens humanos não se confunde com ímpetos. Ou seja, bens humanos básicos não são simples impulsos que as pessoas normalmente (isto é, com certa frequência estatística) têm. Em segundo lugar, eles não se confundem com condições materiais (que até podem afetar sua busca, mas não são os próprios bens). Algumas condições materiais e psicológicas (como capacidade mental) são precondições a que

¹²⁹ ARISTÓTELES, 2014, I.1.1094a1-1094a10.

¹³⁰ ARISTÓTELES, 2014, I.1.1094a1-1094a10.

¹³¹ AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. v. 4. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2003, I-II, q. 94 a.2c.

¹³² FINNIS, 2007, p. 91.

¹³³ FINNIS, 2007, p. 88.

conseguamos buscar adequadamente certos bens (como o conhecimento), mas permanecem sendo distintos. Em terceiro lugar, esses bens são fins propriamente ditos e não meros meios (ou fins intermediários). Existem muitos fins intermediários que são importantes, mas que são apenas meios para que possamos atingir ou realizar um fim propriamente dito (um “fim final”)¹³⁴.

Feita esta diferença, devemos considerar a questão da variação entre as culturas. Ao mesmo tempo em que alguns autores destacam as diferenças entre as sociedades, é bem verdade que em certos pontos elas convergem. Não se trata de uma convergência de práticas, mas de convergência nos bens que elas tutelam. Entre outros exemplos, Finnis destaca que todas as comunidades humanas possuem uma preocupação com o valor da vida humana, considerando-a valiosa para fins de autopreservação¹³⁵.

Embora não explore esse exemplo, quando a antropologia se dedica, por exemplo, ao estudo dos ritos fúnebres como uma forma de compreender as diversas sociedades humanas (uma vez que toda sociedade humana procurar dar um destino aos seus mortos), vemos tratar-se de um ponto de convergência, em que pese a multiplicidade de ritos¹³⁶. Vida e morte andam lado a lado. Sendo assim, é possível afirmar que a vida (como oposto da morte) é aparentemente algo significativo e importante para as sociedades humanas. É necessário, feito isso, analisar racionalmente esse fato.

Essa diversidade de exemplos de instanciação dos bens humanos básicos indica a existência de um leque de vias por meio das quais eles podem ser realizados. E mais, indica que eles não são completamente realizados (não se exaurem, portanto) em um único modo de ação, vida, instituição ou cultura¹³⁷.

Finnis apresenta uma primeira versão desses bens desde a primeira edição de “Lei Natural e Direitos Naturais”¹³⁸. Seriam eles, (1) a vida, (2) o conhecimento, (3) o jogo, (4) a experiência estética, (5) a sociabilidade (ou amizade), (6) a razoabilidade prática e (7) a “religião”¹³⁹. Após anos de debates, Finnis reformulou essa lista,

¹³⁴ FINNIS, 2007, p. 88.

¹³⁵ FINNIS, 2007, p. 88.

¹³⁶ Sobre a importância antropológica do estudo da morte, por exemplo: RODRIGUES, José Carlos. **Tabu da morte**. 2. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2006, pp. 11 e ss.

¹³⁷ FINNIS, 2007, p. 90.

¹³⁸ Em português: FINNIS, 2007. No original: FINNIS, 2011a [primeira edição em 1980].

¹³⁹ FINNIS, 2007, cap. III e IV.

acrescentando o bem humano do casamento e associando os bens humanos do conhecimento e da experiência estética¹⁴⁰.

Com essa reformulação, seriam bens humanos básicos¹⁴¹: (1) a vida corporal (e seus componentes); (2) o conhecimento da realidade (agora incluindo a apreciação estética); (3) o desempenho hábil (*skilful performance*) no trabalho e no jogo; (4) a amizade ou harmonia e associação entre as pessoas (em suas mais diversas formas e profundidades); (5) a razoabilidade prática (enquanto harmonia entre os sentimentos e os julgamentos e entre os julgamentos e o comportamento); (6) a reflexão e harmonia com a fonte última de toda a realidade, valor e significado (“religião”); e, por fim, (7) o casamento, enquanto associação sexual de um homem e uma mulher que, embora envolvendo essencialmente a amizade entre os parceiros e a transmissão da vida aos filhos por meio da procriação, parece ter um objetivo que não é redutível nem à amizade nem à vida¹⁴².

Essa formulação tem sido objeto de críticas¹⁴³, no entanto essa alteração no rol inicial dos bens humanos básicos não afeta a questão discutida aqui, uma vez que os bens sujeitos à alteração não têm um impacto central na definição da autoridade – embora impactem as decisões que essa autoridade pode vir a tomar. Como o desenvolvimento da Nova Teoria da Lei Natural se deu, em grande medida, com base no rol original (pelo próprio Finnis e outros teóricos), parece ser adequado seguir o rol de “Lei Natural e Direitos Naturais”.

Considerando o rol original, façamos uma análise geral dos bens humanos básicos. A vida enquanto um bem humano básico consiste no direcionamento (ou impulso¹⁴⁴) à autopreservação, o qual possibilita ao ser humano uma boa condição para a autodeterminação. Dessa forma, engloba cada aspecto da vitalidade, tanto o

¹⁴⁰ Para uma explicação mais detalhada sobre as transformações nessa relação original que culminou no novo rol de bens humanos básicos, ver: PEREIRA, Dienny Riker. **Razão prática e o bem humano básico do casamento**: lei natural, bem comum e direito. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Pará. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, 2018, pp. 74 e ss.

¹⁴¹ Para ficar mais nítida a comparação com o rol original, optamos por manter a sequência da obra original (FINNIS, 2007), embora a lista reformulada no pós-escrito (FINNIS, 2011a, p. 448) siga uma sequência distinta, iniciando, por exemplo, com o conhecimento.

¹⁴² A partir do pós-escrito a Lei Natural e Direitos Naturais (FINNIS, 2011a), essa é a relação atualmente adotada por Finnis e, entre seus comentadores, por Pastor Mpora. Cf.: MPORA, 2001, pp. 80-81.

¹⁴³ Especialmente em razão da definição do conteúdo do bem humano básico do casamento. Ver, entre outros: LAGO, Pablo Antonio. Casamento entre pessoas de mesmo sexo: uma defesa a partir dos fundamentos do Direito Natural. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 1044-1066, jan. 2019.

¹⁴⁴ No original, “drive”. Cf. FINNIS, 2011a, p. 86.

aspecto corporal quanto psíquico¹⁴⁵. Mpora destaca que esse a busca por esse bem humano envolve a proteção contra tudo o que pode prejudicar ou destruir a vida¹⁴⁶.

Por sua vez, o conhecimento diz respeito ao interesse humano pela investigação teórica e prática em busca da verdade, incluindo um direcionamento e satisfação obtidos em conhecimentos formais e complexos (como ciência, matemática e filosofia), mas também obtidos em situações mais simples e banais (como nos jornais diários e histórias de detetives)¹⁴⁷. O impulso identificado, principalmente, pelo segundo tipo de conhecimento é o que torna mais visível a universalidade desse bem.

O bem do jogo (ou do aspecto lúdico) relaciona-se ao interesse e engajamento humano em atividades que tem como único fim sua própria realização, sendo desfrutadas em si mesmas. Pode assumir as mais diferentes formas: física, intelectual, formal, informal, entre outras. Outras atividades que não o jogo propriamente dito podem também ter um aspecto lúdico, porém o jogo é definido pela centralidade desse caráter autossatisfatório¹⁴⁸.

A seu turno, embora a experiência estética tenha uma proximidade com o bem do jogo, se diferencia dele por não envolver necessariamente uma ação humana. Tal experiência conjuga a contemplação de um elemento externo e sua forma e a experiência interna de apreciação de sua beleza¹⁴⁹. Para Pastor Mpora, a experiência estética possibilita uma oportunidade de autorrealização¹⁵⁰. Daí sua relevância individual e comunitária. Aliás, assim como a vida e a morte, a estética é um constante objeto da análise antropológica. Como destaca Relivaldo Pinho, teóricos centrais da antropologia, como Geertz, tiveram como tema central a estética¹⁵¹.

A sociabilidade ou amizade é listada como o quinto bem humano básico (embora isso não tenha relação com algum tipo de ordem de prioridade). Pode se manifestar de um modo mais superficial até um modo mais profundo. Em sua forma mais fraca, esse bem é realizado por um mínimo de paz e harmonia entre as pessoas. Em sua forma mais forte, é realizado no florescer de uma amizade plena. Dessa forma, a sociabilidade inclui uma colaboração instrumental entre as pessoas, visando os

¹⁴⁵ FINNIS, 2007, pp. 91-92.

¹⁴⁶ MPORA, 2001, p. 81.

¹⁴⁷ FINNIS, 2007, p. 90.

¹⁴⁸ FINNIS, 2007, pp. 92-93.

¹⁴⁹ FINNIS, 2007, p. 93.

¹⁵⁰ MPORA, 2001, p. 88.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Relivaldo Pinho de. Antropologia e filosofia: estética e experiência em Clifford Geertz e Walter Benjamin. **Horizontes antropológicos**, Porto Alegre, v. 18, n. 37, p. 209-234, junho/2012.

próprios propósitos, mas também envolve o agir individual no interesse dos propósitos do amigo e do bem-estar deste. Esse bem é fundamental para a compreensão das diversas comunidades¹⁵².

Como destaca Mpora, em sociedade a realização dos interesses individuais depende de um respeito recíproco entre os agentes, pelo que a vida em sociedade exige a promoção da realização do interesse não apenas individual, mas também comunitário (ou comum)¹⁵³. Por isso, a discussão sobre a sociabilidade envolve diretamente uma discussão sobre as comunidades humanas e sobre o bem comum.

Em sexto lugar, Finnis destaca a razoabilidade prática. No entanto, dada sua relevância à discussão sobre o papel da autoridade e as particularidades de seus requisitos, será analisada separadamente a seguir.

Por fim, em sétimo lugar, Finnis destaca a religião como um bem humano básico. De acordo com esse bem, o ser humano se direciona à busca pelo sentido da sua ação (e de si mesmo) à luz da ordem existente no cosmos e, se existir, da origem dessa ordem. Também se refere a um direcionamento a uma reflexão sobre a existência de algo acima e além dos seres humanos (e seus atributos)¹⁵⁴.

Sendo que, destaca Finnis, a negação a essa existência (de algo além do humano) já é, em si, uma reflexão sobre ela, de forma que aqueles que negam a existência de uma divindade (ou algo equivalente) também buscam o bem da religião. Finnis exemplifica a partir de Jean-Paul Sartre que, após essa reflexão, apresentou as implicações ao ser humano (e sua ação) da inexistência de Deus¹⁵⁵. Ou seja, o ateísmo não seria a negação, mas a confirmação desse bem.

Ao analisar o caráter exaustivo ou não desse rol, Finnis reconhece que existem diversos outros bens buscados pelas pessoas, entretanto acabam sendo um modo ou uma combinação de modos de buscar e realizar uma dessas formas básicas de bem. Sendo que, alguns desses objetivos ou interesses são modos razoáveis de buscar esses bens, outros, contudo, são ímpetos desarrazoados (porque não direcionados a um bem humano)¹⁵⁶. Em todo caso, Finnis não exige que seus leitores concordem pura e simplesmente com sua lista, nem a apresenta como um rol fechado

¹⁵² FINNIS, 2007, p. 93.

¹⁵³ MPORA, 2001, p. 99.

¹⁵⁴ FINNIS, 2007, p. 94.

¹⁵⁵ FINNIS, 2007, p. 95. A obra referenciada por Finnis é uma das obras clássicas de Sartre sobre a existência humana à luz da inexistência de Deus: SARTRE, Jean-Paul. **O Existencialismo é um humanismo**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

¹⁵⁶ FINNIS, 2007, pp. 95-96.

e definitivo acerca do assunto¹⁵⁷ – embora, metodologicamente a noção de bens humanos seja fundamental para a análise dos conceitos posteriores, como os de direito e de autoridade.

Nesse sentido, embora a discussão sobre a autoridade (especialmente a estatal) esteja relacionada direta ou indiretamente a todos os bens humanos básicos, o bem da razoabilidade prática é, indubitavelmente, aquele que merece maior destaque, haja vista lançar desafios que precisam ser respondidos para a completa compreensão do Estado de Direito.

1.3.2 Os requisitos da razoabilidade prática e o desafio lançado pela exigência de autodeterminação e autenticidade

Entre todos os bens humanos básicos indicados, um merece nossa atenção ao analisarmos as implicações sobre a autoridade estatal: o bem humano básico da razoabilidade prática e seus requisitos. Esse bem, segundo Finnis, diz respeito à capacidade de utilizar a própria inteligência para lidar eficientemente (em termos práticos) com os problemas de escolher as próprias ações e o próprio modo de vida e de dar forma ao caráter¹⁵⁸. De modo mais sintético, diz respeito à inclinação humana de viver e agir de acordo com a razão¹⁵⁹.

Para Mpora, Finnis concebe o ser humano como alguém cujas ações são dirigidas pela razão. Isso significa afirmar que a razão se estende com sucesso em sua diretividade ao domínio das paixões e ações humanas. Assim, os bens humanos básicos, enquanto razões para ação, são perseguidos de uma forma racional quando são almejados segundo os princípios práticos. Por consequência, escolhas erradas (as quais resultam em ações ruins) são consequência da interferência das paixões e emoções na diretividade da razão¹⁶⁰.

¹⁵⁷ FINNIS, 2007, p. 97.

¹⁵⁸ Neste ponto, a tradução brasileira não parece adequada ao conceito adotado por Finnis no original. Originalmente: “[...] there is the basic good of being able to bring one’s own intelligence to bear effectively (in practical reasoning that issues in action) on the problems of choosing one’s actions and lifestyle and shaping one’s own character” (FINNIS, 2011a, p. 88). A tradução afirma: “[...] há o bem básico de ser capaz de utilizar com eficiência a inteligência (no raciocínio prático que resulta em ação) nos problemas de escolher as ações, o estilo de vida e dar forma ao caráter” (FINNIS, 2007, p. 93).

¹⁵⁹ FINNIS, 1998, p. 84.

¹⁶⁰ MPORA, 2001, p. 100.

Esse bem humano possui duas dimensões. Em sentido negativo, significa que as pessoas têm um certo grau de liberdade efetiva (em termos práticos). Em sentido positivo, significa que as pessoas buscam promover uma ordenação (ou ordem) inteligente e razoável de suas próprias ações, hábitos e atitudes práticas¹⁶¹.

Essa ordenação tem dois aspectos, um interno e outro externo. No aspecto interno, essa ordenação se expressa quando a pessoa se esforça para direcionar as próprias emoções e disposições a uma harmonia de espírito que não é consequência do uso de drogas, doutrinação ou sujeição passiva. No aspecto externo, essa ordenação se expressa quando a pessoa se esforça por fazer com que as suas ações (que são externas à medida em que afetam o estado de coisas do mundo à sua volta e, muitas vezes, as relações interpessoais) sejam autênticas; ou seja, com que suas ações sejam realizações genuínas das próprias avaliações, preferências, esperanças e autodeterminação livremente ordenadas¹⁶².

Essa racionalidade pode ser identificada a partir do fato de que as ações humanas não são praticadas de uma forma desordenada, mas, ao contrário, possuem uma certa lógica¹⁶³. Afinal, caso as ações humanas fossem praticadas (seja sempre, seja frequentemente) de forma desordenada e sem sentido, não seria possível o desenvolvimento de qualquer teoria social, a qual pressupõe algum nível de racionalidade e sentido na ação humana (individual e coletiva).

Dessa forma, é o bem de razoabilidade prática que torna possível que cada pessoa dê forma ao seu futuro a partir de suas escolhas, e não a partir de circunstâncias materiais. Assim, a realização humana é uma realidade aberta (podendo ser melhor ou pior), uma vez que o ser humano é um ser livre e não inteiramente determinado (como os demais animais)¹⁶⁴.

Essa deliberação em busca da própria realização não é um tipo de egoísmo, pois, ao instanciar (de forma razoável) bens humanos básicos, o agente também escolhe e age em benefício de sua família e da sociedade em geral. O egoísmo, na verdade, reside na denegação da universalidade dos bens humanos básicos, quando o agente atua de forma a prejudicar ou impedir a persecução desses bens pelos demais. Essa é uma conduta desarrazoada e atentatória ao bem da razoabilidade

¹⁶¹ FINNIS, 2007, pp. 93-94 [FINNIS, 2011a, p. 88].

¹⁶² FINNIS, 2007, p. 94 [FINNIS, 2011a, p. 88].

¹⁶³ MPORA, 2001, p. 100.

¹⁶⁴ MPORA, 2001, p. 101.

prática, na medida em que nega o fato de que as pessoas vivem em comum na sociedade¹⁶⁵. Assim sendo, a ação humana razoável leva em consideração a realização não apenas individual, mas também comum. Por isso, a correta compreensão da realização individual envolve a análise da comunidade e do bem da comunidade, isto é, do bem comum.

Dadas as limitações humanas e a incomensurabilidades dos bens humanos básicos, a busca pelo florescimento humano envolverá a tomada de decisão sobre como viver e agir. Em outros termos, a condução da própria vida exigirá do agente escolhas. Dessa forma, a busca pelo florescimento humano exigirá uma ordenação individual para a busca de certos bens por certos caminhos. Exigirá que coloquemos em ação o bem humano da razoabilidade prática. Isso ocorrerá, segundo Finnis, de acordo com alguns requisitos (todos interrelacionados e igualmente fundamentais)¹⁶⁶.

Como primeiro requisito, a razoabilidade prática exige que o agente tenha um plano racional (ou coerente) de vida. Ou seja, que faça suas escolhas (viva e tome decisões) segundo um “conjunto harmonioso de propósitos e orientações”, assumindo compromissos efetivos com esse plano de vida¹⁶⁷. Finnis remete a Rawls ao tratar desse requisito¹⁶⁸, afirmando a necessidade de se levar em consideração a vida como um todo e não apenas um momento específico¹⁶⁹. Somente assim, aliás, a pessoa conseguirá tomar decisões satisfatórias ao longo do tempo¹⁷⁰.

Considerando a diversidade de modos de instanciação dos bens humanos básicos, devemos concluir que não há um único plano racional de vida para todas as pessoas e nem apenas um único plano de vida para cada indivíduo. Ao contrário, diversas são as formas pelas quais uma pessoa pode conduzir racionalmente a própria vida. Não obstante, espera-se que cada pessoa assuma algum compromisso com algum plano de vida. Sem esse plano mais abrangente e permanente de fundo, ficam prejudicados o seu direcionamento e compromisso a respeito de objetos mais específicos (como impulsos, projetos e hábitos) e a harmonização entre eles, especialmente considerando que surgirão contingências¹⁷¹.

¹⁶⁵ MPORA, 2001, p. 101.

¹⁶⁶ FINNIS, 2007, pp. 105 e ss.

¹⁶⁷ FINNIS, 2007, p. 108.

¹⁶⁸ Finnis remete à obra clássica de John Rawls, “A Theory of Justice”. Cf. FINNIS, 2007, pp. 108-109; RAWLS, 1971.

¹⁶⁹ RAWLS, 1971, pp. 407 e ss.

¹⁷⁰ RAWLS, 1971, p. 410.

¹⁷¹ FINNIS, 2007, pp. 108-109.

Esse primeiro requisito possui íntima relação com o quarto e o quinto: desprendimento e compromisso. Para continuarmos abertos às diversas formas dos bens humanos básicos e tendo em vista as circunstâncias cambiantes e imprevisíveis da vida, precisamos manter um certo distanciamento de projetos específicos com os quais estamos envolvidos. Somente com esse desprendimento será possível manter um plano racional de vida em que pese o eventual fracasso em um projeto específico. Por isso, a postura contrária (o fanatismo) é uma opção desarrazoada de vida¹⁷².

Por outro lado, a apatia e o conformismo também não são formas razoáveis de vida. Sem um nível de engajamento com os compromissos assumidos, não conseguiremos participar dos bens humanos básicos. É necessário interesse e esforço para a realização daquele plano racional de vida, especialmente para conseguir superar, quando for o caso, as intercorrências comuns da vida. A simples adequação às circunstâncias não é viver segundo a razão¹⁷³.

O segundo requisito nos diz que, ao formular seu plano de vida, o agente não deve excluir arbitrária ou totalmente qualquer dos bens humanos básicos. Embora o requisito do compromisso exija algum tipo de foco, tal comprometimento somente será racional à medida em que considerou (e não rejeita definitivamente) as diversas formas básicas de bem¹⁷⁴.

Como terceiro requisito, a razoabilidade prática nos diz que a nossa ação não deve considerar unicamente o próprio interesse, mas também deve considerar o interesse alheio. É a denominada regra de ouro, segundo a qual geralmente se considera que os juízos e preferências pessoais devem ser universalizáveis. Por conseguinte, não devemos impedir ou prejudicar, de forma desarrazoada, que os demais busquem o próprio bem-estar de forma razoável¹⁷⁵.

Esse requisito está conectado ao oitavo, segundo o qual a conduta de cada agente deve favorecer e promover o bem comum das comunidades das quais ele faz parte¹⁷⁶. Por isso, contribuir para o bem da comunidade é uma escolha racional, o que

¹⁷² FINNIS, 2007, p. 114.

¹⁷³ FINNIS, 2007, p. 115.

¹⁷⁴ FINNIS, 2007, p. 110.

¹⁷⁵ FINNIS, 2007, pp. 111-112.

¹⁷⁶ Aqui vale uma nova observação sobre a tradução. Embora a tradução brasileira indique “comunidade” no singular (FINNIS, 2007, p. 127), em realidade o agente deve considerar o bem comum das mais diversas comunidades das quais ele faz parte, tendo em vista que dificilmente alguém participa apenas de uma comunidade (ainda que estejamos falando da comunidade política). Por isso, inclusive, o texto original fala de “communities”. Cf. FINNIS, 2011a, p. 125.

sustenta, em algum nível, a racionalidade da submissão às ordens da autoridade sobre a comunidade.

Ao colocar em prática (em ação) suas escolhas, o agente deve julgar a eficácia e a adequação dessa ação aos seus propósitos, sua utilidade e suas consequências. Isto é, ponderar sua eficiência na persecução de um bem básico, mas sem incorrer em um consequencialismo (onde apenas esse cálculo importa para a decisão). Aliás, Finnis ressalta a completa inviabilidade da proposta utilitária e consequencialista de basear a toma de decisões unicamente em um suposto cálculo (irrealizável). Este é o sexto requisito da razoabilidade prática¹⁷⁷.

O sétimo requisito nos diz que nenhum ato deve ser praticado com uma intenção diretamente oposta a um bem humano básico. Ou seja, devemos respeitar os valores básicos na prática de cada ato. Isso, contudo, não nega o fato que, ao fazermos a escolha por um ato que realiza certo bem básico, nossa conduta implica a não realização de outros bens básicos (um tipo de dano indireto por não promoção). A escolha desarrazoada refere-se à hipótese de o ato ser intencionalmente praticado para lesar um bem humano básico, situação na qual nossa conduta atenta contra um valor incomensurável¹⁷⁸.

Por fim, e como um dos requisitos mais importantes para a discussão sobre a autoridade, Finnis indica a autenticidade como uma exigência da razoabilidade prática. Isto é, ninguém deve agir de forma contrária àquilo que considera que deva ou não deva fazer. Portanto, cada pessoa deve agir de acordo com a própria consciência. Cada sujeito é está vinculado à própria consciência.

Após considerar todas as coisas, ou seja, realizando um julgamento sério, se a pessoa age contrariamente ao que entende que deveria ou não deveria fazer (independentemente se o julgamento estava correto ou não), então sua conduta foi desarrazoada. É desarrazoado, pois a razoabilidade prática não diz respeito essencialmente à formulação de juízos corretos (embora, indiscutivelmente, afete-os), e sim a um aspecto de realização pessoal¹⁷⁹.

Segundo Mpora, o requisito da autenticidade diz respeito ao bem da harmonia com os próprios julgamentos, escolhas e atuações (*performances*). Diz respeito à paz

¹⁷⁷ FINNIS, 2007, pp. 115-121.

¹⁷⁸ FINNIS, 2007, pp. 122-123.

¹⁷⁹ FINNIS, 2007, pp. 127-128.

de espírito e coerência entre a própria consciência e nossa manifestação ao mundo¹⁸⁰. Por isso, a intervenção de uma autoridade entre a consciência e sua manifestação pode ser problemática. Em tese, pode ser um atentado contra essa realização pessoal ao nos impedir de agirmos (externamente) conforme nossa deliberação (interna).

Destarte, considerando a razoabilidade prática, a pessoa humana busca tomar as próprias decisões, livre de uma sujeição passiva ou de algum automatismo, para que possa buscar o próprio plano racional de vida¹⁸¹. No entanto, a existência da autoridade pode ir no sentido oposto a essa afirmação.

A autoridade é, em síntese, um tipo de sujeição (jurídica ou de outro tipo). Sendo assim, a existência da autoridade causa um problema (ao menos de modo aparente) à plena realização do bem da razoabilidade prática, especialmente considerando suas exigências de autodeterminação e autenticidade. É necessário, portanto, que a autoridade encontre vias para justificar racionalmente seu apelo por obediência aos seus subordinados.

Nesse sentido, como será visto, a autoridade é necessária à vida em comunidade, especialmente no que diz respeito à comunidade política. Isto é, a razoabilidade prática encontra-se potencialmente mais prejudicada ou em maior risco de violação em um cenário destituído dessa autoridade.

Dessa forma, devemos concluir que o problema entre autoridade estatal e razoabilidade prática inicia quando não existem critérios claros e razoáveis para a sua ação ou quando ela atenta diretamente contra os bens humanos básicos. Nesse caso, a pergunta passa a ser sobre os modos pelos quais esse cenário pode ser evitado. A essa questão a *rule of law* nos oferece instrumentos formais, o princípio da legalidade e o devido processo legal, e instrumentos substanciais.

Contudo, antes de iniciarmos a discussão sobre o Estado de Direito propriamente dito, é necessário investigar o que justifica ou legitima a existência de uma comunidade política, como o Estado, especialmente considerando que muitos dos bens humanos básicos que os agentes buscam aparentemente não possuem uma relação direta com ela.

¹⁸⁰ MPORA, 2001, p. 101.

¹⁸¹ MPORA, 2001, p. 101.

1.4 COMUNIDADES E BEM COMUM

Como percebemos na análise dos bens humanos básicos em si, muitos deles envolvem algum tipo de colaboração entre os agentes morais, como forma de proporcionar sua promoção e realização. Sendo assim, devemos considerar o papel das comunidades para o florescimento humano. Em especial, deve ser considerada a comunidade política e sua autoridade, tendo em vista suas peculiaridades, especialmente a sua capacidade coercitiva. Esta análise, no entanto, precisará ser complementada posteriormente com a análise do Estado de Direito.

1.4.1 A comunidade política e o bem comum político

Para compreender a autoridade do Estado, é necessário situá-lo como um tipo específico de comunidade, com características distintivas e uma finalidade própria. Ao lado disso, é necessário situar o indivíduo como estando *de facto* inserido nessa comunidade. A Nova Teoria da Lei Natural articula os dois polos para justificar a autoridade estatal, porém de forma limitada e relacionada com outras comunidades.

Em primeiro lugar, é importante observar que a realização e a preservação dos planos individuais das pessoas envolvem considerar sua inserção na comunidade. Alguns argumentos podem ser destacados nessa direção.

De início, temos um argumento empírico ou fático, pois, em um mundo finito, é improvável a viabilidade da existência de um indivíduo sem contato, ainda que involuntário, com outras pessoas. Isso, por si só, gera alguns problemas de coordenação entre os interesses individuais. Ainda em um nível fático, ao menos um dos níveis do desenvolvimento humano (a infância) ocorre em comunidade (ainda que involuntária). O desenvolvimento humano requer um cuidado comunitário¹⁸².

Não obstante as interações humanas eventualmente involuntárias, o ser humano possui uma diversidade infindável de objetivos individuais (como vimos ao

¹⁸² Vale ressaltar que existem pesquisas significativas sobre a relação entre a necessidade de cuidado na infância e o impacto biológico sobre os pais. Nesse sentido, pesquisas indicam que, do ponto de vista evolutivo, a espécie humana é moldada para esse cuidado. “They also add to evidence that human males have an evolved neuroendocrine architecture shaped to facilitate their role as fathers and caregivers as a key component of reproductive success”. Cf. GETTLER, Lee T.; MCDADE, Thomas W.; FERANIL, Alan B.; et al. Longitudinal evidence that fatherhood decreases testosterone in human males. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, Washington D.C., v. 108, n. 39, p. 16194–16199, 2011. Disponível em: <https://pnas.org/doi/full/10.1073/pnas.1105403108>. Acesso em: 3 dez. 2023.

tratar dos bens humanos básicos). Sendo que a complexidade de muitos desses objetivos torna inviável sua efetiva realização sem a cooperação de outras pessoas. Sendo que essa cooperação humana é necessária nos mais diversos níveis, desde o mais próximo, como na família, até o mais abrangente, como o Estado ou a Comunidade Internacional.

Sendo assim, não há como considerar a busca e a preservação dos bens particulares sem considerar a inserção do indivíduo na sociedade (ou, comunidade). Mesmo visões mais liberais e individualistas não chegam a negar isso¹⁸³. A questão, então, é sobre as exigências que uma comunidade pode legitimamente fazer a um indivíduo. As concepções individualistas clássicas limitam ao máximo tais exigências.

No entanto, a participação em uma comunidade é uma via de mão dupla, em que ao mesmo tempo em que os objetivos particulares são protegidos, exigências são impostas. Assim, para a adequada compreensão da comunidade é necessário abordar o conceito de bem comum¹⁸⁴.

Tal relação vale, especialmente, para a participação de indivíduos na comunidade política. Como toda comunidade exige uma finalidade comum que interligue e direcione seus membros, essas exigências estão associadas à finalidade da comunidade. Como expõe Murphy, é considerando este fim em comum que as exigências são impostas aos membros de cada comunidade¹⁸⁵.

Quanto a isso, Finnis expõe os problemas para a definição de um grupo – em sentido amplo, incluindo comunidades de diversas ordens ou mesmo casais ou pares. A definição com base em elementos externos – como o número de interações ou o contexto – acaba sendo arbitrária, tornando necessária uma definição interna, com base em objetivos comuns. O grupo depende de uma coordenação de atividades de um certo número de pessoas, em certo intervalo de tempo, com vista a uma finalidade compartilhada entre seus membros¹⁸⁶.

Isso não significa, por outro lado, que os planos individuais estarão sujeitos à vontade da comunidade. Isso aniquilaria os bens particulares e, conseqüentemente, tornaria sem sentido a comunidade. Igualmente, não significa que a comunidade

¹⁸³ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 265.

¹⁸⁴ VALLEJO, Iván Garzón. Bien común, pluralismo y derechos. In: ETCHEVERRY, Juan B. (ed.) **Ley, moral y razón**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. pp. 141-160.

¹⁸⁵ MURPHY, Mark. The Common Good. **Review of Metaphysics**, Washington D.C., vol. 59, pp. 133-164, 2005.

¹⁸⁶ FINNIS, 2007, p. 153.

política seja a única comunidade relevante para a realização individual. Críticas de tal ordem não subsistem quando confrontadas com uma concepção racionalmente estruturada sobre o bem comum¹⁸⁷.

Uma primeira diferença a ser feita é entre o bem comum abrangente (ou inclusivo) e o bem comum político. Considerando a diversidade de bens individuais e a pluralidade de associações incompletas e com interesses especializados, é necessária uma comunidade abrangente (com um bem comum igualmente abrangente) que inclua essa diversificação¹⁸⁸.

Por outro lado, podemos identificar um bem comum que diz respeito especificamente à comunidade política – denominado de bem comum político ou público. Ao fazer essa distinção, a pergunta que permanece é se o Estado seria essa comunidade abrangente (e visaria, conseqüentemente, o bem comum abrangente) ou se seria apenas a comunidade política (e visaria apenas o bem comum político).

Na Modernidade, o Estado reivindicou para si o caráter de uma comunidade abrangente e afirmou o seu bem como sendo o bem comum abrangente. Por isso, o Estado – e o sistema legal por ele instituído – pretende ter autoridade sobre todos os campos da vida, sobre todas as associações e sobre todas as matérias. Isso pode ser percebido nas noções de completude e supremacia do sistema legal estatal¹⁸⁹. Além disso, essa ideia parece ser o núcleo do conceito moderno (em Bodin e Hobbes, especialmente) de soberania estatal¹⁹⁰.

No entanto, o Estado não se confunde com uma comunidade abrangente – nem o bem político se confunde com o bem comum inclusivo –, tendo em vista que o bem dos indivíduos não é adequadamente satisfeito apenas pelo Estado¹⁹¹. O bem comum abrangente inclui efetivamente o bem comum político, bem da comunidade política, no entanto inclui também os bens de outras comunidades – como a família, a amizade, o mercado, a igreja, entre outros grupos menores – e os bens particulares. Sendo assim, o bem comum político é limitado, sendo um entre outros.

Sendo limitado, é necessário definir a razoabilidade das exigências do bem comum político. Tal razoabilidade decorre, em primeiro lugar, da necessidade de uma

¹⁸⁷ DUKE, George. *Finnis on the Authority of Law and the Common Good*. **Legal Theory**, Cambridge, vol. 19, pp. 44-62, 2013.

¹⁸⁸ FINNIS, 1998, p. 219.

¹⁸⁹ FINNIS, 2007, p. 149.

¹⁹⁰ CAHILL, Maria. *Sovereignty, Liberalism, and the Intelligibility of Attraction to Subsidiarity*. **The American Journal of Jurisprudence**, Notre Dame, vol. 61, n. 1, pp. 109-132. junho/2016.

¹⁹¹ FINNIS, 2007, p. 150.

relação apropriada entre o bem-estar próprio e o bem-estar das outras pessoas¹⁹². Afinal, em qualquer associação de indivíduos, os interesses privados precisarão constantemente de harmonização, como condição de continuidade da comunidade.

Partindo de uma concepção em que a comunidade é uma forma de relação unificadora entre seres humanos (e não uma entidade), ela é resultado, ao menos parcial, da inteligência humana (razoabilidade prática) e de um esforço cooperativo¹⁹³. No entanto, a existência do grupo – especialmente em se tratando do Estado – depende da solução de problemas de coordenação – os quais, no caso da comunidade política, envolvem a existência da lei e da autoridade¹⁹⁴. E mais, no que nos interessa neste ponto, as soluções dos problemas comunitários apenas podem ser adequadamente fundamentadas a partir de um objetivo compartilhado em maior ou menor medida, isto é, um propósito compartilhado entre os membros de dar continuidade à cooperação¹⁹⁵.

Apesar de os grupos menores (como a família) serem fundamentais à realização humana, tais grupos não são capazes de assegurar a justiça e a paz – elementos fundamentais para uma vida boa. Em primeiro lugar, sem o governo e a lei há uma dificuldade para resolver conflitos entre os indivíduos ou entre comunidades menores – e seus respectivos objetivos. Ou seja, o Estado é necessário à conservação da paz, promovendo essa concordância. E essa paz é uma condição necessária ao gozo dos benefícios da vida social¹⁹⁶. Além disso, indivíduos e comunidades menores não tem autoridade para impor e resolver problemas relacionados à justiça pública – como a aplicação de sanções¹⁹⁷.

Considerando isso, é possível concluir que os elementos do bem comum político não são a virtude das pessoas, mas os bens que são intrinsecamente interpessoais – isto é, direcionados aos demais, de pessoa para pessoa. Consequentemente, os vícios de disposição e conduta que não tenham nenhuma relação significativa, direta ou indireta, com a justiça e paz não são preocupação do governo ou da lei¹⁹⁸. Não cabe ao Estado tal função.

¹⁹² FINNIS, 2007, p. 137.

¹⁹³ FINNIS, 2007, pp. 138-141.

¹⁹⁴ Por isso, como veremos melhor posteriormente, a existência da comunidade política, da lei e da autoridade andam juntas.

¹⁹⁵ FINNIS, 2007, p. 154.

¹⁹⁶ FINNIS, 1998, p. 228.

¹⁹⁷ FINNIS, 1998, p. 275.

¹⁹⁸ FINNIS, 1998, p. 224.

Portanto, o bem comum político é necessário ao bem comum inclusivo e, conseqüentemente, aos bens particulares e bens das comunidades menores. A instanciação dos bens por indivíduos e comunidades menores seria menos segura e plena se a justiça e paz públicas não fossem mantidas por meio da lei e do governo – uma vez que elas são incapazes de obtê-las sem auxílio do Estado¹⁹⁹.

Sendo assim, uma comunidade política é necessária para que os diversos interesses (independentes ou, muitas vezes, conflitantes entre si) sejam coordenados, de forma a que o conjunto de condições possibilite a realização dos diversos planos racionais de vida. Há, presumidamente, portanto, um interesse comum entre os membros dessa comunidade em sua existência e continuidade²⁰⁰. No entanto, há igualmente o interesse de que tal comunidade tenha uma finalidade limitada e instrumental em relação aos bens individuais e de outras comunidades.

Por outro lado, se a definição do bem comum se limitasse ao interesse individual, então poderia ser razoavelmente satisfeita por uma visão individualista de sociedade. Com base em Aristóteles, Finnis afirma que, embora o caso central de *philia* seja a amizade em seu sentido pleno, existem tipos de amizade nas comunidades²⁰¹. Nesse sentido, uma comunidade em sentido pleno é uma comunidade caracterizada pela amizade, em que os membros fazem do bem-estar dos demais (de sua participação autoconstituidora nos bens humanos) um dos seus próprios compromissos autoconstituidores. Os membros (amigos) colaboram, então, de acordo com esses compromissos²⁰².

Embora esse seja o sentido pleno de comunidade, não se espera que a comunidade política se dê dessa forma – embora alguns modelos utópicos assim desejem. Uma comunidade pautada na amizade exige uma série de compromissos e autodoação que não é passível de serem feitos ou exigidos em uma comunidade ampla, como o Estado, embora seja altamente desejável para a família e os amigos²⁰³.

A comunidade política pressupõe, no entanto, certo nível de compromisso com o bem comum político. Nesse sentido, é fundamental percebermos que a lei tem um papel fundamental na garantia de um mínimo de colaboração. No entanto, embora

¹⁹⁹ FINNIS, 1998, p. 249.

²⁰⁰ FINNIS, 2007, p. 142.

²⁰¹ FINNIS, 2007, p. 143.

²⁰² FINNIS, 2007, p. 145.

²⁰³ FINNIS, 2007, p. 146.

a lei e o governo assegurem certo compromisso mínimo, o desenvolvimento dessa comunidade pressupõe um engajamento maior²⁰⁴.

Para compreendermos a relação entre o bem da comunidade política e a realização individual, é necessário compreendermos o papel dos bens humanos básicos. Tais bens são aspectos básicos da realização humana. Portanto, buscados por todas as pessoas, segundo o plano racional de vida de cada um²⁰⁵. Dada sua racionalidade, as comunidades que contribuem para a realização humana contribuem também para a busca e realização de tais bens humanos²⁰⁶. Logo, o bem comum envolve um compromisso com a realização dos bens humanos básicos de todos os membros da comunidade²⁰⁷.

Entretanto, o Estado isoladamente é incapaz de assegurar a realização desses bens. Embora, como se vê, o seu bem tenha papel central na garantia de tais aspectos do florescimento humano, qualquer tentativa de absorção dos papéis de comunidades menores vai no sentido oposto de seu propósito. E mais, uma expansão do bem comum político pode representar uma ameaça à realização humana.

Consequentemente, o Estado tem um bem comum instrumental e limitado. Sua existência se justifica para possibilitar a realização dos diversos planos racionais de vida, criando condições de possibilidade para a realização de bens humanos básicos. Portanto, contribuindo, de forma instrumental, ao florescimento humano. Sua atribuição, sua esfera de soberania, existe exatamente para realização de ações que não podem ser (não são passíveis de ser) realizadas adequadamente por indivíduos e por comunidades menores, por isso a autoridade política do Estado é limitada²⁰⁸.

Dessa forma, o Estado tem um papel necessário, porém parcial na realização humana integral, dissuadindo condutas que impeçam a realização de todos os bens humanos básicos e promovendo condições para a instanciação de todos eles – quando indivíduos e comunidades menores não puderem fazer isso sem a ação estatal. O melhor exemplo disso é a punição²⁰⁹.

²⁰⁴ Várias abordagens são possíveis sobre outras formas relevantes para a obtenção desse maior comprometimento entre os membros da comunidade política. Fugiria ao escopo da presente análise avançar sobre essas discussões, de caráter mais moral e político.

²⁰⁵ FINNIS, 2007, p. 87.

²⁰⁶ CROWE, Jonathan. Natural Law Theories. **Philosophy Compass**, Hoboken, vol. 11, n. 2, pp. 91-101, 2016.

²⁰⁷ FINNIS, 2007, p. 156.

²⁰⁸ CORREAS, Carlos I. Massini. La concepción normativa del gobierno del Derecho: nuevas objeciones al *rule of law* y una respuesta desde las ideas de John Finnis. **Persona y Derecho**, Logroño, vol. 73, pp. 203-230, 2015.

²⁰⁹ FINNIS, 2007, p. 138.

No entanto, embora as comunidades tenham um papel central para as pessoas, a liberdade e a autenticidade também são aspectos básicos do ser humano. Por isso, nenhuma comunidade deve excluir o autodomínio individual. Ao contrário, cada comunidade deve ajudar o máximo possível que as pessoas possam assumir e cumprir seus compromissos²¹⁰. Isso tem uma implicação sobre a relação entre grupos maiores e grupos menores²¹¹.

1.4.2 As comunidades menores e o princípio da subsidiariedade

Assim, considerando a pluralidade de comunidades das quais as pessoas participam e a necessidade de autodeterminação individual como um aspecto da razoabilidade prática, um princípio que surge é o da subsidiariedade. Em síntese, esse princípio exige que as comunidades maiores não avoquem para si competências que podem ser desenvolvidas por comunidades menores. Ele guia especialmente a limitação na ação do Estado em relação a comunidades menores, abrindo espaço para o conceito de sociedade civil.

Como destaca Finnis, o termo “subsidiariedade” não deve fazer uma falsa referência a secundário ou subordinado. Ao contrário, *subsidium* é a palavra latina para assistência ou ajuda²¹². Liga-se, portanto, tanto à ideia de assistência entre as diversas comunidades – como princípio ordenador das relações entre os grupos – quanto, principalmente, à assistência da comunidade ao florescimento humano de seus membros²¹³.

Cada comunidade tem um bem específico que precisa coordenar-se com os bens de outras comunidades e com os bens individuais – no objetivo de possibilitar autodomínio. Sendo que, quanto mais próxima do indivíduo, tanto mais provável que essa comunidade seja mais apta a ajudá-lo no processo de autoconstituição – por meio da escolha e realização dos seus compromissos²¹⁴. Ou seja, quanto menor a comunidade, mais próxima das pessoas e, quanto mais próxima, mais apta à garantia de liberdade e de autenticidade.

²¹⁰ FINNIS, 2007, p. 147.

²¹¹ Salvo quando apontado expressamente, não se está fazendo uma distinção neste momento entre os termos “grupo”, “comunidade” ou “associação”.

²¹² FINNIS, 2007, p. 147.

²¹³ BARBER, N. W.; EKINS, Richard. Situating subsidiarity. *The American Journal of Jurisprudence*, Notre Dame, vol. 61, n. 1, pp. 5-12, junho/2016.

²¹⁴ FINNIS, 2007, p. 148.

Isso, pois em um grupo menor a tomada de decisão é mais próxima da iniciativa dos membros – ou seja, potencialmente mais apta à compreensão dos compromissos de cada um e, principalmente, porque as pessoas podem participar da tomada de decisão ao invés de apenas estarem submetidas às decisões tomadas por terceiros²¹⁵. Em tais associações, os membros não são apenas um número, mas alguém apto a decidir – ou a ajudar a decidir – sobre os objetivos de métodos de ação do grupo²¹⁶. Isso possui íntima relação com o princípio democrático, como veremos.

Consequentemente, as comunidades maiores, como o Estado, têm o dever de auxiliar as comunidades menores na realização de suas finalidades – ao invés de subsumi-las –, pois a pluralidade de associações de grupos torna possível o autogoverno individual e, consequentemente, uma vida boa²¹⁷. Isso, inclusive, leva alguns autores a concluir que o modelo federalista de Estado tem como base tal princípio, tendo em vista que o exercício do poder é regionalizado e, portanto, mais próximo²¹⁸. É, assim, um critério legítimo para avaliar uma Federação.

Por isso, como destacam Barber e Ekins, o princípio da subsidiariedade é um princípio moral, ainda que seja previsto em certos documentos jurídicos em âmbito internacional, como o Tratado de Maastricht de 1992 (ao dispor sobre o papel dos Estados e da Comunidade Internacional na proteção dos direitos da pessoa humana)²¹⁹. Segundo Finnis, que segue este entendimento, o fundamento deste princípio reside no argumento de que o bem humano não pode ser satisfeito, por exemplo, por meio de uma “máquina de experiências”²²⁰.

Finnis segue o argumento de Nozick²²¹ neste ponto. Consideremos que fosse possível a alguém permanecer conectado sua vida inteira – e isso como condição *sine qua non* à experiência – a uma máquina que proporcionasse todo tipo de experiência que escolhesse. Ainda assim, afirma Nozick, essa vida não seria escolhida –

²¹⁵ GREEN, Leslie. The Nature of Limited Government. In: GEORGE, Robert P.; KEOWN, J. (eds.). **Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 186-203.

²¹⁶ FINNIS, 2016.

²¹⁷ BARBER e EKINS, 2016, pp. 5-7.

²¹⁸ ARONEY, Nicholas. The Federal Condition: Towards a Normative Theory. **The American Journal of Jurisprudence**, Notre Dame, vol. 61, n. 1, pp. 13-31, junho/2016.

²¹⁹ BARBER e EKINS, 2016, p. 5. De modo semelhante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de São José da Costa Rica”) também consagra um princípio semelhante ao estipular a necessidade de utilização dos recursos internos (estatais) antes do acesso ao mecanismo interamericano de proteção da pessoa humana. Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969.

²²⁰ FINNIS, 2007, p. 148.

²²¹ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

certamente não seria indicada como um modelo de vida boa²²². Então, conclui Nozick, as pessoas não querem apenas experienciar certas coisas, elas querem *fazer* certas coisas, *ser* um certo tipo de pessoa e *viver* de um certo modo e segundo certas escolhas (e em contato com o mundo real)²²³.

Sendo assim, o bem humano envolve um livre comprometimento com valores e escolhas. Comunidades comprometidas com o bem humano, portanto, devem estar igualmente comprometidas com o autodomínio. Logo, um Estado – exemplo típico de uma comunidade maior – comprometido com uma vida boa e com o florescimento humano deve auxiliar os grupos menores a buscarem seus objetivos²²⁴.

Mas esse princípio não se resume ao âmbito interno. Uma manifestação clara da subsidiariedade pode ser vista no âmbito internacional, em que as instituições internacionais têm o dever de auxiliar os Estados em suas ações dentro de suas esferas de soberania²²⁵. Como destaca Samantha Besson, a subsidiariedade é um princípio fundamental para o Direito Internacional dos Direitos Humanos²²⁶. Portanto, manifesta essa relação entre diferentes comunidades. No entanto, parece que em âmbito interno há uma resistência maior ao princípio.

Por sua vez, Finnis destaca que a subsidiariedade, enquanto um princípio de justiça – isto é, sobre o lugar e o valor das associações humanas –, justifica, inclusive, relativa perda de eficiência por tais associações, e que não deve ser substituída por uma maior eficiência do Estado ou de outra comunidade maior²²⁷.

É por meio da subsidiariedade que se torna possível definir e identificar a importância da sociedade civil. Isto é, um espaço de liberdade deixado à ação das pessoas e dos grupos humanos²²⁸. Um espaço em que o Estado e o Mercado não são os agentes. A sociedade civil envolve diversas esferas de ação, como a ético-cultural, artística, científica, religiosa, entre outras. Segundo Alfredo Prados, embora não seja

²²² NOZICK, 1991, p. 58.

²²³ NOZICK, 1991, pp. 59-60.

²²⁴ OLIVEIRA, 2002, p. 108.

²²⁵ CAROZZA, Paolo. G. The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions. **The American Journal of Jurisprudence**, Notre Dame, vol. 61, n. 1, pp. 51-67, junho/2016.

²²⁶ BESSON, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law – What is Subsidiary about Human Rights? **The American Journal of Jurisprudence**, Notre Dame, vol. 61, n. 1, pp. 69-107, junho/2016.

²²⁷ FINNIS, 2016, p. 141.

²²⁸ FINNIS, 2011, p. 93.

o campo do político, também não é o campo da individualidade ou da privacidade, é o campo do social²²⁹.

Embora não haja um conceito unânime de sociedade civil, as definições encontradas normalmente têm por base uma ideia comum de que a sociedade civil envolve livre e efetiva participação em sua organização²³⁰. Considerando o que foi exposto sobre o bem comum político, o conceito de sociedade civil envolve uma esfera da vida em comunidade que não se baseie apenas em uma busca instrumental do bem. A sociedade civil é o *lócus* onde os projetos livremente escolhidos são perseguidos por meio de um esforço comum e livre do domínio do Estado²³¹.

Isso não significa que a sociedade civil seja independente do Estado – segundo Prados isso sequer é possível (essa, aliás, é parte relevante da investigação desta pesquisa)²³². Por isso, sua adequada compreensão envolve o princípio da subsidiariedade. É papel do Estado robustecer essas associações menores como forma de enriquecer a vida social e possibilitar autodomínio individual, promovendo o bem da razoabilidade prática²³³.

Importante destacar que a doutrina normalmente faz referência ao princípio da subsidiariedade em termos de *autonomia* e não de *soberania*²³⁴. Ou seja, associações privadas enquanto um campo de atuação com normas próprias e auto-organização, mas não um campo soberano. Entretanto, alguns autores reconhecem uma tensão potencial entre a soberania estatal e a subsidiariedade²³⁵. Por tais situações, a subsidiariedade pode apresentar-se em oposição a uma concepção de soberania em que o Estado ignora (ou destrói) grupos intermediários²³⁶.

No entanto, é necessário perceber que o Estado não tem uma relação única, isto é, apenas com os cidadãos. Ele mantém uma série de relações, incluindo, para além dos cidadãos, relações com outros grupos e associações que o integram²³⁷. Uma

²²⁹ PRADOS, Alfredo Cruz. **Ethos y polis**: bases para una reconstrucción de la filosofía política. 2. ed. Pamplona: EUNSA, 2006, p. 66.

²³⁰ PRADOS, 2006, p. 67.

²³¹ LAYTON, Robert. **Order and Anarchy**: civil society, social disorder and war. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 10.

²³² PRADOS, 2006, p. 74.

²³³ FINNIS, 2016, p. 133.

²³⁴ BARBER e EKINS, 2016, p. 5.

²³⁵ CAROZZA, 2016.

²³⁶ BARBER e EKINS, 2016, p. 8.

²³⁷ BARBER e EKINS, 2016, p. 7.

hipótese que pode ser levantada quanto a isso é que a soberania popular não está restrita ao Estado, sendo manifestada por outras comunidades²³⁸.

Por isso, podemos inserir nesse debate o conceito de Herman Dooyeweerd sobre soberania das esferas²³⁹. Segundo o filósofo holandês, as esferas podem ser caracterizadas como campos sujeitos à autoridade humana que operam segundo estruturas e princípios próprios e irreduzíveis. Cada uma dessas esferas é dotada de soberania, de forma que não pode ser usurpada por outra esfera sem implicar um problema de justiça. Segundo Dooyeweerd, “as esferas diferenciadas, como a família, a escola, o empreendimento econômico, a ciência e a arte não podem nunca ser partes do Estado”²⁴⁰.

O Estado, ocupando uma esfera específica, não pode usurpar a esfera dos negócios, da igreja ou da família, por exemplo. O Estado não tem autoridade sobre essas esferas. Isso tem uma implicação clara sobre a concepção de soberania como usualmente entendida. No entanto, está próxima ao conceito aqui utilizado de princípio da subsidiariedade. O Estado não faculta como ato de liberalidade a autonomia da sociedade civil. Ao contrário, é uma questão de justiça o respeito ao campo (esfera) das associações privadas. Ou, nos termos da Nova Teoria da Lei Natural, esse respeito é uma condição necessária à garantia do bem humano básico da razoabilidade prática.

Lael Weinberger destaca que o conceito de Dooyeweerd tem aproximações com o princípio da subsidiariedade, embora não se confundam. Ambas consideram que a sociedade é formada por diversos níveis e camadas²⁴¹. No entanto, segundo Weinberger, a subsidiariedade destaca o pluralismo no eixo vertical, enfatizando a importância de a sociedade ser organizada do menor nível²⁴². Por sua vez, o conceito de esferas de soberania destaca o pluralismo horizontal, enfatizando a distinção entre as atividades ou instituições sociais – seja em que nível for, menor ou maior.

É possível observar, portanto, que a subsidiariedade orienta a autoridade política pela busca de uma finalidade comum específica e limitada, qual seja, do bem

²³⁸ Esse argumento precisará ser desenvolvido em pesquisas posteriores, as quais fogem ao presente tema.

²³⁹ DOOYEWEEERD, Herman. **Raízes da cultura ocidental**. São Paulo: Cultura Cristã, 2015.

²⁴⁰ DOOYEWEEERD, 2015, p. 73.

²⁴¹ WEINBERGER, Lael. D. The Relationship Between Sphere Sovereignty and Subsidiarity. In: EVANS, M.; ZIMMERMANN, A. (Ed.). **Global perspectives on subsidiarity**. Heidelberg: Springer, 2014, pp. 49-63.

²⁴² WEINBERGER, 2014, pp. 57-58.

comum político. Se tal bem é limitado, a autoridade da comunidade política também é limitada e deve coexistir com outros grupos²⁴³. A subsidiariedade implica que o Estado não está apenas limitado pelos indivíduos, pois não mantém uma relação apenas como estes. Encontra-se limitado também por sua relação com esses outros grupos.

É necessário que o Estado coordene pessoas e grupos menores na perseguição de um objetivo comum e isso envolve manter a unidade. No entanto, isso não autoriza o Estado a eliminar a pluralidade de comunidades. Decisões que possam afetar essa necessidade de unidade não podem pura e simplesmente ser atribuídas a grupos menores. Isso cabe ao Estado. Em outros casos, pode ser uma escolha do próprio grupo tomar uma decisão sobre dado tema como forma de manter sua unidade – é possível isso tanto em âmbito estatal, quanto no campo de outros grupos, como a igreja ou a família²⁴⁴.

No entanto, quando o Estado ultrapassa os limites do bem comum político e abraça a busca pelo bem de outras comunidades – ainda que sob a justificativa de sua maior capacidade e eficiência na promoção desse bem e, assim, no auxílio à promoção dos bens individuais – está posta uma questão de justiça. Ao agir assim, o Estado dificulta a possibilidade de uma vida boa, na qual o autodomínio é experimentado. Por maior que seja a eficiência adquirida, essa não é uma vida tão boa para ser vivida quanto seria a vida em que as pessoas decidem por si mesmas os compromissos que pretendem assumir e como vão persegui-los²⁴⁵.

Talvez o grande desafio a esse modelo seja a manutenção de um conceito de soberania em que o Estado sempre tem a possibilidade potencial de avocar a competência de grupos menores. Como destaca Cahill, os primeiros teóricos do Estado Moderno apresentam uma concepção de soberania incompatível com os pressupostos da subsidiariedade²⁴⁶.

Entre outras características apontadas por Cahill, a soberania apresenta-se unitária, dirigida a indivíduos, superordenada e indiferente ao bem comum²⁴⁷. É uma soberania unitária, pois repousa em uma única pessoa ou instituição. Demais disso, é dirigida a indivíduos de forma direta e não mediada. Caracteriza-se também como

²⁴³ CAHILL, 2016, p. 110.

²⁴⁴ BARBER e EKINS, 2016, p. 11.

²⁴⁵ ROHLING, Marcos. Pluralismo e direitos: a necessidade da ordem jurídica para o bem comum em Finnis. **Sapere Aude**, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, pp. 299-319, 2015.

²⁴⁶ CAHILL, 2016, p. 113.

²⁴⁷ CAHILL, 2016, pp. 113-117.

superordenada, pois não encontra limites em outros poderes, funções ou grupos. Por fim, é autorreferente, pois não depende de uma fundamentação no bem comum.

Por isso, parece inconciliável com as premissas dos teóricos da soberania estatal uma concepção de Estado de Direito em que a soberania não pode se manifestar suprema em razão de certos limites – indispensáveis à vida boa. Sendo que, quando dados por ela mesma – de forma autorreferente –, os limites ao Estado acabam se caracterizando como uma faculdade, conforme o interesse do próprio ente soberano – não por uma necessidade do florescimento da vida social.

Uma autoridade política compatível com as premissas expostas apresenta, por outro lado, características distintas. Em primeiro lugar, a autoridade do Estado é incomensurável com a autoridade de outras associações – a tentativa de absorção de uma delas pela outra causa graves distúrbios e problemas de justiça. Além disso, essa autoridade estatal não se dirige apenas a indivíduos, como também a grupos. Em terceiro lugar, a autoridade estatal ajustada ao princípio da subsidiariedade é suplementar, pois se relaciona com múltiplas e incomensuráveis autoridades de outros níveis. Por fim, é uma autoridade ordenada ao bem²⁴⁸.

Outra opção talvez seja definir que a soberania não é exclusiva do Estado. Tendo em vista que indivíduos e sociedade civil também possuem uma esfera onde podem agir com exclusividade, sem intervenção externa, poderíamos identificar um outro tipo de soberania. Dessa forma, um espaço onde a autoridade social exclui outras autoridades. Uma invasão injustificada seria um tipo de violação de uma esfera de soberania, de um ente soberano.

Por fim, o caráter limitado do Estado, frise-se, é em razão da limitação de sua finalidade. Portanto, a subsidiariedade não exclui a possibilidade de ação do Estado – mesmo que em prejuízo da autonomia dos grupos menores – quando isso for estritamente necessário para a coordenação da sociedade²⁴⁹. Isto é, para preservação do bem comum político²⁵⁰.

Ademais, como as comunidades – das maiores às menores – existem em razão das pessoas, essas pessoas possuem garantias em face das comunidades maiores ou menores. Se, por um lado, o princípio da subsidiariedade significa um limite às reivindicações tirânicas do Estado, por outro lado ele não cria uma imunidade

²⁴⁸ CAHILL, 2016, pp. 118-123.

²⁴⁹ BARBER e EKINS, 2016, p. 10.

²⁵⁰ FINNIS, 1998, p. 251.

absoluta para os grupos menores. Nesse sentido, os direitos dos cidadãos em face da comunidade política constituem uma garantia contra os abusos desses grupos intermediários. Ou seja, a autoridade do Estado representa, nesse caso, uma garantia de liberdade²⁵¹. O Estado assume a função de proteger as relações de justiça em face de abusos cometidos em comunidades menores. Isso indica, como veremos, que a supremacia do direito (*rule of law*) não se aplica apenas ao Estado.

Desta forma, podemos compreender que a pessoa humana está inserida em diversas comunidades, das quais se destaca a comunidade política, sendo que cada uma de tais comunidades busca suas próprias finalidades em comum. Em razão do bem da razoabilidade prática podemos perceber que as comunidades são instrumentos de realização do requisito do autodomínio, de forma que o Estado deve ser limitado à busca da sua própria finalidade, sempre proporcionando mecanismos para a garantia dessa autonomia individual.

Após considerarmos de forma geral esse bem comum político e sua limitação, resta a questão que como se manifesta legitimamente, isto é, como se justifica a ação do Estado sobre a sociedade e os indivíduos. Somente a partir de então será possível formular um modelo de Estado adequado a estes padrões.

²⁵¹ BARBER e EKINS, 2016, p. 10.

CAPÍTULO 2 – A AUTORIDADE DO ESTADO DE DIREITO

Tendo sido caracterizada a Nova Teoria da Lei Natural, faz-se necessário investigar as características da autoridade do Estado, partindo de uma discussão sobre a autoridade em geral, sobre a autoridade política em particular e, finalmente, sobre o Estado de Direito. Neste diapasão, essa análise também precisa considerar algumas objeções à necessidade da autoridade política. Será possível, a partir de então, em uma próxima seção, desenvolver o conceito de Estado de Direito a partir da Nova Teoria da Lei Natural.

Por certo, a maioria dos principais autores contemporâneos sobre Teoria Política e Teoria do Direito abordaram, direta ou indiretamente, o conceito de Estado de Direito. No presente capítulo é necessário focar em autores mais abrangentes e que contribuam mais diretamente às discussões que serão descerradas nos próximos capítulos. Por isso, dois autores em especial merecem atenção: Joseph Raz e Gerald Postema. Ambos contribuem para elucidar as discussões sobre a comunidade política iniciadas no capítulo anterior e contextualizam o debate que será desenvolvido nos próximos capítulos.

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A AUTORIDADE EM GERAL

A discussão sobre o Estado de Direito é, centralmente, uma discussão sobre a autoridade. Dessa forma, analisar o conceito e a finalidade do Estado de Direito exige uma discussão maior sobre o conceito e a finalidade da própria autoridade. Em tal campo, é fundamental considerar as contribuições de Yves Simon, entre outros autores, sobre a necessidade da autoridade para as relações humanas. O próprio Finnis remete à obra clássica de Simon sobre a autoridade²⁵².

Para Yves Simon, as objeções à autoridade – não somente a estatal, mas também a incluindo – podem ser respondidas independentemente de recursos à noção de mal ou deficiência de vontade das pessoas²⁵³. Em outros termos, para Simon, a justificação para a autoridade (dos diversos tipos) não depende de algum

²⁵² Ao discorrer sobre o conceito de autoridade, John Finnis remete à obra de Yves Simon como “uma excelente análise das razões para a autoridade ser natural ao homem”. Ver: FINNIS, 2007, p. 248, notas.

²⁵³ SIMON, 1980, p.157.

tipo de concepção antropológica básica, o que afasta a necessidade de um consenso acerca da natureza humana.

A proposta de Simon – plenamente compatível com a proposta da Nova Teoria da Lei Natural, como veremos – fundamenta a autoridade em geral a partir da noção de bem comum. Isto é, a necessidade da autoridade e do exercício de suas funções decorre da excelência de assuntos (*things*) humanos e sociais²⁵⁴. Na verdade, Simon é mais enfático. Segundo o autor, caso o conceito de bem comum seja abandonado em determinada Teoria Social, então a reivindicação de autoridade realmente ficará estranha (*akward*), para dizer o mínimo²⁵⁵.

Nesse sentido, Simon é bem enfático ao destacar que propostas políticas baseadas exclusivamente no bem-estar individual (*individual welfare*) não são capazes de solucionar as objeções à autoridade e justificar a necessidade de sua atuação²⁵⁶. Afinal, a atuação da autoridade implicará, em algum momento, o afastamento da vontade individual para a tomada de decisão e, eventualmente, uma decisão que cause incômodo ou desconforto (justificado).

No entanto, antes de avançarmos sobre as considerações acerca da função da autoridade para o bem comum e seu papel justificador, é necessário distinguirmos alguns conceitos a respeito da autoridade em geral. Nesse sentido, um dos autores com os quais Finnis mais dialoga no plano metodológico é Max Weber.

Além da aproximação entre os conceitos weberiano de “tipo ideal” e finnisiano de “caso central”, a análise de Finnis sobre o caso central de autoridade política possui uma aproximação com o conceito de autoridade racional-legal de Weber. Por isso, faz-se relevante apresentar os diferentes tipos de autoridade segundo Weber para, à frente, explorar a ideia de Finnis.

Uma primeira distinção importante sustentada a partir de Weber se dá entre os conceitos de poder e dominação. O poder diz respeito à capacidade de impor a própria vontade dentro de uma relação social²⁵⁷. Nesse sentido, existem inúmeras relações de poder à nossa volta²⁵⁸, não limitadas às relações políticas. Por outro lado, quando aplicado à política, trata-se de um conceito semelhante ao que já havia sido

²⁵⁴ SIMON, 1980, p.157.

²⁵⁵ SIMON, 1980, p.158.

²⁵⁶ SIMON, 1980, p.158.

²⁵⁷ SELL, 2015.

²⁵⁸ UPHOFF, Norman. Distinguishing Power, Authority & Legitimacy: Taking Max Weber at His Word by Using Resources-Exchange Analysis. **Polity**, Chicago, Vol. 22, No. 2, pp. 295-322, inverno/1989.

sustentado por Hobbes, segundo o qual “o poder consiste na capacidade de governar, e a administração é o ato de exercer o governo”²⁵⁹. A dominação, por sua vez, diz respeito à probabilidade de encontrar obediência a um determinado mandato²⁶⁰. A dominação diz respeito, assim, às razões internas que justificam a autoridade, que lhe atribuem legitimidade.

O conceito de poder e, conseqüentemente, os tipos de dominação são fundamentais à discussão sobre o Estado, pois este se caracteriza exatamente por ser uma comunidade que reivindica o “monopólio legítimo da força física” dentro de seu território²⁶¹. “Para que o Estado exista, os dominados devem obedecer à autoridade alegada pelos detentores do poder”²⁶².

Um primeiro tipo de legitimação do poder, isto é, de dominação, está assentado no carisma pessoal do agente investido de autoridade. A autoridade é reconhecida como possuindo o “dom da graça”, uma qualidade possuída *individualmente* pela liderança. A pessoa do líder – não alguma instituição – é vista como depositária da confiança do subordinado²⁶³.

No âmbito da política, esse tipo de dominação dá origem às lideranças populistas²⁶⁴. No entanto, como a lei não é o motivador da obediência²⁶⁵, então não é o tipo de justificação da autoridade que poderá contribuir ao ideal do Estado de Direito. Talvez, em verdade, essa liderança seja uma ameaça à supremacia do direito, mas este é um tema para uma pesquisa à parte.

Em segundo lugar, dominação pode estar baseada em uma fidelidade e respeito à tradição que investe alguém de autoridade. É a liderança baseada no “ontem eterno”²⁶⁶. Embora apresente alguma vantagem em relação ao tipo de dominação anterior, dificulta uma legitimidade crítica da autoridade, uma vez que está baseada em certo nível de conformismo dos subordinados.

Por fim, a dominação pode estar baseada em uma ordenação racional e impessoal do governo, e não em algum atributo pessoal do agente. Em tal tipo de dominação, o princípio da legalidade exerce um papel indispensável, especialmente

²⁵⁹ HOBBS, 1993, p. 148.

²⁶⁰ SELL, op. cit.

²⁶¹ WEBER, 1982.

²⁶² WEBER, 1982, p. 99.

²⁶³ WEBER, 1982.

²⁶⁴ Ver, entre outros: SELL, Carlos Eduardo. A Liderança Carismática: sobre o caráter político do populismo. **Revista TOMO**, Aracaju, n. 23, pp. 13-44, dez. 2013.

²⁶⁵ WEBER, 1982.

²⁶⁶ WEBER, 1982, p. 99.

para garantir a estabilidade da autoridade. A dominação é justificada em razão da validade do estatuto legal e da competência funcional do agente. Como consequência, “espera-se obediência no cumprimento das obrigações estatutárias”²⁶⁷.

Nesse caso, a autoridade reivindica obediência dos subordinados em razão das regras racionalmente existentes²⁶⁸. Ao mesmo tempo em que legitima a autoridade, a regra é a medida da legitimação de suas ordens. Há, assim, uma base para a justificação do Estado Moderno, especialmente na forma de Estado de Direito. No entanto, é necessário considerar argumentos mais gerais para a justificação da autoridade do Estado.

2.2 AUTORIDADE E ESTADO DE DIREITO SEGUNDO RAZ

Considerando como caso central da autoridade política moderna a dominação racional-legal, então a compreensão da autoridade política envolve a investigação sobre a relação entre autoridade e direito. Nesse sentido, é fundamental investigar o papel da autoridade na tomada de decisão pelos indivíduos, especialmente considerando que a autoridade tem uma relação direta com a razoabilidade prática. Em seguida, os traços distintivos do Estado enquanto Estado de Direito.

2.2.1 Sobre as autoridades

Em primeiro lugar, é necessário investigar o conceito e os atributos da autoridade, especialmente da autoridade política, em Joseph Raz. Nesse sentido, é fundamental considerar os argumentos de Raz sobre a autoridade *prática*, isto é, a autoridade que envolve essencialmente o poder de requerer uma ação²⁶⁹.

Embora Joseph Raz esteja em um plano teórico oposto ao da Teoria da Lei Natural, sua análise sobre a autoridade pode auxiliar significativamente a

²⁶⁷ WEBER, 1982, p. 99.

²⁶⁸ WEBER, 1982.

²⁶⁹ RAZ, 1986, p. 38. As citações diretas no corpo do trabalho serão feitas em português a partir da tradução publicada (RAZ, 2011), salvo quando for indicado que se trata de uma tradução livre a partir da obra original.

compreensão sobre o Estado de Direito. Nesse sentido, Raz é frequentemente utilizado por Finnis em sua análise sobre o Direito e o Estado²⁷⁰ e vice-versa²⁷¹.

Apesar de positivista (no plano da Teoria do Direito), Raz apresenta, em sua análise política, argumentos significativos a respeito da finalidade da autoridade política²⁷². Nesse sentido, para Joseph Raz, a finalidade e os deveres da autoridade política estão associados à questão da liberdade²⁷³.

Afinal, se, por um lado, “dadas as circunstâncias predominantes da vida humana, o bem-estar do homem/mulher pode ser alcançado preferencialmente nas comunidades sujeitas às autoridades políticas”²⁷⁴; por outro lado, tais autoridades precisam estar comprometidas com a promoção e proteção da liberdade. Portanto, a liberdade faz parte dos fundamentos de legitimidade da autoridade política.

Para chegar a tal relação, é necessário iniciar com uma compreensão adequada sobre autoridade e poder. Raz faz uma distinção significativa entre o exercício do poder, pura e simplesmente, e o exercício da autoridade.

Em seu primeiro caso, Raz demonstra que o poder (isto é, a capacidade) que uma pessoa tem de afetar o comportamento de outra pessoa (com uma “ameaça” lícita, por exemplo) não pode ser considerado como exercício de autoridade, caso contrário todos nós teríamos autoridade sobre outras pessoas. Nós sempre temos a capacidade de afetar o comportamento de outras pessoas a partir de nosso próprio comportamento, assim como a outra pessoa pode resistir à nossa influência e adotar um comportamento diferente daquele por nós indicado²⁷⁵.

No segundo caso apresentado, Raz explica como o domínio (uso da coerção) que podemos ter sobre um cachorro pode ser considerado como manifestação de poder, mas não como uma manifestação de autoridade. Igualmente, ainda que usada de forma justificada, a coerção física, *tout court*, que impede uma pessoa de causar mal a terceiro pode ser considerada manifestação de poder, mas não pode ser considerada como sinônimo de autoridade²⁷⁶.

²⁷⁰ Em seu capítulo sobre a autoridade, os argumentos de Raz são frequentemente referenciados por Finnis. Ver: FINNIS, 2007.

²⁷¹ A primeira nota de Raz em seu primeiro capítulo sobre a autoridade cita a obra magna de Finnis, *Lei Natural e Direitos Naturais*. Cf. RAZ, 1986, p. 23, nota 1.

²⁷² RAZ, 1986.

²⁷³ RAZ, 1986, p. 22.

²⁷⁴ RAZ, 2011, p. 21.

²⁷⁵ RAZ, 1986, p. 25.

²⁷⁶ RAZ, 1986, p. 25.

Dessa forma, Raz sustenta que a autoridade inclui um apelo por adequação (*appeal for compliance*) por parte da pessoa (ou comunidade) subordinada – ainda que este apelo esteja associado ao uso da coerção. Por isso, o exercício típico de autoridade consiste em dar instruções, de algum tipo, para outra pessoa, apelando à obediência²⁷⁷. Ou seja, a autoridade está associada ao uso da razão.

Destarte, a concepção de Raz sobre a autoridade não está focada na ameaça ou coerção, e sim na capacidade de dar diretrizes²⁷⁸. Embora as ameaças configurem apelos por obediência, as autoridades políticas²⁷⁹ fazem muito mais do que isso, reivindicando impor deveres e conferir direitos. Em outros termos, “dar diretrizes” não pode ser considerado como sinônimo de “fazer ameaças”, embora as diretrizes da autoridade *política* possam vir acompanhadas de ameaças.

Nesse sentido, é fundamental observar que impor um dever é diferente de fazer uma ameaça. Basta retomar o exemplo clássico dado por Hart sobre a ordem do assaltante. Embora a ordem dada por um assaltante possa vir acompanhada de uma ameaça, ela não configura um dever, isto é, não está associada ao dever de obediência²⁸⁰.

Por isso, caracterizar uma autoridade política é mais do que identificar quem tem a capacidade de ameaçar. Fundamentar a autoridade política significa fundamentar seu direito a governar (*right to rule*), que implica uma obrigação de obedecer. Assim, a autoridade política é legítima na medida em que sua reivindicação de governar é justificada e a tal reivindicação corresponde um dever de obediência²⁸¹.

No entanto, isso não se confunde com a pura e simples aquiescência dos subordinados. Embora um alto grau de aquiescência demonstre um controle político eficaz, equiparar tal eficácia à legitimidade da autoridade política é um erro. Nem toda autoridade política de fato é legítima²⁸². De modo geral, o exercício de um poder fático não cria uma autoridade legítima.

Dessa forma, é possível falar em autoridade legítima quando o agente que exercita o poder de fato reivindica ter autoridade legítima e quando é reconhecido por

²⁷⁷ RAZ, 1986, p. 26.

²⁷⁸ RAZ, 1986, p. 25.

²⁷⁹ Raz fala, de modo alternado, em “*political authorities*” e “*legal authorities*”, não estabelecendo uma distinção clara entre ambas neste texto. Cf. RAZ, 1986, p. 26.

²⁸⁰ HART, 2009, p. 24 e ss.

²⁸¹ RAZ, 1986, p. 26.

²⁸² RAZ, 1986, p. 26.

parte de algumas pessoas por tê-la²⁸³. Mas, vale notar, embora o reconhecimento seja uma condição à legitimidade da autoridade, é necessário mais do que isso para sua justificação completa. É necessário superar as razões contrárias – que variam de caso a caso. Por exemplo, quando duas pessoas ou instituições reivindicam ser reconhecidas como autoridade, precisamos ver qual delas tem uma reivindicação melhor. Outra objeção comum à autoridade é que as pessoas desejam conduzir suas vidas a partir de suas próprias escolhas. Mas isso somente é um obstáculo se não houver uma justificação racional para a autoridade²⁸⁴.

Prosseguindo em sua fundamentação da autoridade, Raz observa que a influência que as autoridades práticas pretendem exercer é direta e normativa. Ou seja, a autoridade pretende afetar a razão prática (*practical reasoning*) das pessoas por meio de enunciados autoritativos (*authoritative utterances*). Nesse sentido, a pessoa é uma autoridade ou tem autoridade quando seus enunciados são autoritativos. Isso ocorre quando as pessoas entendem que a decisão daquele que está investido de autoridade gera um dever²⁸⁵.

Para sustentar esse ponto, Joseph Raz analisa as objeções (ou alternativas) a essa característica das autoridades: a “concepção de reconhecimento” (*recognition conception*) e a “concepção de inspiração” (*inspirational conception*)²⁸⁶.

O autor denomina de “concepção de reconhecimento” aquela segundo a qual o enunciado de uma autoridade não influencia a razão prática dos subordinados, ou seja, não determina de modo significativo como eles irão agir. Os enunciados autoritativos seriam, portanto, razões para acreditar (*reasons for belief*) e não razões para agir (*reasons for action*)²⁸⁷.

No entanto, as autoridades práticas, como a autoridade política, são autoridades que dizem respeito àquilo que deve ser feito. Portanto, é problemático o argumento da “concepção de reconhecimento” segundo o qual os enunciados de autoridades legítimas não afetem o balanço de razões. Segundo essa concepção, os enunciados de autoridades serviriam apenas de modo subsidiário em um balanço de

²⁸³ RAZ, 1986, p. 65.

²⁸⁴ RAZ, 1986, pp. 56-57.

²⁸⁵ Joseph Raz assim explica: “Y has authority; Y decreed that X is to do A; Therefore, X ought to do A”. In: RAZ, 1986, p. 28.

²⁸⁶ Expressão traduzida na edição em português para “concepção recognitiva” e “concepção inspiracional”, respectivamente. No entanto, não nos pareceu uma tradução clara, de forma que utilizaremos a tradução livre acima. Ver: RAZ, 2011, pp. 27 e 29.

²⁸⁷ RAZ, 1986, p. 29.

razões, indicando que existem razões principais (que não o enunciado da própria autoridade) para agir daquele modo²⁸⁸.

Como consequência, com base na “concepção de reconhecimento”, a ação não foi significativamente determinada pelo enunciado da autoridade, pois o agente teria tomado a mesma decisão com base em distintas razões. A autoridade prática torna-se insignificante (*no difference thesis*), pois seus enunciados não afetam, de modo relevante, a ação das pessoas²⁸⁹.

A autoridade não pode ser encarada a partir dessa perspectiva, pois tem uma função essencial na solução dos problemas de coordenação. A solução destes problemas (como o sentido da direção nas vias públicas) exige que grande parte dos agentes adote o mesmo comportamento. E, embora um indivíduo possa avaliar as diversas excelentes razões para agir de um modo ou de outro modo, a escolha (prática) de como agir não pode ser feita individualmente – depende de uma coordenação com os demais membros da comunidade. Quando não há uma tendência majoritária, a escolha feita pela autoridade é fundamental para a solução do problema²⁹⁰.

Nesse caso, a escolha feita pela autoridade prática é considerada como uma escolha que deve ser seguida pela massa da sociedade. Em outros termos, a escolha feita pela autoridade prática é considerada uma razão para ação pelos subordinados²⁹¹.

A segunda concepção apresentada por Raz é a “concepção de inspiração”. Segundo essa concepção, a qual Raz compara à obediência devida à vontade de Deus, a obediência é “inspirada pelo reconhecimento da natureza da pessoa ou do órgão investido de autoridade”²⁹². Nesse caso, o agente tem certos desejos e gostos ou pratica certas condutas por amor àquele que o inspira. Um líder carismático seria um excelente exemplo desse tipo de liderança. O subordinado quer agir e ser conforme o líder, pois deseja agradá-lo e ser como ele²⁹³.

Embora não seja o típico caso de uma autoridade política, outros tipos de autoridade podem ser adequar a esse modelo de obediência, como a autoridade

²⁸⁸ RAZ, 1986, p. 29.

²⁸⁹ RAZ, 1986, p. 30.

²⁹⁰ RAZ, 1986, p. 30.

²⁹¹ RAZ, 1986, p. 31.

²⁹² Tradução livre de: “It is inspired by the recognition of the nature of the person or body in authority” Cf. RAZ, 1986, p. 32.

²⁹³ RAZ, 1986, pp. 33-34.

paternal. Mesmo assim, essa não parece ser uma concepção adequada da autoridade prática em geral, porque obscurece a diferença entre amor e autoridade. Por exemplo, na relação paterno-filial, embora haja amor entre pai e filho, nas duas direções, a autoridade está presente em “mão única”²⁹⁴.

Consequentemente, é possível perceber que uma pessoa tem autoridade prática se seus enunciados autoritativos forem, *em si*, razões para ação. No entanto, é necessário acrescentar uma característica. Segundo Raz, esses enunciados são autoritativos à medida em que são “razões independentes de conteúdo” (*content-independent reasons*)²⁹⁵.

Uma razão será independente de conteúdo se determinar o comportamento do sujeito independentemente daquilo que foi enunciado. Por exemplo, considere que uma autoridade determine que a pessoa entre ou saia da sala ou determine que os carros sigam ou parem. São comandos completamente opostos; no entanto, a determinação da autoridade, seja ela qual for (isto é, independentemente de seu conteúdo), será uma razão para ação. Esta é uma característica fundamental dos enunciados autoritativos²⁹⁶.

Assim, aquele que exerce a autoridade espera que suas ordens e comandos sejam recebidos pelo interlocutor, independentemente de seu conteúdo, como uma razão para ação. Especificamente, como uma razão peremptória, isto é, como enunciados que impõem obrigações. E, exatamente em virtude de sua capacidade de obrigar, estes enunciados não se confundem com promessas, ameaças ou pedidos²⁹⁷.

Algumas questões se levantam a partir daí. Em primeiro lugar, é necessário avaliar seriamente a alegada implicação de que o exercício da autoridade acarreta a “renúncia de julgamento” (*a surrender of judgment*) por parte do subordinado. Em outros termos, quando a autoridade expressa sua vontade, ela espera que o subordinado renuncie a uma deliberação independente sobre aquele assunto, atendendo à vontade da autoridade independentemente de seus méritos ou deméritos²⁹⁸. Ou seja, o subordinado render-se-ia ao julgamento da autoridade.

No entanto, responde Joseph Raz, o que um enunciado autoritativo pressupõe é que a pessoa *aja* de um determinado modo e não que ela *pense* de modo

²⁹⁴ RAZ, 1986, p. 34.

²⁹⁵ RAZ, 1986, p. 35.

²⁹⁶ RAZ, 1986, p. 35.

²⁹⁷ RAZ, 1986, p. 37.

²⁹⁸ RAZ, 1986, p. 39.

consentâneo com a autoridade. Ou seja, o subordinado não precisa cessar a avaliação (o julgamento) dos méritos da ordem da autoridade (como a lei, no caso da autoridade política), mas precisa agir de modo adequado a tais ordens²⁹⁹.

Isso não significa que o subordinado simplesmente recebeu mais uma razão para sua ação (o enunciado autoritativo) que fez com que o balanço de razões pesasse em favor do cumprimento da ordem da autoridade. Embora esse argumento pareça evitar a crítica da “renúncia de julgamento”, não explica adequadamente a autoridade legítima, segundo Raz. Afinal, pode ser que o requerimento feito pela autoridade seja contrário ao balanço de razões³⁰⁰.

Portanto, desenvolve Raz, se uma pessoa aceita a legitimidade da autoridade (ele exemplifica por meio de um árbitro designado pelas partes de um conflito), então aceita que as instruções da autoridade são, por si, razões para sua ação. De fato, podem existir muitas razões válidas para fundamentar uma certa decisão. No entanto, no que se refere à ação dos sujeitos, a manifestação da autoridade substitui esse balanço de razões e será a razão (suficiente) para a ação. Embora a avaliação das razões não seja impedida, para fins práticos essa avaliação foi substituída pela razão dada pela autoridade³⁰¹.

Em outros termos, as razões dadas pela autoridade decorreram, de fato, de um julgamento de outras razões – julgamento este que os subordinados também podem fazer. No entanto, uma vez reconhecida a posição de autoridade pelos subordinados, então eles se subordinam, em suas ações, às razões dadas pela autoridade. Agora, a razão relevante para a ação é a razão dada pela autoridade – embora os subordinados possam continuar avaliando se essa razão foi a melhor escolha à luz do balanço de razões anterior. Raz chama essas razões dadas pela autoridade, que são dotadas de primazia, de razões preemptivas ou preferenciais (*pre-emptive reason*)³⁰², enquanto as razões anteriores são razões dependentes ou subordinadas (*dependent reasons*)³⁰³.

Por outro lado, Raz reconhece que essas razões preemptivas não são absolutas. Ou seja, poderão ser desafiadas pelos subordinados em certas

²⁹⁹ RAZ, 1986, p. 39.

³⁰⁰ RAZ, 1986, p. 40.

³⁰¹ RAZ, 1986, pp. 41-42.

³⁰² RAZ, 1986, p. 42.

³⁰³ A tradução para o português optou por usar os termos “razões preemptivas” e “razões dependentes”, no entanto sustentamos que a tradução mais nítida para os termos seria “razões preferenciais” e “razões subordinadas”, de forma a destacar o contraste existente entre ambas. Cf. RAZ, 2011.

circunstâncias (ele cita, entre outras, a situação de um árbitro escolhido pelas partes que aceitou suborno para julgar a causa)³⁰⁴. No entanto, as razões que justificam esse desafio não podem ser as razões anteriores, não podem ser as razões que foram avaliadas no balanço de razões.

Em outros termos, a razão dada pela autoridade não pode ser desafiada pelo mérito de sua escolha. A razão preemptiva não pode ser negada por uma discordância a respeito de seu conteúdo. Caso contrário, caso a escolha da autoridade pudesse ser desconsiderada no momento da ação, então a autoridade perderia completamente o sentido.

Raz exemplifica todo este argumento a partir de um exemplo de arbitragem. Uma vez que parece que o argumento responde bem ao caso da arbitragem, responde bem também ao caso da autoridade judicial (*adjudicative authorities*). Resta-nos saber se pode ser aplicado igualmente ao caso das autoridades legislativas – ou se esta é uma autoridade de outro tipo. Raz faz essa análise para avaliar a denominada “tese da dependência” (*dependence thesis*)³⁰⁵.

De acordo com a tese da dependência, “todas as diretrizes autoritativas deveriam ter por base razões que já se aplicam, independentemente, aos sujeitos das diretrizes e são relevantes à sua ação nas circunstâncias cobertas pela diretriz”³⁰⁶. Raz não está sustentando que *na realidade* as autoridades façam o uso das razões dependentes ou mesmo de o façam de modo correto, mas tão somente que o podem fazê-lo (no plano *ideal*, portanto)³⁰⁷.

Obviamente a autoridade judicial segue tal tese, pois decide os casos com base em razões prévias, as quais fundamentarão a sua decisão. No entanto, é a decisão da autoridade judicial, e não as razões anteriores, que motivará a ação. Sua decisão é a razão preemptiva, a qual tem por base razões dependentes.

Raz sustenta que o mesmo raciocínio pode ser aplicado às autoridades legislativas – afinal, ele entende que o exercício da autoridade judicial e da autoridade legislativa não sejam tão distintos neste aspecto³⁰⁸. Ou seja, uma autoridade legislativa também torna preemptivas certas razões com base em razões anteriores (dependentes).

³⁰⁴ RAZ, 1986, p. 42.

³⁰⁵ RAZ, 1986, pp. 42 e ss.

³⁰⁶ RAZ, 2011, p. 44.

³⁰⁷ RAZ, 1986, pp. 46-47.

³⁰⁸ RAZ, 1986, p. 44.

A tese da dependência não deve ser confundida com a tese da ausência de diferença (*no difference thesis*). Ou seja, o fato de a razão dada pela autoridade possuir razões anteriores não significa dizer que a razão da autoridade não tem qualquer relevância distinta no momento da escolha da ação a ser realizada.

É o caso de existirem razões para praticar um certo conjunto limitado de ações, mas entre as ações possíveis não existir uma razão predominante. Raz usa como exemplo comprar pão. Uma pessoa pode ter razões para comprar pão, mas não ter razões que a motivem a escolher o pão fatiado ao pão não-fatiado e vice-versa. Em situações como essa, a autoridade pode deixar com o indivíduo a escolha da ação entre um conjunto limitado de ações ou pode, ela mesmo, fazer essa escolha³⁰⁹.

Por exemplo, existem boas razões para que os carros circulem do mesmo lado da via, seja o esquerdo, seja o direito. Contudo, não existem razões boas o suficiente para dizer qual dos dois lados deveria ser escolhido. A questão é que não pode a autoridade deixar que cada indivíduo faça essa escolha. Por consequência, a autoridade exercita o poder de escolha, negando aos indivíduos essa possibilidade. Dessa forma, o enunciado autoritativo estabelece e sustenta uma convenção que soluciona determinado problema de coordenação³¹⁰.

“Com frequência, o trabalho característico da autoridade é editar diretrizes com esta finalidade. Tais diretrizes autoritativas proveem os subordinados com razões que eles não tiveram antes”³¹¹. Ao mesmo tempo, a autoridade criou essa razão para ação em virtude de uma razão anterior (razão dependente) de que as pessoas almejavam alguma convenção, isto é, uma solução para aquele problema de coordenação.

Como consequência, é inconcebível afirmar que as razões dadas pela autoridade não são significativas para os subordinados (*no difference thesis*). Embora algumas convenções possam surgir de modo independente da intervenção de uma autoridade, em diversos outros cenários é a existência de uma diretriz autoritativa que torna viável o aparecimento e permanência da convenção.

Além disso, Raz destaca que a autoridade tem um papel fundamental ao promover a cooperação e, assim, possibilitar resultados melhores para a comunidade.

³⁰⁹ RAZ, 1986, pp. 48-49.

³¹⁰ RAZ, 1986, p. 49.

³¹¹ RAZ, 2011, pp. 46-47.

No clássico dilema do prisioneiro³¹², cada preso pode escolher individualmente a melhor solução disponível e que não dependa da ação do outro preso. No entanto, a opção escolhida individualmente não é a melhor opção. Por sua vez, a melhor opção depende de cooperação. Em situações como essa que possam surgir na comunidade, o papel da autoridade é fundamental para possibilitar que as pessoas cooperem e, assim, alcancem o resultado mais eficiente e melhor para todos.

Uma vez afirmada a tese da dependência, é válido destacar sua relevância. A tese da dependência é proveitosa para ressaltar o caráter limitado de uma autoridade legítima, pois as diretivas da autoridade estão relacionadas a certas considerações. Por consequência, essas diretivas podem ser desafiadas a partir de outros fundamentos. Assim sendo, “as razões não excluídas e os fundamentos para se desafiar as diretrizes de uma autoridade variam de caso para caso”³¹³. Em cada caso devem ser avaliadas as condições de legitimidade da autoridade e os limites ao seu legítimo poder.

Nesse sentido, geralmente se afirma que uma autoridade é limitada pelos tipos de atos que pode ou não pode ordenar. Não obstante, segundo a posição de Raz, a autoridade também é limitada pelos tipos de razões nas quais ela pode ou não pode confiar (depende) para tomar decisões e dar diretrizes; e, é limitada pelos tipos de razões que suas decisões podem tornar vinculantes (*pre-empt*)³¹⁴.

Por isso, a tese da dependência está intimamente conectada com a tese da justificação normal da autoridade. Segundo tal tese:

A maneira normal de se estabelecer que uma pessoa tem autoridade sobre outra envolve mostrar que o suposto subordinado muito provavelmente cumprirá melhor as razões que se aplicam a ele (outras

³¹² Assim resumido: “A situação original envolve os seguintes personagens e contexto: dois ladrões, Al e Bob são capturados e acusados de um mesmo crime. Presos em celas separadas e sem comunicação entre eles, o delegado de plantão faz a seguinte proposta: cada um pode escolher entre confessar ou negar o crime. Se **nenhum deles confessar**, ambos serão submetidos a uma pena de um ano. Se **os dois confessarem**, então ambos terão pena de cinco anos. Mas **se um confessar e o outro negar**, então o que confessou será libertado e o outro será condenado a 10 anos de prisão. Vale ressaltar, que o delegado não possui provas suficientes para incriminação dos suspeitos pelo crime, mas possui para outros crimes classificados como mais brandos. Portanto, a prova de que necessita é a confissão”. Nesse clássico dilema, a solução mais eficiente é aquela em que ambos cooperam entre si e nenhum confessa. No entanto, sem colaboração (em razão da ausência de comunicação), a melhor solução disponível de modo isolado é confessar, traindo o outro companheiro. Dessa forma, somente por meio da cooperação o resultado mais eficiente poderia ser alcançado. In: COSTA, Dyego de Carvalho. **Dilema do Prisioneiro**: Efeito das consequências individuais e culturais. Brasília. 51 p. Dissertação (Mestrado em Ciências do Comportamento). Universidade de Brasília, 2009, p. 2, grifos nossos.

³¹³ RAZ, 2011, p. 44.

³¹⁴ RAZ, 1986, pp. 46-47.

razões além das alegadas diretivas autoritativas), caso ele aceite as diretivas da suposta autoridade como autoritativamente vinculantes (*authoritatively binding*) e tente segui-las, em vez de tentar seguir as razões que se aplicam diretamente a ele³¹⁵.

Essa tese reafirma o ponto inicial do argumento de Raz, segundo o qual a autoridade apela à razão – e não à abdicação dela. Ou seja, segundo esta tese, a decisão mais racional é reconhecer que as diretrizes autoritativas são melhores soluções ao balanço de razões do que uma avaliação pelo próprio subordinado. Como visto, em diversos cenários os subordinados não terão condições de alcançar o melhor resultado nesse balanço, por isso o apelo à obediência se justifica racionalmente.

No caso ideal do exercício da autoridade, que é o caso a partir do qual as autoridades devem ser avaliadas, o balanço de razões buscará ser realizado da melhor forma e, dessa forma, considerará as razões aplicáveis aos subordinados à sua melhor luz. Portanto, submeter-se a tais razões não implica um ato irracional. Pelo contrário, agentes racionais deveriam optar por seguir as razões dadas pela autoridade, pois isso aumenta a chance de agir com sucesso.

Raz não exclui, no entanto, a existência de razões secundárias que, combinadas com a razão principal, ajudem a firmar uma justificção completa da legitimidade da autoridade³¹⁶. Uma razão secundária relevante é a identificação com o grupo sobre o qual a autoridade exerce suas funções. Nesse caso, uma das razões que conduzem ao acatamento das diretrizes autoritativas pelo subordinado é a identificação com o grupo. No entanto, a razão principal permanece sendo a confiança de que a autoridade desempenhará apropriadamente suas funções. Caso não desempenhe, a identificação com o grupo levará à rejeição daquela autoridade.

Assim, a tese da dependência e da justificção normal se apoiam mutuamente reivindicando que as autoridades devem fazer aquilo para o qual foram designadas a fazer. Ou seja, o papel principal e a função normal da autoridade é servir os governados (*service conception*)³¹⁷. Elas devem avaliar as razões anteriores aplicáveis aos subordinados (razões dependentes) e fazer a melhor escolha possível,

³¹⁵ Tradução livre de: “the normal way to establish that a person has authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with reasons which apply to him (other than the alleged authoritative directives) if he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding and tries to follow them, rather than by trying to follow the reasons which apply to him directly”. In: RAZ, 1986, p. 53.

³¹⁶ RAZ, 1986, p. 54.

³¹⁷ RAZ, 1986, p. 56.

dando aos subordinados razões obrigatórias (razões preemptivas) que ofereçam os melhores resultados para eles³¹⁸.

É neste ponto que talvez surja uma objeção comum à autoridade: caso ela erre ao fazer essa ponderação de razões, a razão por ela dada perde sua obrigatoriedade? Afinal, se o papel da autoridade é servir os subordinados dando a eles melhores razões para a ação, então dar uma razão errada talvez devesse fazer a diretriz autoritativa perder o caráter preemptivo.

No entanto, se isso fosse possível, então a autoridade perderia todo o sentido. Isto é, se aquele balanço de razões por ela realizado ficasse permanentemente aberto à discussão, então “desapareceria a vantagem conseguida por aceitar a autoridade como um guia mais confiável e bem-sucedido para a razão correta”³¹⁹. O papel da autoridade é exatamente o de substituir o julgamento dos subordinados em relação à escolha mais confiável. É isso que constitui o “serviço” prestado pela autoridade.

Uma vez que a autoridade preencha as condições da concepção de serviço, então tem-se o dever dos subordinados de manter e apoiar sua atuação. Raz identifica o dever de obediência dos subordinados de modo diferente à corrente por ele apontada como mais comum. Segundo Raz, a posição predominante sustenta que os subordinados têm o dever de apoiar e manter instituições justas³²⁰.

No entanto, Raz considera que há uma má compreensão entre o dever de obediência à autoridade e o dever de apoiar instituições justas. Primeiro, pois nem toda instituição justa se configura como autoridade. Segundo, o dever de apoiar uma instituição justa envolve muito mais do que simplesmente o dever de obediência. Terceiro, pode ser que a instituição justa tenha autoridade, mas sobre outras pessoas, o que não elimina o dever de apoiá-la. Além disso, o dever de obediência permanece mesmo quando uma eventual desobediência não atente contra a instituição justa³²¹.

Assim, o dever de apoiar instituições justas complementa o dever de obediência, incluindo outros elementos importantes, mas não servindo para fundamentar o dever em relação à autoridade legítima. Raz segue sustentando a tese

³¹⁸ Tais teses não justificam, entretanto, que alguém tenha o direito (*entitled*) a exercer a autoridade, mas somente que a exerce *de facto*. Por isso, por exemplo, uma autoridade política somente pode ser avaliada (justificada) como legítima ou não a partir do momento em que, *de facto*, exerce sua autoridade. Cf. RAZ, 1986, p. 56.

³¹⁹ RAZ, 2011, p. 57.

³²⁰ RAZ, 1986, p. 66.

³²¹ RAZ, 1986, pp. 66-67.

da justificação normal como o melhor argumento em prol da justificação das autoridades – inclusive da autoridade do Estado, como poderemos ver.

2.2.2 Sobre o Estado

Uma vez firmadas as teses de justificação da autoridade em geral, devemos considerar os argumentos de Raz sobre a autoridade política. Somente assim poderemos chegar à questão do Estado de Direito.

De início, Raz pontua que a autoridade política é significativamente mais abrangente e forte que a autoridade em geral, que é baseada na tese da justificação normal³²². Por isso, outros argumentos tornam-se necessários. No entanto, isso não torna inviável a aplicação das teses já firmadas à autoridade do Estado. No final, Raz vai reafirmar a tese da justificação normal como a melhor tese para justificação do Estado (na maior parte dos casos e em relação a grande parte da população)³²³.

A grande diferença da argumentação de Raz em relação a outras defesas da autoridade do Estado reside no fato de que ele não tenta dar uma resposta geral e absoluta à principal objeção à autoridade do Estado: sua extensão³²⁴. Diferentemente das autoridades em geral, a autoridade política exerce poder sobre um grande contingente populacional e sobre diversos assuntos. Isso faz com que a sua autoridade seja questionável perante algumas pessoas em determinados contextos. As concepções concorrentes tentam justificar uma igual autoridade do Estado perante todos aqueles que estão subordinados a ele. Raz não tem tal pretensão.

As teses aplicáveis à autoridade em geral (vistas acima) pressupõem e aplicam-se bem em uma relação um-para-um. Ou seja, trata-se de uma justificação considerando individualmente o subordinado e a autoridade. No entanto, a autoridade política frequentemente requer ações que podem beneficiar a comunidade, mas não beneficiam individualmente certos cidadãos. Em outros casos, embora a exigência os beneficie, exige um sacrifício muito maior que o benefício. É comum, por exemplo, que a autoridade requeira ações baseadas no interesse público. No entanto, segundo Joseph Raz:

³²² RAZ, 1986, p. 71.

³²³ RAZ, 1986, p. 103.

³²⁴ RAZ, 1986, p. 104.

Não é bom o suficiente dizer que uma medida autoritativa é justificada porque serve ao interesse público. Se ela é obrigatória aos indivíduos, deve ser justificada por considerações que os obrigam. A autoridade pública é, em última análise, baseada no dever moral que indivíduos têm em relação aos seus companheiros humanos³²⁵.

Por isso, as razões da autoridade política estão subordinadas à moralidade individual comum. Mesmo quando existem razões políticas especiais, a justificação das razões dadas pela autoridade envolve possibilitar que os indivíduos ajam melhor com base nas razões comuns que se lhes aplicam³²⁶. Ou seja, a justificação da autoridade continua dependente de razões dadas aos indivíduos.

A autoridade política justifica-se racionalmente, pois, ao segui-la, os sujeitos estarão habilitados a conformar-se melhor com a razão. Ou seja, a autoridade política oferece razões que viabilizam aos subordinados realizar escolhas e praticar condutas mais razoáveis do que na ausência de uma autoridade³²⁷. Por agir com base em razões, a autoridade é essencialmente geral – e isso é fundamental no caso da autoridade política.

É a partir de sua generalidade que podemos compreender melhor a justificação da autoridade política e, ao mesmo tempo, constatar o grande desafio de encontrar seus fundamentos. Não se deve perder de vista que a autoridade política tem por função coordenar e controlar grandes populações – esse é um elemento central na discussão sobre a sua justificação.

Ao lado das teses gerais de justificação da autoridade, Raz destaca cinco razões que se aplicam de modo específico à justificação da autoridade política. No entanto, ao final, Raz conclui que esses argumentos continuarão deixando alguns sujeitos fora da autoridade legítima do Estado³²⁸.

Primeiro, “a autoridade é mais sábia e, portanto, mais capaz de estabelecer como o indivíduo deve agir”³²⁹. Trata-se do argumento centrado na tese da justificação normal da autoridade. A autoridade política tem mais recursos técnicos para decidir e para ordenar a ação dos subordinados.

Conectado a este primeiro argumento, a segunda assertiva expressa que a autoridade “tem uma vontade mais estável que será menos provavelmente

³²⁵ RAZ, 2011, p. 67.

³²⁶ RAZ, 1986, p. 72.

³²⁷ RAZ, 1986, p. 73.

³²⁸ RAZ, 1986, p. 104.

³²⁹ RAZ, 2011, p. 69.

contaminada por viés, fraqueza ou impetuosidade, menos provavelmente será desviada da reta razão (*right reason*) por tentações ou pressões”³³⁰.

Em ambos os argumentos, Raz está considerando a autoridade em um plano de atuação ideal. No entanto, mesmo considerando a atuação ótima (ou ideal) da autoridade política, estes argumentos encontram desafios perante determinados sujeitos. Por meio dos dois primeiros argumentos pode parecer que a legitimidade da autoridade repousa apenas em sua *expertise*. Ou seja, seu domínio incomparável sobre o assunto a legitima a dar diretrizes obrigatórias.

No entanto, se compararmos a autoridade política (sobre certos assuntos) com sujeitos específicos (especialistas nas referidas áreas), então esse argumento parece facilmente superável, já que certos sujeitos terão mais domínio naqueles assuntos do que as autoridades políticas e podem ter uma estabilidade moral que supere o desafio apontado pelo segundo argumento³³¹.

Em terceiro lugar, considerando a amplitude da comunidade política, “a ação individual direta na tentativa de seguir a reta razão é provavelmente autoderrotável [*self-defeating*]”³³². Por isso, indivíduos deveriam seguir uma estratégia indireta, guiando suas ações com base na autoridade, a fim de que cada um possa melhor conformar-se com outro.

Citado como quinto argumento por Raz, porém relacionado ao terceiro, “a autoridade está numa melhor posição para alcançar (se sua legitimidade é reconhecida) aquilo que o indivíduo tem razão para fazer, mas não está em posição para alcançar”³³³. Esse é um argumento significativo, pois se existe uma atividade que a autoridade legítima (especialmente a autoridade política) pode desempenhar melhor do que indivíduos isolados é a coordenação das atividades de muitas pessoas.

Em comunidades amplas, os sujeitos têm razões para coordenar suas ações. No entanto, são incapazes de fazê-lo (ou de fazê-lo de modo eficiente) sem a intervenção da autoridade política. Assim, a autoridade política justifica-se

³³⁰ RAZ, 2011, p. 69.

³³¹ RAZ, 1986, p. 74.

³³² A versão traduzida assim afirma: “A atuação *indireta* individual na tentativa de seguir a reta razão é provavelmente autoderrotável. Indivíduos devem seguir uma estratégia indireta, guiando sua ação por um padrão a fim de mais bem conformar-se com outro. E a melhor estratégia indireta é ser guiado por autoridade”. Cf. RAZ, 2011, p. 69, grifos nossos. No entanto, a versão original é diferente, afirmando: “*Direct* individual action in an attempt to follow right reason is likely to be self-defeating. Individuals should follow an indirect strategy, guiding their action by one standard in order better to conform to another. And the best indirect strategy is to be guided by authority”. Comparar com: RAZ, 1986, p. 75, grifos nossos.

³³³ RAZ, 2011, p. 69.

racionalmente à medida em que torna possível que os sujeitos adotem a medida que é reconhecida por eles como razoável.

Por isso, o poder de fato é condição necessária à autoridade legítima. Um sujeito sem poder de fato pode até merecer ter tal autoridade, mas se não tem o poder de fato, não tem como ser considerado uma autoridade legítima³³⁴. Afinal, sem poder de fato, ele é incapaz de viabilizar melhores razões para a conduta dos membros da comunidade política.

No entanto, o poder fático não é a condição suficiente a uma autoridade legítima. Governos despóticos (*wicked governments*) ao longo da história tiveram poder de fato, mas dificilmente atenderam a outras condições à legitimidade das autoridades³³⁵. Nesse caso, um mau governo dificilmente satisfaz a concepção de serviço, isto é, de que os indivíduos serão mais bem sucedidos em razão de realizar aquilo que o governo exige do que se fossem deixados à própria sorte.

Como quarto argumento, Raz sustenta que “decidir por si mesmo o que fazer causa ansiedade, exaustão, ou envolve custos em termos de tempo e recursos, e evitá-los seguindo a autoridade não traz prejuízos significativos”³³⁶. Isso não significa que a autoridade depende de um conformismo acrítico. Não se trata disso. Trata-se de uma escolha racional de acolher razões que viabilizam ao subordinado dedicar-se a outros objetivos de vida.

Por outro lado, assim como os dois primeiros, este também é um argumento superável. Afinal, pode existir algum subordinado ao Estado que prefira dispender tempo e esforço para decidir por si mesmo. Nesse caso, a não ser em caso de aplicação das demais razões, o Estado não pode invocar este argumento.

Por isso, Raz conclui “que a extensão da autoridade do governo varia de indivíduo para indivíduo, e que é mais limitada do que a autoridade que governos reivindicam para si no caso da maior parte das pessoas”³³⁷. No entanto, essa é uma questão fundamental não somente para o Estado, mas também para a autoridade do direito. Afinal, “o exercício normal da autoridade política dá-se por meio da feitura de leis e ordens juridicamente vinculantes”³³⁸.

³³⁴ RAZ, 1986, p. 76.

³³⁵ RAZ, 1986, p. 76.

³³⁶ RAZ, 2011, p. 69.

³³⁷ RAZ, 2011, p. 73.

³³⁸ RAZ, 2011, p. 91.

Raz passa, então, a analisar um argumento de justificação do Estado muito comum na Teoria Política: o consentimento. Trata-se das tentativas de justificar a autoridade do Estado por meio do consentimento dos subordinados. Isto é, concordar em dar um direito à autoridade³³⁹.

No entanto, a tese do consentimento encontra algumas objeções significativas. Primeiro, pois a maioria dos cidadãos não consentiu efetivamente. Além disso, o consentimento não se confunde com mero respeito às ordens proferidas. Por isso, um consentimento obtido mediante coerção não é válido. Terceiro, pois o consentimento pode fazer as pessoas obedecerem a ordens que teria sido melhor desobedecer. E, no caso do consentimento dado à autoridade política, é indesejável dar um consentimento no modelo de “cheque em branco”, ou seja, em que o recebedor do consentimento recebe uma autorização pela vida toda e sobre os mais diversos assuntos a respeito daquele que consentiu³⁴⁰.

Por isso, embora não seja suficiente, o consentimento é um argumento que serve de reforço a outros motivos morais de apoio a instituições justas, especialmente a tese da justificação normal. “Mas não pode ser utilizado como uma maneira de dotar alguém de autoridade quando esta pessoa não tiver nenhuma”³⁴¹.

Por outro lado, a obediência geralmente percebida dentro de uma sociedade e, conseqüentemente, ao seu direito decorre de uma identificação com a comunidade e não de um consentimento. No entanto, essa identificação com a comunidade não justifica de modo suficiente a autoridade do Estado, pois, em certos casos, poderia levar o sujeito até mesmo a descumprir a ordem da autoridade se a considerasse hostil ao bem da comunidade³⁴².

No entanto, mesmo que o consentimento e o respeito (fruto da identificação com a comunidade) à autoridade do Estado possam vincular o próprio sujeito, não serve para justificar a autoridade do Estado perante terceiros³⁴³. Por isso, a tese da justificação normal é o melhor argumento, reforçado pelos demais argumentos.

³³⁹ RAZ, 1986, pp. 80 e ss.

³⁴⁰ RAZ, 1986, pp. 88 e ss.

³⁴¹ RAZ, 2011, p. 83.

³⁴² RAZ, 1986, pp. 94 e ss.

³⁴³ RAZ, 1986, pp. 99 e ss.

2.3 A PROPOSTA DE ESTADO DE DIREITO DE POSTEMA

Ao lado dos argumentos de Raz a respeito da justificação da autoridade do Estado, Postema acrescenta argumentos significativos a respeito da afirmação e manutenção de um Estado de Direito. Assim, ambos contribuem para a discussão posterior a respeito da concepção abraçada pela Nova Teoria da Lei Natural.

Nesse sentido, destacando outro aspecto do Estado de Direito (relacionado, porém não idêntico ao conceito de legalidade), Gerald Postema ressalta a necessidade de um certo tipo de *ethos* a guiar esse modelo de Estado. A *rule of law* seria primordialmente caracterizada por garantia de transparência e controle (*accountability*³⁴⁴) à luz do Direito. Por sua vez, tal controle somente é possível em razão da objetividade contida nos padrões estipulados pelo Direito – o que afasta escolhas arbitrárias.

Retomando sua origem em Creta, Postema destaca como o ideal do Estado de Direito (*rule of law*) sempre foi associado à supremacia da lei e do processo legal. Ambos deveriam regular as ações e interações entre os cidadãos, bem como governar o exercício do poder pelos mandatários. Por isso, em Creta, até mesmo os mais elevados governantes poderiam ser responsabilizados (*accountable*) em caso de má aplicação da lei³⁴⁵. Segundo Postema, a ideia central do Estado de Direito poderia ser assim resumida: “A lei não era para ser meramente um instrumento de governança; a lei foi feita para governar governantes e cidadãos”³⁴⁶.

Segundo essa concepção, o Estado de Direito diz respeito essencialmente à vinculação pelo direito (*law's ruling*). Em outros termos, o Estado de Direito é o governo da do direito. No entanto, o foco de Postema ao tratar da *rule of law* não é a

³⁴⁴ Vale destacar a dificuldade de tradução deste termo empregado por Postema para tratar do Estado de Direito. Conforme artigo especializado sobre a melhor tradução do termo, “buscando o significado da palavra *accountability* em dicionários, justamente para apreender com maior precisão o que o termo significa em inglês e como tem sido traduzido para o português, constatou-se que o significado do conceito envolve responsabilidade (objetiva e subjetiva), controle, transparência, obrigação de prestação de contas, justificativas para as ações que foram ou deixaram de ser empreendidas, premiação e/ou castigo”. A opção será traduzir por “fiscalizar e responsabilizar”, sem ignorar que o conceito de *accountability* e suas variações abrange essa pluralidade de significados. Cf. PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability*: já podemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 43, n. 6, pp. 1343-1368, nov./dez. 2009.

³⁴⁵ POSTEMA, Gerald J., *Law's Rule: Reflexivity, Mutual Accountability, and the Rule of Law*. In: ZHAI, Xiaobo; QUINN, Michael (ed.). **Bentham's Theory of Law and Public Opinion**. Nova York: Cambridge University Press, 2014, pp. 7-39.

³⁴⁶ Tradução livre de: “Law was not to be merely an instrument of governance; law was meant to rule governors and citizens alike”. Cf. POSTEMA, 2014, p. 7.

ideia de legalidade – cuja discussão ele considera incompleta. Ao invés de legalidade, Postema está preocupado com o conceito de fidelidade (*fidelity*), o *ethos* do direito³⁴⁷. Seria esse *ethos* que garantiria e tornaria possível o conceito de Estado de Direito.

Dessa forma, o Estado de Direito somente adquire força em comunidades preocupadas e caracterizadas por ampla fidelidade, isto é, comunidades políticas onde todos (cidadãos e autoridades) assumem o compromisso de fiscalizar e responsabilizar (*account*), de acordo com o direito, uns aos outros – especialmente os encarregados de aplicar a lei (*law's officials*)³⁴⁸. Ou seja, o dever de obediência ao direito não tem implicação apenas no que diz respeito à observância da lei, mas igualmente – e, talvez, de importância superior – implica o dever de fiscalizar e responsabilizar aqueles que quebraram o dever de respeitar a lei.

A partir de um exemplo real de abusos judiciais, Postema sustenta que um fracasso na fidelidade acarreta um fracasso na proteção que o Estado de Direito deve oferecer³⁴⁹. Afinal, se a sociedade e as autoridades não se importam com o desrespeito às garantias do Estado de Direito, deixando que a quebra da lei seja aceita, então não existe Estado de Direito.

Ao destacar a centralidade do Estado de Direito, Postema ressalta que se trata de uma ideia e de um ideal que:

[...] fornece a estrutura arquitetônica de uma sociedade justa e decente e a infraestrutura da democracia. É a pedra fundamental do desenvolvimento econômico e político; e, estabelecer um Estado de Direito robusto é amplamente considerado como a primeira tarefa na reconstrução de nações abaladas por guerras civis ou oprimidas por regimes autoritários³⁵⁰.

De acordo com Postema, a *rule of law* conjuga duas ideias: (1) uma comunidade política é bem ordenada e trata seus membros com igual dignidade quando seus membros estão protegidos em face do exercício arbitrário do poder; e, (2) por suas características, a lei é, de modo específico, possivelmente a única capaz de assegurar tal proteção³⁵¹.

³⁴⁷ POSTEMA, 2014, p. 8.

³⁴⁸ POSTEMA, 2014, p. 8.

³⁴⁹ POSTEMA, 2014, p. 10.

³⁵⁰ Tradução livre de: “[...] supplies the architectural frame of a just and decent society and the infrastructure of democracy. It is the foundation stone of economic and political development, and establishing a robust rule of law is widely thought to be the first task in rebuilding nations shaken by civil wars or oppressed by authoritarian rule.”. In: POSTEMA, 2014, p. 10.

³⁵¹ POSTEMA, 2014, p. 11.

Nesse sentido, desde suas versões mais antigas, esse conceito está fundado na ideia de que a lei oferece (1) proteção e (2) recursos contra o exercício arbitrário do poder. Oferece proteção, pois restringe antecipadamente o exercício do poder. Oferece recursos, pois, após ocorrido um fato, cria mecanismos para conter e responsabilizar aqueles encarregados pelo exercício do poder³⁵².

Portanto, o objetivo focal e caracterizador da *rule of law* é controlar o exercício do poder – o que inclui uma restrição ao próprio direito, sua forma e sua implementação. No entanto, segundo Postema, a *rule of law* não diz respeito somente ao poder político, e sim a qualquer abuso de poder em uma comunidade política (*polity*). Diz respeito aos diversos modos de exercício do poder dentro de uma comunidade, seja o poder político, seja o poder social. Ou seja, a *rule of law* afeta tanto o poder exercido pelo governo e sobre o governo (poder político), quanto o poder que pessoas e instituições exercem, por diferentes formas, sobre outras pessoas ou instituições (poder social)³⁵³.

Por isso, Postema sustenta que, além de um princípio de governança que vincula pessoas e instituições à lei, a *rule of law* prescreve um certo modo de associação (*mode of association*), estabelecendo uma ordem social distinta³⁵⁴.

Outro ponto que merece destaque é que o Estado de Direito não estabelece uma proteção contra a violência ou crueldade, mas sim proteção e recursos contra o exercício *arbitrário* do poder. No caso, esse arbítrio caracteriza aquele poder que é exercido por livre escolha do agente. Ou seja, o agente encarregado pode, conforme sua vontade, escolher agir ou não agir daquele modo³⁵⁵.

É a possibilidade de exercer o poder sem qualquer amarra que o torna arbitrário, independentemente do conteúdo do ato. “O ato é arbitrário, ainda que razoável, fundamentado ou justificado, se for praticado inteiramente com base na vontade ou prazer de seu agente”³⁵⁶. Essa questão é especialmente valiosa quando consideramos que uma autoridade pode tentar justificar uma decisão que viola a lei por meio de um apelo ao conteúdo do ato, em um raciocínio do tipo “os fins justificam os meios”. No entanto, em que pese o conteúdo do ato seja importante, embora a

³⁵² POSTEMA, 2014, p. 11.

³⁵³ POSTEMA, 2014, p. 11.

³⁵⁴ POSTEMA, 2014, p. 12.

³⁵⁵ POSTEMA, 2014, p. 12.

³⁵⁶ POSTEMA, 2014, p. 12.

razoabilidade da decisão seja fundamental, um ato somente encontra justificação plena no Estado de Direito se for manifestação de um poder limitado.

Dessa forma, o problema de uma decisão arbitrária não é que ela seja desarrazoada, infundada ou irracional, o problema é que se trata de uma decisão unilateral, que não pode ser avaliada ou controlada (*unaccountable*). É exatamente contra esse tipo de exercício de poder que se volta a *rule of law*³⁵⁷.

Nesse sentido, a *rule of law* faz com que o direito como um todo seja o instrumento que assegure proteção e recursos contra esse poder arbitrário. No caso, o direito compreendido (1) como um modo de ordenação, (2) como um sistema coordenado de instituições e procedimentos para administração e julgamento e (3) como um sistema argumentativo de deliberação. É por meio do direito que o poder pode ser submetido a controle (*account*)³⁵⁸.

Uma vez que Postema não considera que o conteúdo do ato (ato em sentido amplo, podendo ser uma ação, decisão, política, atividade, entre outras situações) seja fundamento, por si, para que o ato seja visto como adequado ao Estado do Direito, pode parecer que sua posição não vê relação entre a *rule of law* e o império da razão.

No entanto, Postema tanto se interessa por tal relação que sugere uma interpretação específica para a máxima aristotélica de que o governo do direito é o governo da razão³⁵⁹. Segundo Postema, o Direito oferece um sistema diferenciado e disciplinado no qual a razão deliberativa se manifesta: por meio de leis e instituições formais³⁶⁰. Ou seja, o Estado de Direito implica o governo da razão, mas não se trata de um governo baseado em uma “razão livre”.

Voltando às implicações do conceito, a *accountability* do Estado de Direito se manifesta por meio de uma relação interpessoal normativamente estruturada. Trata-se de uma relação interpessoal, pois alguém (A) está sujeito à fiscalização e controle (*account*) perante outra pessoa (B) por seus atos. Essa relação é normativamente estruturada, pois aquele que vai exercer o controle (B) tem o poder normativo para tanto e tem o direito a realizar isso. Consequentemente, o outro agente (A) está subordinado àquele poder e tem o dever de prestar contas ao primeiro (B) por seus

³⁵⁷ POSTEMA, 2014, p. 12.

³⁵⁸ POSTEMA, 2014, p. 13.

³⁵⁹ ARISTÓTELES. **Política**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, Livro III, Capítulo XI, § 4-5.

³⁶⁰ POSTEMA, 2014, p. 13.

atos. Essa relação pressupõe normas que autorizem e assegurem o poder de B e, ao mesmo tempo, estipulem a obrigação para A³⁶¹.

Assim, o Estado de Direito é caracterizado pela (1) possibilidade de requerer explicações e justificativas pelos atos praticados por aqueles que exercem o poder (à luz de padrões que o fundamentem) e de (2) avaliar esses atos e suas justificativas. Vale enfatizar que não é suficiente para essa avaliação os mecanismos internos à burocracia estatal, sendo fundamental a participação pública. Eventualmente, pode incluir também a aplicação de sanções. No entanto, “o oposto de responsabilidade [accountability] não é impunidade (estar livre de punição), mas imunidade (estar livre de responsabilidade)”³⁶².

Toda essa relação de controle pressupõe, como foi dito, a instrumentalidade do direito. No entanto, existem alguns parâmetros para esse Estado de Direito. Postema organiza os parâmetros para a *rule of law* em três grupos, sendo os dois primeiros geralmente aceitos.

Em primeiro lugar, existem padrões a respeito da forma das leis, isto é, acerca da elaboração das normas jurídicas. Em um Estado de Direito, as leis devem ser gerais, prospectivas, estáveis, passíveis de cumprimento, por exemplo (dimensão de legalidade, como será visto à frente). Em segundo lugar, existem padrões que regem as instituições, procedimentos e práticas pelas quais as leis são aplicadas e executadas. Nesse caso, requer-se, por exemplo, magistrados independentes, igualdade na aplicação da lei, julgamentos imparciais e passíveis de recurso (dimensão de processualidade, como será visto à frente)³⁶³.

Existem ainda parâmetros mais controvertidos, pois tocam na dimensão substancial do Estado de Direito. Postema não pretende propor direitos ou instituições que precisam integrar o conceito da *rule of law* a partir de algum tipo de intuição. Para ele, essa fundamentação substancial deve partir do propósito do conceito, isto é, da finalidade de impedir o arbítrio no exercício do poder³⁶⁴.

Alguns caminhos para essa resposta poderiam ser: a proteção da liberdade individual, o respeito à dignidade humana, a promoção do valor republicano da liberdade ou a promoção de valores comunitários. Algumas dessas fundamentações

³⁶¹ POSTEMA, 2014, p. 14.

³⁶² Tradução livre de: “The opposite of accountability is not impunity (freedom from punitive response) but immunity (freedom from answerability)”. In: POSTEMA, 2014, p. 14.

³⁶³ POSTEMA, 2014, p. 15.

³⁶⁴ POSTEMA, 2014, p. 17.

parecem possuir um forte apelo culturalmente delimitado. Por isso, Postema sustenta que o propósito do Estado de Direito “pode ser defendido de várias perspectivas diferentes”³⁶⁵, não dependendo de um apelo individualista ou ocidental.

Dessa forma, uma vez que a proteção oferecida pelo Estado de Direito não está associada a um tipo específico de poder ou a um modelo específico de organização estatal, sua proteção encontra-se fundamentada em qualquer comunidade política na qual o abuso de poder seja visto como um mal. A partir disso, partindo de uma concepção mais geral (que poderia ser defendida a partir de múltiplas perspectivas), seria possível debater e explorar os melhores caminhos para assegurar o Estado de Direito³⁶⁶. Postema não se envolve com esses caminhos.

No entanto, o Estado de Direito é mais que apenas uma ideia, trata-se da realização de uma ideia. Ele precisa se manifestar *de facto*. Nesse sentido, o Estado de Direito não diz respeito a um cenário em que as pessoas nunca sofrem violações em seus direitos, e sim a um cenário em que (1) as práticas e instituições necessárias à reivindicação de direitos violados e (2) os recursos contra essas violações existem, funcionam e são amplamente respeitados³⁶⁷.

Por isso, ao lado dos dois primeiros elementos (associados à ideia de *legalidade*) o terceiro aspecto compreendido pelo Estado de Direito diz respeito ao seu *ethos*, diz respeito às “relações, responsabilidades, crenças e compromissos” que constituem a ideia de *fidelidade*³⁶⁸. Ou seja, segundo essa concepção, é uma condição necessária à *rule of law* um compromisso comunitário com a legalidade.

Este compromisso ou atitude não é uma norma jurídica, e sim um tipo de compromisso de determinada cultura. A duração, resistência e perpetuação do Estado de Direito depende da profundidade deste compromisso dentro da sociedade. Nesse sentido, não se trata de uma espécie de “fé” no império do direito, mas de um compromisso mutuamente compartilhado, por autoridades e cidadãos, de respeitar a legalidade³⁶⁹.

No entanto, o compromisso mútuo não é suficiente. A fidelidade requer esforços positivos por parte dos cidadãos para que a legalidade seja respeitada pelos

³⁶⁵ Tradução livre de: “[...] can be defended from a number of different quarters”. In: POSTEMA, 2014, p. 17.

³⁶⁶ POSTEMA, 2014, p. 18.

³⁶⁷ POSTEMA, 2014, p. 18.

³⁶⁸ Tradução livre de: “[...] relationships, responsibilities, convictions, and commitments”. In: POSTEMA, 2014, p. 19.

³⁶⁹ POSTEMA, 2014, p. 20.

oficiais do governo, para que o Estado de Direito seja observado. Portanto, a fidelidade requer, por parte de cidadãos e de autoridades, fiscalização mútua (*mutual accountability*) e exigência recíproca de conformidade (*reciprocal compliance*)³⁷⁰.

Trata-se de uma exigência ética, pois diz respeito ao *ethos* (modo de agir) da comunidade e porque diz respeito às responsabilidades existentes entre os membros desta comunidade. Aliás, Postema sustenta que esse dever de fidelidade é, mais do que à lei ou ao governo, um dever de fidelidade ao outro³⁷¹.

Nesse sentido, não é suficiente que a lei exista e seja válida, é necessário que ela seja comum e cotidianamente executada dentro da comunidade. A lei deve ser executada regularmente e, igualmente, deve ser esperado que assim ocorra. Ou seja, a lei deve ser uma razão para as ações de cada membro e, da mesma forma, uma razão que antecipe as ações de outras pessoas³⁷². Dessa forma, a lei cria um ambiente de confiança entre os membros.

Para que isso seja possível, é necessário que a lei seja largamente autoexecutável. Se a lei depender frequentemente de uma interpretação oficial para ser cumprida, então ela estará falhando em sua missão de ser uma norma geral, um guia para a comunidade. Isso não nega que a lei pressupõe instituições encarregadas por sua interpretação e execução oficiais. Tais instituições precisam, no entanto, manifestar autoridade *por meio da lei e nos termos da lei*³⁷³.

Nesse sentido, a lei não é apenas o instrumento do poder, mas o seu freio. Em outros termos, a lei governa aqueles que governam com a lei. Postema chama esta característica de reflexividade (*reflexivity*)³⁷⁴. Mas, para que esse freio funcione, precisa estar no controle de alguém – e isso não pode depender de uma escolha da própria autoridade. Ou seja, estar submetido à lei não pode ser uma questão de simples escolha.

Consequentemente, governantes e cidadãos estão submetidos à lei por meio de uma sólida cadeia de fiscalização (e responsabilização) recíproca (*mutual accountability*). É essa fidelidade mútua que possibilita a existência do Estado de Direito. Essa rede é mútua, pois a possibilidade de fiscalizar e responsabilizar outro

³⁷⁰ POSTEMA, 2014, p. 20.

³⁷¹ POSTEMA, 2014, p. 21.

³⁷² POSTEMA, 2014, p. 22.

³⁷³ POSTEMA, 2014, p. 22.

³⁷⁴ POSTEMA, 2014, p. 23.

sujeito pressupõe a possibilidade de ser fiscalizado e de ser responsabilizado. Postema denomina isso de “rede de supervisão” (*network of accountability*)³⁷⁵.

Portanto, a tese fundamental de Postema a respeito do Estado de Direito é a de que se submeter aos limites do Direito é submeter-se a uma rede de supervisão recíproca (*network of mutual accountability*)³⁷⁶. Segundo ele, não há coerência na argumentação que sustenta a submissão das autoridades ao direito, mas impede que tais autoridades possam ser fiscalizadas e responsabilizadas (por outras pessoas)³⁷⁷.

De modo surpreendente, Postema defende a posição de Hobbes segundo a qual estar submetido à lei é estar submetido a uma avaliação (de outra pessoa). No entanto, diferentemente de Hobbes, faz isso para defender – e não para excluir – a submissão das autoridades à lei³⁷⁸. O argumento de que a autoridade poderia se autoavaliar e supervisionar a si mesma é o oposto ao conceito de supervisão (*accountability*). Como destaca Postema, “ser *unicamente* autoavaliado é não ser avaliado por *ninguém*”³⁷⁹.

Por outro lado, não basta que os sujeitos sejam supervisionados por terceiros (em um modelo do tipo: $A \rightarrow B \rightarrow C$), pois sempre chegaríamos a um ponto em que alguém não estaria sujeito a supervisão. Assim, é necessário que os sujeitos se supervisionem de modo recíproco (no modelo $A \leftrightarrow B \leftrightarrow C$). Não é admissível que alguém requeira fiscalizar e responsabilizar outra pessoa de acordo com o direito se ela própria não se submete ao direito³⁸⁰.

Para que esse mecanismo de supervisão recíproca funcione é necessário mais do que um compartilhamento de decisões (ou do poder decisório). Dividir o poder na tomada de certa decisão (como a elaboração de uma lei) pode limitar o poder, mas tal divisão não é suficiente para que tornar as autoridades decisórias sujeitas a supervisão³⁸¹. Ou seja, um poder sujeito à lei é um poder limitados, mas o Estado de Direito requer mais do que apenas impor limites.

Uma comunidade na qual o Estado de Direito está adequadamente implementado, o exercício do poder pelas autoridades pode ser contestado pelos

³⁷⁵ Escolhemos a expressão “supervisão”, pois parece adequada para conjugar os elementos *fiscalizar-avaliar-responsabilizar*. Cf. POSTEMA, 2014, p. 25.

³⁷⁶ POSTEMA, 2014, p. 25.

³⁷⁷ POSTEMA, 2014, p. 25.

³⁷⁸ POSTEMA, 2014, pp. 25-26.

³⁷⁹ Tradução livre de: “To be *solely* self-accountable is to be accountable *to no one*”. In: POSTEMA, 2014, p. 26, grifos no original.

³⁸⁰ POSTEMA, 2014, p. 27.

³⁸¹ POSTEMA, 2014, p. 30.

cidadãos perante os tribunais. Não apenas os cidadãos podem ser fiscalizados e responsabilizados pelas autoridades, mas elas também podem sê-lo perante um tribunal. No entanto, embora os tribunais exerçam uma função essencial na supervisão pública de governantes e governados, são apenas uma parte, ainda que proeminente, de uma saudável rede de supervisão. Imprensa, entidades não-governamentais e outras entidades privadas são outras partes fundamentais³⁸².

A fidelidade acarreta compromissos específicos conforme cada um desses agente. Por exemplo, no que diz respeito aos magistrados, a fidelidade acarreta compromissos relativos à imparcialidade, equidade no tratamento das partes, decisões fundamentadas e adequada apreciação das provas. No caso de cidadãos comuns, é fundamental que a lei não seja tratada com apatia. Ou seja, os cidadãos não podem tratar o direito com indiferença a ponto de (1) não o considerarem em suas ações ou (2) de tolerarem a corrupção³⁸³.

Sobre como a tolerância com corrupção representa uma falta de compromisso com a legalidade (ou seja, uma infidelidade), afirma Postema:

A corrupção de agentes do governo que é esperada ou tolerada [pelos cidadãos] fica livre para crescer sem controle e sem contestação; e, a tolerância à corrupção governamental tende a alimentar uma corrupção semelhante nas relações entre os cidadãos comuns³⁸⁴.

Nesse sentido, um empecilho ao desenvolvimento da fidelidade é uma postura acrítica dos cidadãos, uma deferência excessiva e indevida às autoridades governamentais. Afinal, o compromisso com a legalidade pressupõe uma disposição para contestar, fiscalizar, requerer explicações daqueles que exercem o poder.

Por outro lado, esse compromisso individual e comunitário depende do suporte de instituições e práticas que facilitem e organizem um mecanismo de supervisão (*accountability-holding*). Afinal, apesar de a fidelidade ser também uma responsabilidade individual, um mecanismo de supervisão política não tem como ser uma atividade individual. Em primeiro lugar, tais instituições são fundamentais para encorajar e nutrir o *ethos* da fidelidade – capacitando os membros, por exemplo. Segundo, são fundamentais para viabilizar e reforçar os mecanismos de supervisão –

³⁸² POSTEMA, 2014, p. 30.

³⁸³ POSTEMA, 2014, pp. 32-33.

³⁸⁴ Tradução livre de: “[...] corruption of government officials which is expected or tolerated is allowed to grow unchecked and unchallenged, and toleration of governmental corruption tends to nourish a like corruption in relations among ordinary citizens”. In: POSTEMA, 2014, p. 33.

criando meios de mobilização pública, por exemplo. Em terceiro lugar, essas instituições e práticas disciplinam e organizam os esforços de supervisão³⁸⁵.

Além destas instituições, Postema aponta algumas garantias essenciais à afirmação e promoção da fidelidade em uma comunidade. Primeiro, garantias constitucionais e legais de transparência governamental. Segundo, uma imprensa livre e juridicamente protegida. Terceiro, ampla liberdade de expressão e reunião. Quarto, acesso simplificado e universal a tribunais imparciais, independentes, competentes e eficazes. Quinto, um corpo jurídico bem treinado e preocupado com o respeito ao Estado de Direito. Por fim, uma sociedade civil plural e engajada com o exercício da cidadania³⁸⁶.

Por tudo isso, Postema afasta-se de uma posição comum segundo a qual o Judiciário e os juízes são os únicos ou principais encarregados por assegurar que os demais agentes governamentais estarão submetidos à lei. Uma posição desse tipo acaba conferindo ao Judiciário uma posição indesejada em um Estado de Direito, a posição de um agente de fiscalização e controle que não está submetido a fiscalização e controle³⁸⁷.

O argumento utilizado para manter a autoridade judicial mesmo em situações de má aplicação do direito fundamenta-se primordialmente na necessidade de manter a ordem e de que a impugnação à decisão deve seguir os procedimentos legais³⁸⁸. De fato, o início do argumento constitui um princípio do Estado de Direito, qual seja, o de que ninguém deve ser juiz em causa própria (*nemo iudex in causa sua*). No entanto, a conclusão de que mesmo ordens judiciais claramente inválidas devem ser seguidas até que outro tribunal avalie a questão é inadequada ao Estado de Direito³⁸⁹.

Tal argumentação não é compatível com o mecanismo de supervisão do Estado de Direito, pois implica que ninguém está legitimamente em posição, em qualquer caso que seja, de agir de acordo com seu melhor julgamento sobre a interpretação ou validade da lei. Como argumentou, Postema sustenta que o direito apenas serve como guia de conduta (como razão para ação, nos termos de Raz) caso

³⁸⁵ POSTEMA, 2014, p. 34.

³⁸⁶ POSTEMA, 2014, p. 34.

³⁸⁷ POSTEMA, 2014, p. 35.

³⁸⁸ Foi o argumento utilizado, por exemplo, pela Suprema Corte dos Estados Unidos para manter uma condenação por desacato a uma ordem judicial (de um tribunal inferior), mesmo sendo esta ordem considerada inconstitucional pela Corte. Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Walker v. City of Birmingham**, 388 U.S. 307. 1967. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/307/>. Acesso em: 12/01/2023.

³⁸⁹ POSTEMA, 2014, p. 36.

seja passível de observância. Em outros termos, o direito precisa viabilizar a ação de seus subordinados a partir do melhor julgamento destes sobre a interpretação e a validade das leis³⁹⁰.

No entanto, o argumento dos tribunais leva à conclusão de que *apenas* os magistrados podem determinar a validade dos atos e decisões estatais – inclusive os seus *próprios* atos. Ou seja, os tribunais negam o princípio que alegam sustentar. E, ao fazer isso, negam o princípio da supervisão, o elemento central do Estado de Direito³⁹¹.

Segundo o argumento dos tribunais, o modelo de supervisão do Estado de Direito seria algo do tipo: [Cidadão↔Governo]→Tribunais. Ou seja, cidadão e governo (excluídos os tribunais) supervisionam-se mutuamente e ambos são supervisionados pelos tribunais. No entanto, as cortes estariam fora dessa estrutura de mutualidade. “Da perspectiva do Estado de Direito, tribunais e juízes não têm maior reivindicação aceitável de soberania – isto é, autoridade unilateral e não sujeita a supervisão – do que qualquer outro ramo do governo”³⁹².

Para responder a isso, Postema defende duas soluções. Em primeiro lugar, Postema defende a validade legal da desobediência civil, quando seus argumentos forem publicamente avaliados como legítimos. Ou seja, o mecanismo de supervisão mútua do Estado de Direito admite, como última medida, a contestação pública e consciente da validade dos atos estatais³⁹³. Em segundo lugar, Postema defende uma revisão (talvez até mesmo a superação) do conceito de soberania, geralmente considerada como poder final e não subordinado. Em um Estado de Direito, todos estão subordinados à supervisão mútua³⁹⁴.

Dessa forma, por meio do recurso ao conceito de fidelidade, Postema dá ao conceito de Estado de Direito uma dimensão muito mais concreta do que teórica.

³⁹⁰ POSTEMA, 2014, p. 36.

³⁹¹ POSTEMA, 2014, p. 37.

³⁹² Tradução livre de: “From the point of view of law’s rule, courts and judges have no more sustainable claim to sovereignty – that is, unilateral and unaccountable authority – than any other branch of government”. In: POSTEMA, 2014, p. 37.

³⁹³ POSTEMA, 2014, p. 38. Alguns Estados que padeceram com regimes totalitários reconhecem esse direito, como é o caso da Alemanha. Conforme o artigo 20.4, “Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem [ordem constitucional, ou seja, o regime do Estado de Direito], todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa”. In: ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução de Aachen Assis Mendonça. 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/informationmaterial/55/64/anr80208000>. Acesso em: 13/01/2023.

³⁹⁴ POSTEMA, 2014, p. 39.

Mesmo assim, o conceito de fidelidade tem forte apelo conceitual, tanto no que diz respeito à dimensão formal, quanto à dimensão substancial do Estado de Direito.

Em que pese Postema evite ao máximo apresentar uma definição para o conteúdo do Estado de Direito, acaba fazendo isso ao discorrer sobre o conceito de fidelidade, acaba propondo contornos de uma definição. Ao falar sobre o conteúdo dos deveres de certas autoridades ou sobre as garantias que devem existir dentro de certa comunidade, está definindo o que é requerido pelo conteúdo da *rule of law*. Ou seja, está dispondo sobre a dimensão substancial do Estado de Direito.

Isso ocorre, pois não há como propor qualquer conceito significativo de Estado de Direito sem participar das longas discussões sobre qual deveria ser o seu conteúdo. Ou seja, quais exigências o direito que ordena as autoridades deve observar. Como Postema sustentou muito bem, não há Estado de Direito sem vinculação de cidadãos e, especialmente, autoridades ao direito – o que significa fiscalização e responsabilização.

No entanto, apenas faz sentido discutir a vinculação do direito, se ele não for um ato de pura vontade. Em outros termos, se a autoridade for vinculada a um direito que representa puramente sua vontade, isso não será uma vinculação de fato. Como Postema corretamente sustentou, autovinculação é vinculação nenhuma. Mas isso não vale apenas para a questão da presença ou ausência de supervisão. Igualmente fundamental é discutir o conteúdo deste direito vinculante – e nem Postema parece escapar disso.

Embora Postema às vezes trate o direito como um elemento puramente objetivo, sustentar que a autoridade será supervisionada pelo direito que ela mesmo criou pode não significar muito se esse direito não trazer normas inderrogáveis. Não se trata apenas de vincular as autoridades, mas também de limitar o direito que as vinculará. Eis a vantagem da Nova Teoria da Lei Natural a esse respeito.

CAPÍTULO 3 – ESTADO DE DIREITO NA NOVA TEORIA DA LEI NATURAL

Partindo dos argumentos gerais apresentados sobre a autoridade e o Estado de Direito, é necessário discutir os fundamentos do Estado de Direito segundo a Lei Natural. Assim, objetiva-se neste capítulo analisar os argumentos trazidos pela Nova Teoria da Lei Natural acerca da autoridade política e do Estado de Direito – conceito apontado como o caso central do exercício da autoridade estatal. Objetiva-se identificar as características deste modelo de Estado, analisando seus aspectos formais e substanciais.

Diversas razões nos levam a recorrer à lei natural para compreender adequadamente o Estado de Direito. Em primeiro lugar, como observa Rainer Grote, foi com a perda da influência da compreensão da lei natural como limite ao poder político, em meados do Século XVIII, que se fez premente a necessidade de um conceito de Estado de Direito baseado em um sistema de controles e restrições legais e jurisdicionais³⁹⁵. Dessa forma, retomar o conceito de Lei Natural pode auxiliar significativamente no processo de justificação destes limites.

Ademais, a título de exemplo histórico, quando as colônias inglesas na América (atualmente Estados Unidos da América) se opuseram ao que consideravam um abuso de poder advindo do Parlamento Britânico, evocaram a lei natural como limite ao poder do Estado. Segundo Grote, foi a partir dessa concepção inicial de vinculação do legislador (à lei natural, em seu início) que se fixou nos Estados Unidos a ideia de que o exercício do poder pelos órgãos legislativos era regido por uma lei superior³⁹⁶. Como já deve estar justificado até aqui, o conceito de Estado de Direito é distinto do conceito de um Estado regido por leis. Sendo assim, devemos investigar como justificar essa diferenciação.

3.1 AUTORIDADE POLÍTICA E LEI NATURAL

Embora atualmente a noção de autoridade política seja frequentemente associada ao conceito de Estado, estes não são sinônimos. Afinal, em alguns períodos, como o medieval, em que ainda não havia um Estado (enquanto entidade

³⁹⁵ GROTE, Rainer. *Rule of Law, Rechtsstaat, y Etat de Droit*. **Pensamiento Constitucional**, Lima, ano VIII, n. 8, pp. 127-176, 2002.

³⁹⁶ GROTE, op. cit., p. 136.

política abstrata), já havia a possibilidade de identificar uma autoridade política. No período da Idade Média, por exemplo, essa autoridade estava associada à pessoa do rei ou do imperador³⁹⁷. Por isso, antes de analisar os requisitos do Estado de Direito propriamente dito, é necessário avaliar o fundamento da própria autoridade política a partir da Lei Natural.

Tendo em consideração os argumentos sobre a autoridade política e suas críticas, torna-se possível organizar em duas as principais razões que justificam a necessidade de uma autoridade para a comunidade política: (a) a condição do ser humano em sociedade e (b) promoção dos interesses dos membros da comunidade (o que inclui a resolução dos potenciais conflitos de interesse que ocorram).

Uma das vias para sustentar a necessidade da autoridade política é basear a teoria (ainda que de forma implícita ou pressuposta) em uma concepção antropológica de fundo. Ou seja, trata-se da tentativa de fundamentar a necessidade e justificação da autoridade política com base em uma certa concepção sobre o ser humano. Nesse sentido, tal via de justificação geralmente argumenta que a vida em sociedade representa permanentemente um risco aos interesses individuais em razão da condição humana.

Podemos denominar esta via de fundamentação de *via hobbesiana*, tendo em vista que Thomas Hobbes é o mais conhecido autor que justifica a autoridade estatal (autoridade política, portanto) por meio do recurso a certa compreensão sobre o ser humano³⁹⁸. Hobbes vai desenvolver a argumentação em prol da autoridade sustentando os riscos que cada ser humano representa aos demais quando vive na ausência do poder político.

Hobbes rejeita o argumento segundo o qual o ser humano é um animal que nasce apto para a sociedade e que, portanto, as leis são necessárias à preservação da paz e ao governo de todo o gênero humano. Para Hobbes esse argumento é falso por basear-se em uma visão demasiado superficial da natureza humana. A associação não seria algo natural, mas accidental³⁹⁹.

Segundo Hobbes, a sociedade não decorre da boa vontade de uns para com os outros, mas do medo recíproco, um medo que decorre (1) da igualdade natural dos

³⁹⁷ GROTE, op. cit.

³⁹⁸ Ver, especialmente: HOBBS, Thomas. **Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civill**. Londres: Andrew Croke, 1651.

³⁹⁹ HOBBS, 1993, pp. 50 e ss.

homens e (2) da vontade recíproca de prejudicar-se. Portanto, segundo a via hobbesiana, a autoridade política é justificada, pois, no estado natural, a vontade de causar danos é inerente a todos os seres humanos⁴⁰⁰.

No entanto, embora factível, este é um argumento questionável, pois torna a justificação da autoridade dependente de determinada compreensão sobre o ser humano, que, por ser muito genérica, é de contestável confirmação empírica. Além disso, o argumento pode ficar muito dependente de determinados ambientes histórica e culturalmente delimitados, prejudicando sua validade mais ampla.

Destarte, embora seja importante destacar a existência deste argumento, ao mesmo tempo devemos indagar se ele é realmente necessário à justificação da autoridade política. Ou seja, devemos investigar se a autoridade política poderia ser justificada mesmo em uma sociedade livre de recalitrância. Isto é, se a autoridade não é requerida apenas pela malícia ou loucura dos seres humanos⁴⁰¹.

Embora essa concepção antropológica seja uma via aparentemente factível, embora controversa, há outro caminho de fundamentação da autoridade política a partir da proteção e da promoção dos interesses dos membros da comunidade política (incluindo a solução dos problemas de coordenação).

Diversas são as formas pelas quais as pessoas podem buscar uma vida boa, instanciando de formas diversas os bens humanos básicos. Essa instanciação passará por uma análise acerca das circunstâncias fáticas, sobre a oportunidade e a vantagem de certas escolhas em detrimento de outras. Ou seja, trata-se de uma manifestação da razoabilidade prática.

No entanto, além desse tipo de ponderação, essa instanciação envolve a concepção de mundo de fundo do indivíduo. Sua visão sobre a vida e o cosmos que define o elemento de autenticidade da razoabilidade prática⁴⁰². Por isso, mesmo em circunstâncias fáticas similares, pessoas com concepções de vida distintas tenderão a tomar decisões diferentes sobre como conduzir suas vidas. Sendo que essas decisões diversas não podem e não devem ser reduzidas a uma única, em razão do caráter incomensurável dos bens humanos básicos que estão sendo instanciados.

⁴⁰⁰ HOBBS, 1993, 50 e ss.

⁴⁰¹ FINNIS, 2011a, p. 267.

⁴⁰² Não se trata apenas do denominado “fato do pluralismo”, como também decorre de as próprias cosmovisões dificilmente poderem ser subsumidas a apenas uma sem perder grande parte de sua condição. Sobre a profundidade das visões de mundo rivais, é exemplar a obra de MacIntyre. Cf. MACINTYRE, Alasdair. **Three Rival Versions of Moral Enquiry**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1990.

Assim, os problemas de coordenação são inevitáveis em uma vida em sociedade (especialmente se considerarmos uma sociedade razoavelmente livre). Essa diversidade de interesses individuais e de planos de vida pode gerar conflitos em sociedade e, assim, afetar negativamente a consecução do plano racional de vida de cada sujeito. Como sustentado por Joseph Raz⁴⁰³, a autoridade política consegue criar convenções que solucionam com eficiência os problemas de coordenação e caminhos para os indivíduos saírem de dilemas do prisioneiro.

Além do argumento do problema de coordenação, Finnis destaca a fundamentação da autoridade política a partir da busca pelo bem da comunidade política (bem comum público), a partir da promoção de valores abertos aos diversos bens individuais e que promovem o florescimento humano⁴⁰⁴.

Segundo a Teoria da Lei Natural, a autoridade política está associada à ordenação da sociedade⁴⁰⁵. No entanto, isso não se confunde com uma imposição autocrática, como no modelo de hobbesiano, ao fundamentar sua autoridade na capacidade de impor a própria vontade, sem resistência dos súditos⁴⁰⁶. A ordenação promovida pela autoridade política consiste em dispor as ações e pessoas em busca do fim, do bem comum. No entanto, esse caminho de fundamentação já antecipa a discussão sobre o Estado de Direito.

Por outro lado, esse fundamento sana problemas com os quais as teorias do consenso precisam lidar, como, por exemplo, a respeito de pessoas que não são capazes de participar de relações contratuais livres, mas que estão sujeitas à autoridade da comunidade política (como menores de idade). Apresenta também um fundamento que resolve um desafio encontrado pelo princípio democrático, uma vez que alguns sujeitos não votam (por escolha ou impossibilidade) e ainda assim estão sujeitos à autoridade política (como estrangeiros).

Dessa forma, a autoridade política encontra uma justificação racional superior à anarquia política. No entanto, para que tal autoridade promova adequadamente o florescimento humano, deve adequar-se ao ideal do Estado de Direito.

⁴⁰³ Ver item 2.2.

⁴⁰⁴ FINNIS, 2011a.

⁴⁰⁵ Aquino destaca exatamente como ordenar está associada a buscar um bem ou fim no início da Suma contra os gentios. Cf. AQUINO, Tomás de. **Suma contra os gentios**. Vol. I-II. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1990, I.

⁴⁰⁶ HOBBS, 1993, p. 57.

3.2 ESTADO DE DIREITO NA LEI NATURAL

A partir dessa análise sobre a autoridade política, é necessário definir as dimensões do Estado que permitem o adequado florescimento humano. Nessa perspectiva, vale ressaltar, desde logo, que Finnis destaca o Estado de Direito (*The Rule of Law*) como uma condição normalmente vital para a preservação de direitos ameaçados⁴⁰⁷ e como uma qualidade desejável a respeito das autoridades⁴⁰⁸.

Nesse sentido, o Estado de Direito é sumarizado por Finnis como o estado de coisas no qual o sistema jurídico está juridicamente em boa forma⁴⁰⁹. Finnis considera o Estado de Direito como uma virtude do sistema jurídico, um sistema caracterizado por certas qualidades (a) de suas regras e (b) de suas instituições (incluindo nesse conceito as autoridades governamentais)⁴¹⁰.

Em primeiro lugar, o Estado de Direito é caracterizado por um direito formado por regras (1) prospectivas, (2) passíveis de obediência, (3) dotadas de publicidade⁴¹¹, (4) dotadas de clareza, (5) coerentes e (6) estáveis. Por sua vez, (7) a elaboração de decretos ou ordens aplicáveis a situações limitadas (como as decisões judiciais) se dá de acordo com regras caracterizadas por aquelas qualidades elencadas⁴¹².

Em segundo lugar, o Estado de Direito é caracterizado por autoridades governamentais que (1) podem ser supervisionadas (*accountable*)⁴¹³ por sua conformidade (*compliance*) ou não àquelas regras jurídicas; que (2) realmente aplicam o direito; e, (3) que aplicam o direito de modo consistente e conforme seu conteúdo⁴¹⁴.

Assim, por um lado, é necessário que o Estado esteja baseado em um padrão de ação racional e uniforme, vinculante aos cidadãos e aos agentes públicos. Dessa forma, o Estado de Direito diz respeito tanto aos requisitos do direito, como também à

⁴⁰⁷ FINNIS, John. **Human Rights and Common Good**. Oxford: Oxford University Press, 2011c.

⁴⁰⁸ FINNIS, 2011b, p. 4.

⁴⁰⁹ “The name commonly given to the state of affairs in which a legal system is legally in good shape is ‘the Rule of Law’”. Cf. FINNIS, 2011a, p. 270.

⁴¹⁰ FINNIS, 2011a, p. 270.

⁴¹¹ No original, a característica citada é a promulgação (“*promulgation*”). No entanto, essa qualidade diz respeito a muito mais do que um simples ato formal. Por isso, a qualidade mais adequada é a publicidade, que abrange o ato de promulgação.

⁴¹² FINNIS, 2011a, p. 270.

⁴¹³ Sobre a tradução de “*accountable*”, como discutido no item 2.3, envolve tanto o dever de transparência, quanto a possibilidade de responsabilização. Ao conjunto de implicações do termo, optamos por traduzir tanto na discussão de Postema quanto aqui por “supervisão”.

⁴¹⁴ FINNIS, 2011a, p. 271. Vale observar que Finnis divide as características das autoridades em dois grupos: supervisão e aplicação. No entanto, consideramos mais adequado dividir em três, pois as virtudes de aplicação do direito são distintas, merecendo ênfases específicas.

vinculação a tal direito⁴¹⁵. Tal garantia ocorre por meio da dimensão da legalidade e da processualidade. No entanto, por outro lado, o Estado existe em razão de certas finalidades, de forma que esse padrão deve estar direcionado à proteção e promoção dos bens humanos básicos, respeitando a pluralidade de comunidades existentes e a razoabilidade prática dos membros da comunidade.

Embora estejamos traduzindo a expressão original (*rule of law*) por “Estado de Direito”, tradução mais comum e corrente para o português, vale observar que a ideia diz respeito ao “governo do direito” ou “autoridade do direito”. Assim, a ideia é de *rule of law* pode ser melhor compreendida como “o governo do direito sobre o Estado” ou, simplesmente, como o “império do direito”.

Nesse sentido, como base última da Nova Teoria da Lei Natural, vale pontuar a defesa de Aristóteles sobre o governo da lei. Ao analisar as diversas formas de governo, o filósofo destacou a superioridade do governo da lei sobre o governo dos homens, especialmente considerando a racionalidade da pessoa humana:

[...] querer que a lei mande [governe] é querer que Deus e a razão mandem sós; mas dar a superioridade [o governo] ao homem é dá-la ao mesmo tempo ao homem e à fera. [Pois] O desejo tem qualquer coisa de bestial. A paixão corrompe os magistrados e os melhores homens. A inteligência sem paixão, tal é a lei⁴¹⁶.

Se, por um lado, é possível justificar a necessidade da autoridade política, por outro lado é fundamental fundamentarmos seus limites. Pois, uma autoridade política que exerça seu poder de modo ilimitado (abusiva e arbitrariamente) pode atentar contra as razões de sua existência e de sua manutenção.

Não obstante, a simples existência de limites formais ao Estado não é o mesmo que Estado de Direito. Afinal, Estados abusivos e violadores de bens básicos do ser humano podem ter limites formais pontuais aos seus órgãos de governo. Isso pode torná-lo, em certo sentido, um Estado com limites, mas não o torna, de modo algum, um governado pelo Direito. É necessário considerar, portanto, os limites substanciais ao Estado, segundo a Nova Teoria da Lei Natural.

Antes de passarmos à análise específica das características desse Estado, não devemos ignorar que existem formas centrais e periféricas de Estado de

⁴¹⁵ CORREAS, 2015, p. 204.

⁴¹⁶ ARISTÓTELES. **Política**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, Livro III, Capítulo XI, § 4-5. Tradução cotejada com a edição em inglês: ARISTÓTELES. **Politics**. Cambridge: Harvard University Press, 1932.

Direito⁴¹⁷. Por isso, a expressão “Estado de Direito” faz referência a diversas realidades semelhantes, porém não idênticas. Nessas diversas realidades, as dimensões do Estado de Direito poderão estar realizadas em maior ou menor medida e por diferentes meios.

Nesse sentido, devemos fazer uma análise pormenorizada de todas essas características, pois, como Finnis ressalta, as diversas características do Estado de Direito são qualidades que não se resumem a um único ato⁴¹⁸.

3.2.1 Dimensão formal: legalidade e processualidade

Parece intuitiva a assertiva de que os Estados (modernos) se utilizam do Direito como instrumento para veicular suas decisões, quer governados de modo democrático e livre, quer governados de modo autocrático e opressivo. Assim, falar em legalidade como um requisito do Estado de Direito pode parecer não acrescentar muito ao conceito.

Nesse sentido, a concepção de Kelsen sobre o Estado parece implicar que, do ponto de vista jurídico, todo Estado é um Estado de Direito, tendo em vista que o poder do Estado somente pode ser veiculado por intermédio do Direito. Em outros termos, a vontade do Estado apenas pode ser manifestada por meio de atos legais. Afirma Kelsen, “o Estado é uma ordem jurídica”⁴¹⁹ e os elementos que o caracterizam são igualmente tomados em sentido jurídico.

Destarte, segundo um paradigma que pretende ser neutro (isto é, não-avaliativo), então é praticamente inviável a separação entre um Estado Arbitrário e um Estado de Direito, tendo em vista que em ambos os tipos de Estado o poder será veiculado por meio de normas jurídicas. Ou seja, tanto um Estado democrático e limitado, quanto um Estado despótico e irrefreado serão caracterizados por legalidade. Se a legalidade caracterizadora do Estado de Direito consistir apenas na existência de normas jurídicas, então este conceito perde sua utilidade prática.

⁴¹⁷ FINNIS, 2011c, p. 183.

⁴¹⁸ FINNIS, 2011a, p. 271.

⁴¹⁹ Esta é a posição de Kelsen ao abordar a relação entre Estado e Direito ao longo de todo o capítulo VI de sua principal obra, *Teoria Pura do Direito*. Citação portuguesa retirada de: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 317. Comparada com a versão em inglês: KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1967, p. 286.

Como observa Barber, sem uma concepção substancial (não-legalista) de Estado, o conceito de Estado de Direito se torna tautológico e, portanto, inútil⁴²⁰. No entanto, não é esse o maior problema com as teorias “puramente” formalistas sobre o Estado. O problema consiste em que, mesmo teorias como a de Hans Kelsen, dependerão de algum nível de avaliação da realidade. No caso de Kelsen, essa ordem jurídica estatal precisa passar por um teste (avaliativo) de eficácia⁴²¹.

No caso da Nova Teoria da Lei Natural, esta não é uma questão apenas política, mas diz respeito a uma questão igualmente jurídica. Portanto, a discussão sobre o Estado de Direito intersecciona a Teoria Política e a Teoria do Direito. Como já explicitado, a Nova Teoria da Lei Natural propõe-se a ser uma teoria avaliativa das instituições, o que inevitavelmente implica uma concepção avaliativa do Estado – para que seja ou não caracterizado não apenas como um Estado *com* Direito, mas como um Estado *de* Direito.

Por isso, considerando a Nova Teoria da Lei Natural, a simples existência de normas jurídicas não pode ser considerada suficiente para o requisito da legalidade que caracteriza um Estado de Direito. É necessário compreender adequadamente as razões e as exigências impostas ao direito para que se possa falar no “governo do direito sobre o Estado”.

De fato, o Direito caracteriza o Estado (moderno), pois, sendo o Estado a instituição que realiza a coordenação dentro da comunidade política, o Direito é o instrumento desta coordenação⁴²². No entanto, no caso do Estado de Direito, essa coordenação por meio do Direito não se confunde com o uso *arbitrário* da força *autorizado* pela lei. Assim, legalidade precisa estar ao lado da processualidade, isto é, da vinculação das autoridades por meio da lei. Estes dois elementos caracterizam a dimensão formal do Estado de Direito.

Primeiramente, urge conceituar lei. Afinal, deste conceito depende o princípio da legalidade e, conseqüentemente, a ideia de supremacia do direito. Como bem observa Barzotto, nem todo preceito que se apresenta como “lei” pode, efetivamente, ser considerado propriamente como lei⁴²³. Depende de sua constituição, de sua razão.

⁴²⁰ BARBER, N. W. The *Rechtsstaat* and the Rule of Law. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, Vol. 53, N. 4, pp. 443-454, 2003.

⁴²¹ KELSEN, 2009, p. 17.

⁴²² BARBER, 2003.

⁴²³ BARZOTTO, Luis Fernando. Razão de lei: contribuição a uma teoria do princípio da legalidade. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, pp. 219-260, jul-dez/2007.

Uma lei que não corresponda ao sentido de lei possui elementos formais, mas não respeita a constituição que uma lei deve ter. Nesse sentido, uma lei assim (lei em sentido secundário) somente deve ser cumprida em razão de fatores externos a ela, como a segurança jurídica e o bem comum⁴²⁴.

De acordo com Finnis, o caso central de lei e de sistema jurídico é:

A lei e o sistema jurídico de uma comunidade completa que pretende ter autoridade para dar orientação abrangente e suprema para o comportamento humano na comunidade e para conferir validade jurídica a todos os outros arranjos normativos que afetam os membros dessa comunidade⁴²⁵.

Semelhantemente, Barzotto sustenta que um preceito possui “razão de lei”, isto é, observa os elementos definidores de uma lei, pode ser chamado de lei em sentido primário, quando tem determinada estrutura, função e sentido⁴²⁶. Nesse sentido, “a estrutura lógica da lei é a de uma medida da ação. A função política da lei é a imposição da ordem. O sentido ético da lei é o de expressar uma aliança”⁴²⁷.

Ou, em outros termos, “a lei é um construto da razão que dirige com autoridade a ação humana em vista de fins sociais”⁴²⁸. Esse sentido de lei será fundamental para caracterizar a legalidade constitutiva do Estado de Direito de acordo com a Teoria da Lei Natural.

Enquanto ser racional, o ser humano precisa ter a sua ação dirigida por preceitos igualmente racionais. No caso, a lei é a expressão desta racionalidade dentro da comunidade política. É expressão da razão prática. Afinal, a razoabilidade prática requer previsibilidade nas interações humanas, o que é oferecido por meio da lei e das instituições por ela instituídas⁴²⁹.

Somente assim poderemos compreender o argumento de aristotélico, já apresentado, de que o governo da lei é o governo da razão e, por outro lado, o governo dos desejos humanos se equipara a um governo bestial ou de feras. Por isso, “abandonar a lei é entregar a ação social à irracionalidade”⁴³⁰.

Em sua dimensão política, a lei é uma imposição da ordem, disciplinando as ações humanas em função do bem comum. Isto é, a lei ordena cada pessoa em sua

⁴²⁴ BARZOTTO, 2007, p. 220.

⁴²⁵ FINNIS, 2007, p. 215.

⁴²⁶ BARZOTTO, 2007, p. 220.

⁴²⁷ BARZOTTO, 2007, p. 220.

⁴²⁸ BARZOTTO, 2007, p. 220.

⁴²⁹ FINNIS, 2011a, p. 268.

⁴³⁰ BARZOTTO, 2007, p. 221.

relação com as demais, declarando o direito existente entre elas, entre cada membro da comunidade⁴³¹. Trata-se da dimensão de autoridade da lei. Frise-se que racionalidade e autoridade não são dimensões contrárias ou incompatíveis. Do ponto de vista do sujeito, a lei é compreendida enquanto medida para ação. Do ponto de vista do observador, a lei é compreendida enquanto ordem.

O terceiro elemento ressalta a função da lei na relação entre os membros da comunidade. Nesse sentido, a lei é uma espécie de aliança entre as pessoas. A lei é produto e, ao mesmo tempo, condição a uma relação de amizade, ao reconhecimento recíproco entre os membros da comunidade⁴³². Obviamente essa compreensão de comunidade é radicalmente oposta à visão hobbesiana, isto é, a uma visão que considera a comunidade de modo meramente instrumental.

Dessa forma, um dos principais argumentos em defesa da necessidade de legalidade do Estado de Direito diz respeito à garantia do bem da razoabilidade prática. Nesse sentido, quanto à relevância de regras para a razão prática, é útil considerarmos os argumentos de Joseph Raz. Em primeiro lugar, a regra possibilita um padrão prévio para a solução de diversos casos. Ou seja, cria uma resposta padrão e não casuística.

É enorme a vantagem de se proceder normalmente através da mediação das regras. Ela permite que a pessoa considere e forme uma opinião nos aspectos gerais de situações recorrentes, antes que as mesmas ocorram. Ela permite que a pessoa atinja resultados que somente podem ser alcançados através de um compromisso prévio para uma série inteira de ações, ao invés de um exame caso a caso⁴³³.

À luz do que foi visto no primeiro capítulo, o ser humano é um ser racional e livre, o que faz com que suas decisões sejam decorrentes da própria deliberação visando certos objetivos, fins ou interesses⁴³⁴. No entanto, em comunidade, ser humano encontra desafios à consecução de seus interesses, seja pela objeção de outras pessoas, seja pela necessidade de certas condições.

Por isso, torna-se necessário um parâmetro que viabilize com que cada pessoa aja buscando os seus interesses sem prejudicar o interesse de outras pessoas e contribua àquelas condições necessárias a todos. Ou seja, é necessária uma medida para a ação das pessoas.

⁴³¹ BARZOTTO, 2007, p. 221.

⁴³² BARZOTTO, 2007, p. 221.

⁴³³ RAZ, 2011, p. 54.

⁴³⁴ Ver, especialmente, item 1.3.

Segundo Barzotto, “a medida é o meio pelo qual o mundo se torna inteligível para o ser humano”⁴³⁵, tornando possível avaliar determinada ação como correta ou defeituosa. Enquanto o juízo é uma medida para a ação individual, a lei é uma medida para a ação coletiva. Como bem fundamentado por Finnis e Raz, conforme já visto, as ações não podem ser guiadas exclusivamente por razões individuais (juízos) quando estamos em comunidade.

Enquanto medida da ação, a lei possui como características a igualdade, a objetividade e a universalidade⁴³⁶. São estas características que dão conteúdo ao princípio da legalidade do Estado de Direito.

Sobre a igualdade da lei, devemos notar primeiramente que a razão humana identifica casos iguais e distingue casos desiguais. Para isso, no entanto, precisa de uma medida que estabeleça uma igualdade – e, *contrario sensu*, a desigualdade. No caso, a lei é a medida que possibilita estabelecer certa igualdade nas relações sociais. Consequentemente, quanto aos iguais, a justiça é a igualdade. Semelhantemente, a desigualdade é justa para aqueles que são desiguais. No entanto, é irracional tratar seres iguais de modo desigual⁴³⁷.

Essa igualdade (ou desigualdade) considera as propriedades relevantes destacadas pela lei para tal. Esse conceito de igualdade não ignora a existência de exceções. No entanto, as exceções serão tratadas do mesmo modo, respeitando, da mesma forma, a igualdade exigida pela lei⁴³⁸. Dessa forma, “assim como não pode haver medida para um único objeto medido, não pode haver regra para um único caso”⁴³⁹. Uma decisão que se aplica a um único caso, de modo completamente distinto dos casos semelhantes, não é verdadeiramente a aplicação de uma lei.

Além de caracterizada por igualdade, e relacionada a esta, a lei também é caracterizada por universalidade (também designada de generalidade). Isto significa que a lei se aplica a muitos indivíduos e muitas ações. Ou seja, os mais diversos casos singulares são unificados por uma referência única, por uma regra única. Isso não exclui que alguns casos excepcionais precisem ser regulamentados de modo

⁴³⁵ BARZOTTO, 2007, p. 222.

⁴³⁶ BARZOTTO, 2007, p. 223.

⁴³⁷ BARZOTTO, 2007, p. 225.

⁴³⁸ BARZOTTO, 2007, p. 225.

⁴³⁹ BARZOTTO, 2007, p. 226.

específico e temporário. No entanto, isso constitui exceção e não se confunde com a lei em seu sentido próprio⁴⁴⁰.

Em outros termos, um Estado que sempre dê um tratamento específico e altamente mutável aos casos sob sua autoridade não está observando o princípio da legalidade. Ou seja, uma distinção significativa entre o Estado de arbítrio e o Estado de Direito diz respeito à estabilidade e generalidade do direito deste em contraponto ao casuísmo das decisões do primeiro. Ao invés de melhorar a aplicação do direito, o casuísmo é muito mais frequentemente veículo de arbitrariedade da autoridade.

“Ao apontar casos e sujeitos abstratos, [a lei] afasta o legislador de paixões provocadas pela concretude das situações em exame”⁴⁴¹. Por outro lado, em razão da proximidade do caso, as análises particulares (em uma sentença, por exemplo) podem ser afetadas pelas paixões. Ou seja, pode, com maior e significativa probabilidade, tornar-se uma manifestação de arbítrio.

Neste ponto, vale considerar a observação de Canotilho sobre o Estado de Direito. Para o autor português, o direito possibilita uma distanciação entre o indivíduo e o poder público. Seria essa distância que asseguraria a autonomia de cada pessoa, garantindo um espaço de individualidade⁴⁴². Apenas existe tal distância se o Estado dispuser de medidas gerais, universais aos seus subordinados. Caso contrário, as autoridades governamentais acabarão invadindo a esfera da autonomia individual.

Semelhantemente, Barzotto observa que é “a universalidade [que] produz o distanciamento necessário à imparcialidade”⁴⁴³. Apesar de falível, a universalidade da lei assegura maior racionalidade na tomada de decisões. E, como já explicado, a racionalidade das decisões é um dos fundamentos da autoridade.

Sendo que a universalidade da lei possui implicações concretas para o Estado de Direito. Primeiro, somente por meio da universalidade da lei podem ser diferenciadas as funções de legislar e de aplicar a lei (administrativa e jurisdicional). Caso a lei seja concreta, essas funções estarão sobrepostas, inviabilizando a separação de poderes⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Segundo a terminologia clássica, enquanto a lei é universal, o decreto é particular. Ver: BARZOTTO, 2007, p. 227.

⁴⁴¹ BARZOTTO, 2007, p. 228.

⁴⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

⁴⁴³ BARZOTTO, 2007, p. 228.

⁴⁴⁴ BARZOTTO, 2007, p. 229.

Além disso, a universalidade assegura a igualdade perante a lei, impedindo prejuízos ou privilégios individuais. Se o legislador puder escolher sobre quem a lei será concretamente aplicada, então a contenção do arbítrio estará prejudicada. Em terceiro lugar, a própria independência do Judiciário e dos magistrados depende da universalidade da lei. “Se admitirmos que o legislador pode elaborar normas com conteúdo particular, a submissão do juiz à lei se torna submissão ao legislador”⁴⁴⁵.

Além de igualdade e universalidade, a lei enquanto medida deve ser objetiva, caso contrário não servirá de guia para a ação dos membros da comunidade. É necessário que os membros da comunidade e as autoridades responsáveis pela aplicação da lei possam identificar seu conteúdo e executá-lo. Somente assim eles poderão desenvolver planos e, em última medida, executar um plano racional de vida, componente do bem da razoabilidade prática.

Por isso, é muito acertada a crítica de Barzotto à ideia de que a lei é a sua interpretação. Se não há distinção entre a lei e a sua interpretação, então tudo depende de “quem tem o *poder* de impor sua interpretação”⁴⁴⁶. Se o direito é somente uma questão de imposição, se não há um padrão objetivo que diferencie entre boas e más interpretações, então não há razão para se falar em Estado de Direito. Não há nada vinculante à autoridade, pois a interpretação da autoridade é o direito.

“Ainda que o acesso ao conteúdo da lei só seja possível pela interpretação, a interpretação está a serviço de uma realidade que a transcende”⁴⁴⁷. Somente assim é possível falar em vinculação por meio da lei. E, somente assim é possível falar em *accountability* das autoridades. Uma medida somente pode ser assim denominada caso ultrapasse a subjetividade daquele que realiza a medição. Ademais, sem conteúdo objetivo sequer é possível falar de igualdade perante a lei, pois não haverá um parâmetro que transcenda os elementos avaliados e sirva de critério para comparação entre eles.

A necessidade de objetividade também se relaciona com a possibilidade de realização da lei. O princípio da legalidade somente alcança seu objetivo caso a lei possibilite, com facilidade e segurança, a aplicação do direito ao caso concreto⁴⁴⁸. Normas altamente abstratas e com um conteúdo relativamente indefinido são

⁴⁴⁵ BARZOTTO, 2007, p. 229.

⁴⁴⁶ BARZOTTO, 2007, p. 230, grifos no original.

⁴⁴⁷ BARZOTTO, 2007, p. 231.

⁴⁴⁸ BARZOTTO, 2007, p. 240.

incapazes de enunciar o caso aos quais se aplicam, inviabilizando a ordenação das condutas dentro da comunidade. Por isso, o direito não pode atingir sua finalidade apelando apenas a normas do tipo princípios.

Um aspecto que não pode ser ignorado quando compreendemos a lei como medida da ação humana é a necessidade de preexistência da medida em relação à ação. Isto é, a lei é um ato *passado* que dá, no *presente*, razões para a ação dos sujeitos⁴⁴⁹. É necessário ressaltar esse aspecto, especialmente quando consideramos que a lei é dotada de autoridade e, conseqüentemente, autorizará o uso da força pelos agentes do Estado.

A lei enquanto medida somente viabilizará a ação racional de todos os membros da comunidade se for definida previamente, ou seja, se não for uma medida imposta casuisticamente. Em outros termos, a medida somente respeitará o ser humano enquanto ser racional se for prévia, pois possibilitará que ele delibere, que ele escolha suas ações com base na medida preexistente. É irracional exigir uma ação segundo uma medida que não existia ao tempo da deliberação.

Nesse sentido, destaca Finnis, a preexistência ou anterioridade da lei a põe a salvo das pessoas do presente, assegurando uma referência estável para a ação humana, protegida das disputas mutáveis do presente. Igualmente, como o presente tornar-se-á passado, por meio de decisões presentes as pessoas podem definir a estrutura de seu futuro⁴⁵⁰.

Dessa forma, por meio da legalidade os subordinados (cidadãos) sabem como devem agir, pois as regras jurídicas antecipam para eles, de modo objetivo e geral, as condutas permitidas ou exigidas. Da mesma forma, por contar com um padrão decisório, as diversas autoridades sabem como resolver, de modo eficiente, os diversos casos que chegam até elas.

Além da dimensão de racionalidade da legalidade, é fundamental voltar nossa atenção à sua dimensão política, isto é, à lei enquanto ordem. Como já visto, o bem individual está relacionado íntima e necessariamente ao bem comum⁴⁵¹. Dessa forma, é necessário que o bem individual esteja articulado harmoniosamente com o bem dos demais membros da comunidade. Já vimos também como essa tarefa de promover a cooperação justifica a legitimidade da autoridade.

⁴⁴⁹ FINNIS, 2011a, p. 269.

⁴⁵⁰ FINNIS, 2011a, p. 269.

⁴⁵¹ Ver item 1.4.

No caso da comunidade política, essa ordenação é feita por intermédio da lei. Para a Teoria da Lei Natural, a ordenação pressupõe um fim e, na comunidade política, a finalidade da ordenação é promover o bem comum. Não há como ordenar baseado unicamente na *vontade* do governante, pois isso inevitavelmente afetaria os bens humanos dos membros da comunidade. Uma ordenação racional pressupõe uma ordenação considerando a finalidade da ordem.

Dessa forma, a lei deve ordenar as pessoas em direção ao bem comum. Caso contrário, a lei ordenará de modo desvirtuado – a autoridade terá traído a sua função de permanecer fiel à comunidade e ao seu bem. Dessa forma, a própria autoridade depõe contra a justificação de seu poder.

Como destaca Barzotto, o bem comum é possibilitado pela lei, de forma que a quebra desta dificilmente contribui para aquela finalidade⁴⁵². Por isso, um juiz pode, excepcionalmente, afastar a aplicação da lei (por meio do apelo à equidade, por exemplo), desde que preserve a finalidade de promover o bem comum – caso contrário, estará quebrando a ordem na comunidade.

Por isso, em um Estado de Direito, a legalidade está indissociavelmente ligada ao bem comum. A lei não somente respeita os critérios de racionalidade, como também a sua autoridade está direcionada ao bem da comunidade. Por sua vez, um Estado de arbítrio será caracterizado frequentemente pela busca de bens individuais ou coletivos, mas não pela busca do bem de toda a comunidade. Por exemplo, em Estados arbitrários, certos indivíduos constantemente têm seus bens completamente desrespeitados em prol do interesse de terceiros – do governante, frequentemente.

No entanto, como observa Barzotto, uma lei desvirtuada em seu plano racional continua dotada de autoridade em seu plano político. Isto é, mesmo quando uma lei não é plenamente adequada enquanto medida para ação, ela permanece obrigatória em razão da ordem que estabelece⁴⁵³. Obviamente, este não é o modo ideal e plenamente realizado de Estado de Direito. Em verdade, uma lei assim corrói o princípio da legalidade e, em larga escala, inviabiliza o reconhecimento de um Estado como Estado de Direito.

Nesse sentido, “para ser fator de ordem, a lei deve ser legítima, pública e eficaz”⁴⁵⁴. A legitimidade da lei diz respeito à sua capacidade de motivar a obediência.

⁴⁵² BARZOTTO, 2007, p. 234.

⁴⁵³ BARZOTTO, 2007, p. 235.

⁴⁵⁴ BARZOTTO, 2007, p. 235.

Neste caso, uma lei será legítima à medida em que expresse uma relação de justiça, ou seja, seja dada pela autoridade da comunidade, em busca do bem comum e respeitando uma proporcionalidade⁴⁵⁵.

Além disso, precisa voltar-se à comunidade e ser de conhecimento da comunidade⁴⁵⁶. Ou seja, deve ser dotada de publicidade (também denominada de *promulgação*) – característica intimamente relacionada à objetividade da lei. Não obstante, a publicidade não se resume à publicação oficial do ato. Finnis ressalta que a publicidade da lei depende da existência de uma classe jurídica que domine o saber jurídico e de que esse conhecimento não seja custoso ou entrincheirado àqueles que desejam conhecer o direito⁴⁵⁷. Por isso, inclusive, a aplicação da lei também deve ser pública, reforçando o incentivo público e palpável ao cumprimento da lei⁴⁵⁸.

Por fim, uma norma jurídica somente ordena a comunidade caso seja eficaz, isto é, caso ordene *de fato* a conduta dos cidadãos. No entanto, embora a efetividade seja um elemento essencial à definição de lei, ela não resume o conteúdo da lei. O caráter eficaz da lei é necessário, pois ela precisa da habilidade de garantir justiça – e, eventualmente, isso precisará ser feito por meio da força⁴⁵⁹.

A efetividade da lei é o que torna possível superar a recalcitrância de alguns em cumprir as ordens da autoridade. Recalcitrância motivada algumas vezes pelo egoísmo ou indiferença em relação à comunidade, outras vezes motivada por uma preocupação escrupulosa, porém contrária à lei⁴⁶⁰.

Além disso, outro argumento em defesa da necessidade da legalidade, é que as regras possibilitam que sociedades plurais, como as sociedades modernas, existam e funcionem. Isso, pois pessoas com visões de mundo profundamente distintas se tornam capazes de acordar sobre certas práticas e condutas previstas nas regras e, desse modo, criar um ambiente de tolerância por meio de padrões comuns de conduta – apesar da escolha por fundamentos frequentemente opostos⁴⁶¹.

Isso está fundamentalmente ligado ao que Barzotto chamou de lei enquanto aliança. A lei funciona como um denominador comum sobre o qual as relações sociais

⁴⁵⁵ FINNIS, 2011a, p. 262. Veremos melhor esse aspecto ao tratarmos da dimensão substancial do Estado de Direito.

⁴⁵⁶ BARZOTTO, 2007, p. 238.

⁴⁵⁷ FINNIS, 2011a, p. 271.

⁴⁵⁸ FINNIS, 2011a, p. 262.

⁴⁵⁹ FINNIS, 2011a, p. 260.

⁴⁶⁰ FINNIS, 2011a, p. 261.

⁴⁶¹ RAZ, 1986, p. 58.

podem ser desenvolvidas. Uma medida que viabiliza que sujeitos diferentes e com visões de mundo opostas possam desenvolver uma espécie de amizade cívica. Assim, “a finalidade última da lei, é promover a coexistência”⁴⁶².

Nesse sentido, a lei será manifestação de certa realidade histórico-cultural, revelando os termos em que a convivência em uma comunidade política se tornou possível. A lei viabilizará a promoção dos bens humanos por determinados caminhos em direção ao bem comum. Cada comunidade fará isso em seus próprios termos, valendo-se da instrumentalidade da lei. Por isso, a tarefa de respeitar e fazer cumprir a lei tem a dimensão de proteção da própria comunidade. Por isso, em um Estado de Direito, aliado à lei, teremos a vinculação à lei.

Dessa forma, outro elemento essencial do Estado de Direito segundo a Nova Teoria da Lei Natural é a observância do devido processo legal ou, termo que utilizaremos com maior frequência, a processualidade da atuação estatal. Trata-se, fundamentalmente, da implicação da legalidade para as autoridades governamentais.

A processualidade significa que, enquanto os cidadãos devem seguir a previsão da lei, o exercício do poder pela autoridade deve se dar na forma e nos limites previstos em lei. Ou, em outros termos, as instituições criadas pelas normas jurídicas estão limitadas pelas previsões legais, vinculadas pelo direito⁴⁶³. Isso implica, entre outras obrigações, o dever de aplicar a lei, de modo a incentivar os cumpridores da lei e fomentar um ambiente de estímulo à obediência ao direito⁴⁶⁴.

A principal implicação da processualidade na definição do Estado de Direito é a de que as autoridades não podem exercer o poder com base em escolhas próprias (subjetivas) a respeito da conduta dos cidadãos. Isto é, as autoridades não podem exercer o poder com base em pura vontade, isto é, puro arbítrio. Isso tem implicações, especialmente, para as autoridades judiciais. Os magistrados não podem julgar com base em critérios políticos.

Ao tratar do julgamento constitucional, Rosenfeld sustenta que quanto mais político é o julgamento, mais ele parece confrontar o Estado de Direito. Nesse sentido, o governo da lei sobre o Estado (*rule of law*) seria o oposto a um governo de homens (*rule of men*) ou a um governo da política (*rule of politics*)⁴⁶⁵. No entanto, é plenamente

⁴⁶² BARZOTTO, 2007, p. 244.

⁴⁶³ FINNIS, 2011a, p. 268.

⁴⁶⁴ FINNIS, 2011a, p. 262.

⁴⁶⁵ ROSENFELD, op. cit, p. 638.

possível estender essa afirmação sobre o julgamento constitucional para a atuação judicial em geral.

De fato, se o Estado de Direito veda um governo arbitrário e irrestrito ou um governo puramente político⁴⁶⁶, então isso significa que a atuação judicial também precisa de critérios que a afastem de julgamentos baseados unicamente na vontade do julgador ou em critérios subjetivos, por melhores que sejam esses critérios.

A autoridade judicial não pode apelar à suposta racionalidade da sua decisão se tal decisão contraria a legalidade. Pois, ao violar a lei enquanto medida da ação, o magistrado está prejudicando a razoabilidade prática dos agentes. Ou seja, ao violar a lei, a autoridade judicial adotará uma decisão desarrazoada, por melhor que possam parecer seus argumentos.

O questionamento que pode surgir sobre este ponto é a consideração de que o processo de elaboração da lei é político. Isto é, a elaboração de uma norma jurídica vai envolver escolhas políticas, a decisão sobre um caminho a ser perseguido ou de uma agenda a ser promovida⁴⁶⁷. Ou, como veremos à frente, a elaboração de uma norma jurídica envolve a escolha pela autoridade política de quais bens humanos devem ser promovidos, em qual momento e por quais meios. Isto é, trata-se de uma decisão política a decisão acerca da oportunidade e dos modos de persecução dos diversos bens humanos básicos.

No entanto, não devemos confundir o processo de elaboração da lei com o processo de decisão judicial. Como Rosenfeld afirma, de forma bastante precisa, “o que deve permanecer além (a salvo) da política é a previsibilidade, aplicabilidade, interpretação e execução da lei”⁴⁶⁸. A partir da promulgação da norma, a decisão da autoridade (agora judicial e não mais legislativa) muda de natureza, suspendendo o nível de escolha política⁴⁶⁹. É a isso que a Nova Teoria da Lei Natural chama de processualidade. Trata-se de uma preservação do jurisdicionado. Especificamente, da

⁴⁶⁶ ROSENFELD, op. cit, p. 638.

⁴⁶⁷ ROSENFELD, op. cit, p. 639.

⁴⁶⁸ Tradução livre de: “What ought to remain beyond politics, however, is the law’s predictability, applicability, interpretation, and enforcement”. In: ROSENFELD, op. cit, p. 639.

⁴⁶⁹ Por certo existem nuances em relação a esse ponto, mas esta não é uma pesquisa sobre a teoria da adjudicação. No entanto, naquilo que nos importa, é fundamental perceber a diferença entre os tipos de atuação entre essas autoridades. Embora ambas sejam autoridades políticas, porque autoridades que manifestam o poder do Estado, o que faz com que o exercício de suas funções venha eventualmente a se tocar, a autoridade legislativa e a autoridade judicial possuem funções de tipo distinto.

possibilidade de exercer a razoabilidade prática ao decidir como agir, antecipando o modo de ação da autoridade judicial na aplicação da lei.

Portanto, uma questão fundamental para o Estado de Direito consiste na distinção entre uma decisão política e uma decisão jurídica. Isto é, se determinada questão pressupõe um debate sobre os objetivos da comunidade política ou se pode ser tratada como uma questão puramente jurídica. Embora haja uma controvérsia se esta é uma distinção meramente de grau ou se efetivamente trata-se de decisões de natureza distintas, há uma distinção em jogo⁴⁷⁰.

Essa distinção se materializa na separação dos poderes, em que o Legislativo produz as normas jurídicas que devem ser aplicadas por um poder independente, o Judiciário⁴⁷¹. Ou seja, tanto a inexistência de tal separação, quanto a indistinção entre política e direito afetam o Estado de Direito. Tanto cidadãos quanto servidores (incluindo especialmente juízes) precisam estar vinculados ao Direito.

Nesse sentido, a relação entre legalidade e processualidade pode ser vista claramente na aplicação da punição (de caráter civil, penal ou administrativo) pelos magistrados. Os cidadãos podem ser responsabilizados, pois descumpriram, intencional ou culposamente, uma regra previamente existente e conhecida por eles. Assim, a aplicação da sanção pela autoridade preserva uma ordem racional equânime (*fairness*) na comunidade⁴⁷².

No entanto, a legalidade não significará nada se a autoridade judicial puder aplicar punições independentemente de previsão legal, se puder deixar de aplicar a punição livremente ou se puder definir por seu próprio arbítrio a extensão da punição. A promoção do bem comum pela autoridade política requer um justo equilíbrio entre benefícios e responsabilidades dentro da comunidade, o que envolve centralmente a aplicação de punições⁴⁷³. Nessa perspectiva, a legítima aplicação da sanção é uma condição à legitimidade da autoridade.

Nesse caso, a livre decisão do magistrado implica uma quebra no dever de respeitar a igual dignidade entre os membros da comunidade. Como observa Barzotto, a lei legítima é aquela que, entre outros aspectos, respeita uma relação de proporcionalidade com a realidade⁴⁷⁴. Como consequência, os magistrados devem

⁴⁷⁰ BARBER, 2003.

⁴⁷¹ BARBER, 2003.

⁴⁷² FINNIS, 2011a, p. 262.

⁴⁷³ FINNIS, 2011a, p. 263.

⁴⁷⁴ BARZOTTO, 2007, p. 238.

aplicar a lei respeitando tal proporcionalidade. Ou seja, não podem tratar de modo igual aqueles que são materialmente desiguais e vice-versa. Não podem premiar aquele que descumpriu a lei, obtendo uma vantagem indevida, e, dessa forma, acabar prejudicando aquele que se conteve e escolheu manter-se dentro dos termos da lei⁴⁷⁵.

Além disso, a lei deve ser pública. Isto é, afetar aquilo que é comum, aquilo que não é interno ou privado⁴⁷⁶. Como visto, um dos propósitos do Estado de Direito é assegurar a autonomia das pessoas, um espaço de liberdade. Caso a lei autorize os magistrados a analisarem questões internas (como intenções) ou privadas (como vícios pessoais), sem relação significativa com a comunidade, então inviabilizará este propósito, eliminando a possibilidade de condução de um plano racional de vida.

Uma vez que a processualidade está relacionada à vinculação das autoridades públicas às normas jurídicas vigentes, então obviamente a processualidade não se resume à atuação judicial. Na verdade, quando consideramos que a atuação da autoridade administrativa também é uma atividade de aplicação da lei, então a processualidade implica que as autoridades políticas que exerçam a atividade administrativa também devem respeitar o império da lei e o procedimento adequado para sua aplicação. Semelhantemente ao prejuízo à razão prática causado por uma atuação judicial não previsível, uma atuação administrativa não previsível afeta a consecução do bem individual.

Por isso, constitui uma exigência do Estado de Direito a possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos violadores do direito. É necessário um mecanismo de garantia do respeito à legalidade. Ou seja, é necessário um mecanismo que corrija atos contrários à lei, protegendo os subordinados. No caso dos atos administrativos, essa função compete ao Judiciário. No caso dos atos judiciais, a proteção é feita por um sistema recursal. Por esse caminho, o direito torna-se vinculante não somente aos cidadãos, mas também às autoridades – que não podem agir conforme a própria vontade.

Há, assim, um dever de aplicação uniforme das normas jurídicas tanto por magistrados, quanto por administradores. Decorrencia da vinculação ao direito, ou seja, da processualidade, a uniformidade está interligada à qualidade de coerência que caracteriza o Estado de Direito⁴⁷⁷. Finnis observa que a coerência diz respeito

⁴⁷⁵ FINNIS, 2011a, p. 263.

⁴⁷⁶ BARZOTTO, 2007, p. 238.

⁴⁷⁷ FINNIS, 2011a, p. 270.

não apenas aos textos jurídicos, mas também à atividade judicial. A autoridade judicial não somente deve promover a conciliação dos textos jurídicos, mas deve se vincular às decisões anteriores que fizeram tal conciliação⁴⁷⁸.

Nesse sentido, é possível afirmar que todas as autoridades encarregadas de aplicar as normas jurídicas (que frequentemente ultrapassa a função jurisdicional) devem fazê-lo respeitando a igualdade entre os cidadãos⁴⁷⁹. Como consequência, não podem alterar o entendimento sobre a lei de modo injustificado ou desconsiderar sua aplicação pelo conjunto de órgãos judiciais ou administrativos. Isso também afetaria o caráter prospectivo do direito, impedindo que as pessoas antecipassem em sua deliberação o modo de aplicação do direito pelas autoridades⁴⁸⁰.

A incoerência afeta a razoabilidade prática dos subordinados, além de quebrar a igualdade entre os cidadãos – que, agora, passam a receber aplicações diferentes para casos equivalentes e vice-versa. Além disso, a possibilidade de decisões incoerentes ou casuísticas reduz a vinculação das autoridades e, portanto, prejudica a plena garantia de um Estado de Direito. Barzotto é bastante incisivo a este respeito:

Em uma ordem democrática, isto é, igualitária, a ordem deve ser isonômica, ou seja, deve haver igualdade perante a lei. Esta igualdade é comprometida se não há uniformidade administrativa e jurisprudencial. A possibilidade de discutir o conteúdo lógico da lei é limitada pela exigência política de igualdade. Uma decisão ruim do ponto de vista racional, isto é, que não traduz adequadamente a lei como medida, mas aplicada a todos, é mais democrática do que uma boa decisão obtida somente para alguns⁴⁸¹.

Em outros termos, a busca por uma aplicação adequada para a lei, respeitando a racionalidade requerida pelo princípio da legalidade, deve ser ponderada com a necessidade de igualdade na aplicação das normas jurídicas. E tal igualdade é vinculante às autoridades. A vinculação ao direito poderia ser chamada de vinculação à *uniforme aplicação* do direito.

Nesse sentido, vale pontuar o que a Teoria Clássica da Lei Natural – base teórica da Nova Teoria da Lei Natural – argumentou acerca da interpretação da lei. Segundo Aquino, o costume é o intérprete da lei⁴⁸². Isso significa que a lei deve ser interpretada segundo a ordem efetivamente existente na comunidade, a partir do

⁴⁷⁸ FINNIS, 2011a, p. 271.

⁴⁷⁹ BARZOTTO, 2007, p. 241.

⁴⁸⁰ FINNIS, 2011a, p. 272.

⁴⁸¹ BARZOTTO, 2007, p. 241.

⁴⁸² AQUINO, 2015, I-II, q. 97, a.3.

padrão comum realizado (no caso, por órgãos administrativos ou judiciais), não a partir de alguma perspectiva estranha às práticas sociais existentes. Uma interpretação idiossincrática – por mais racional que possa parecer – quebra a finalidade do princípio da legalidade, prejudicando a ordem e o bem comum, além de desvincular a autoridade. Ou seja, assim como a própria lei, a sua aplicação também precisa ser regular e previsível⁴⁸³.

Como observa Oscar Vilhena Vieira, a incoerência judicial inutiliza o princípio da legalidade, inviabilizando um conceito de Estado de Direito:

[...] se as normas fundamentam racionalmente as ações e o judiciário é responsável por aplicá-las, seria inútil guiar nossas ações pelas leis se as cortes pudessem levar em consideração outras razões que não as leis ao decidir casos concretos⁴⁸⁴.

Tal raciocínio corrobora exatamente o argumento da Nova Teoria da Lei Natural segundo o qual a incoerência judicial desconsidera o ser humano, destinatário das normas jurídicas, enquanto um ser racional. Além disso, contradiz o fundamento da autoridade política segundo o qual as suas ordens promovem coordenação na comunidade política. Afinal, se a lei não for uniformemente aplicada, então não haverá coordenação possível.

Por fim, Postema está correto ao afirmar que o Estado de Direito implica e requer, como condição necessária, *accountability*. A processualidade implica exatamente isso. A vinculação à lei exige mecanismos de transparência, prestação de contas e responsabilização das autoridades. Caso contrário, não há real governo da lei sobre aqueles que exercem autoridade. No que tange à formação de uma cultura deste tipo, embora desejável e imprescindível à efetivação do Estado de Direito, sua análise vai além dos elementos analisados na Nova Teoria da Lei Natural.

Não apenas a existência de normas jurídicas, mas também a limitação à criação das normas jurídicas é um problema fundamental para o Estado de Direito. Com o advento da Idade Moderna, o conceito de soberania foi sendo consolidado e aplicado ao Estado (ao invés de à pessoa do monarca). Diferente da pessoa do rei no período medieval, a qual estava submetida ao direito consuetudinário e à lei natural, o Estado Moderno passou a ser visto como suprema autoridade política da

⁴⁸³ BARZOTTO, 2007, p. 242.

⁴⁸⁴ VIEIRA, 2017, p. 5.

comunidade, livre destas restrições⁴⁸⁵. Por isso, os limites a esse Estado passaram a ser um tema ainda mais urgente.

3.2.2 Dimensão substancial: finalidade e governo limitado

Como bem observa Postema, a dimensão formal do Estado de Direito é aceita de modo predominantemente pacífico entre os teóricos políticos atuais, inclusive a respeito de seu conteúdo básico. No entanto, a dimensão substancial encontra uma grande variedade de concepções, tanto a respeito dos direitos, quanto das instituições que deveriam ser incluídas como parte essencial do Estado de Direito⁴⁸⁶.

Por isso, segundo Barber, ao lado da discussão sobre a separação entre política e direito, outra discussão fundamental sobre o Estado de Direito diz respeito a quão densa (*rich*) precisa ser essa concepção⁴⁸⁷. Isto é, se o Estado de Direito deve ser um conceito predominantemente formal ou predominantemente substancial. Em outros termos, há uma discussão extremamente significativa sobre a extensão do conteúdo que deve ser atribuído ao Estado de Direito.

Embora seja possível distinguir concepções predominantemente formalistas (ou legalistas) e outras predominantemente substanciais (ou não-legalistas) do Estado de Direito, mesmo dentro de propostas formalistas de Estado de Direito é possível localizar elementos substanciais.

Barber afirma que, mesmo em concepções fortemente formalistas, alguns direitos são elencados como característicos para o Estado de Direito, como a proteção judicial (ou o devido processo legal, de modo ainda mais abrangente) e a limitação jurídica dos poderes discricionários⁴⁸⁸. Por outro lado, concepções mais substanciais do Estado de Direito exigem elementos que vão além do devido processo legal, como a garantia da liberdade de expressão e de autonomia individual.

Nesse sentido, a concepção de Estado de Direito da Nova Teoria da Lei Natural é uma concepção substancial. Ou seja, além dos elementos formais de legalidade e de garantia do devido processo legal, a proteção de determinados bens

⁴⁸⁵ GROTE, op. cit., p. 138.

⁴⁸⁶ POSTEMA, 2014, p. 16.

⁴⁸⁷ BARBER, 2003, p. 445.

⁴⁸⁸ BARBER, 2003, p. 445.

(fundamentos do que as demais teorias chamarão de direitos básicos) é essencial à caracterização de um Estado de Direito.

Assim, a Nova Teoria da Lei Natural possui a sua concepção acerca da dimensão substancial do Estado de Direito desenvolvida a partir dos conceitos considerados anteriormente. A força dessa concepção decorre do arcabouço teórico apresentado, não pretendendo ser uma dimensão substancial *ex nihilo*. Trata-se de uma tentativa de justificar o conceito de Estado de Direito a partir da finalidade e das características da comunidade política.

Trata-se de justificar limites substanciais e jurídicos (não meramente morais) à autoridade estatal. Afinal, mesmo tendo uma concepção não limitada a respeito do poder dos governantes, Hobbes reconhece que os governantes possuem deveres, os quais podem ser resumidos à salvação do povo. Embora os homens de poder não estejam sujeitos a leis propriamente ditas, devem obedecer, na medida do possível, a este dever (moral). O homem que usa a autoridade da qual é revestido para fim diverso da salvação do povo age contra as razões da paz⁴⁸⁹. Ou seja, a grande diferença entre um Estado de arbítrio e o Estado de Direito não consiste na existência de deveres dos governantes, e sim na existência de limites jurídicos.

No caso, o Estado é governado pelo direito à medida em que protege e promove os bens humanos básicos, seja a nível individual, seja ao promover o bem comum. Se a proteção exige uma abstenção do Estado, a promoção do bem comum impõe um envolvimento ativo das autoridades governamentais em direção a esta finalidade. Por isso, a concepção da Nova Teoria da Lei Natural se afasta de teorias predominantemente liberais sobre o Estado de Direito.

Em uma visão tipicamente liberal do Estado de Direito, a preocupação diz respeito aos limites negativos impostos ao Estado, pressupondo que a sua omissão será suficiente à proteção da autonomia humana. Em visões liberais, portanto, as restrições à liberdade precisam estar fundamentadas na proteção da própria liberdade⁴⁹⁰. Embora formalmente tais teorias fundamentem adequadamente o Estado de Direito, reduzem significativamente seu propósito.

⁴⁸⁹ HOBBS, 1993, p. 170.

⁴⁹⁰ Entre outros, trata-se da fundamentação de Hayek sobre o Estado de Direito: uma teoria robusta acerca dos elementos de legalidade e de processualidade, mas reduzida em sua dimensão substancial, de finalidade do Estado. Cf. HAYEK, op. cit., capítulo 6.

Ao analisar essa concepção de Estado de Direito (embora não a denomine como uma concepção liberal), Rainer Grote corretamente expressa: houve uma *redução* dos propósitos do Estado⁴⁹¹. Seria suficiente ao Estado, para ser considerado como Estado de Direito, voltar-se à proteção da liberdade individual e da propriedade privada. Nesse sentido, embora seja uma concepção substantiva, a proposta de Hayek está focada na proteção da esfera privada⁴⁹².

Contudo, na Nova Teoria da Lei Natural, ao serem sustentados limites ao Estado isso não deve ser tomado como sinônimo, pura e simplesmente, de proibições, de limites negativos. Um Estado limitado deve ser considerado como um Estado com finalidade ou responsabilidades. No caso, os limites dizem respeito não somente ao que o Estado não deve fazer ou deixar que outros façam, quais bens não devem ser prejudicados por uma ação indevida estatal ou de terceiro (dimensão de proteção dos bens humanos básicos), como também àquilo que o Estado deve ativamente buscar (dimensão de promoção dos bens humanos básicos).

Por isso, em razão da dimensão substancial do Estado de Direito, podemos afirmar que o Estado possui certas responsabilidades. De um ponto de vista jurídico-positivo, o Estado pode ser responsabilizado quando um de seus agentes age em desconformidade com a ordem jurídica. No entanto, nessa perspectiva – adotada por Kelsen, por exemplo⁴⁹³ – a responsabilidade do Estado somente existe quando a ordem jurídica foi descumprida.

A partir de uma dimensão substancial do Estado de Direito, podemos afirmar que o Estado é responsável pela violação de certos bens humanos⁴⁹⁴ – ainda que tais violações provenham do próprio ordenamento jurídico.

A questão sobre os limites à criação do direito ou, em outros termos, os limites à ordem jurídica é uma questão eminentemente moderna, pois até o período medieval a lei é vista como algo eminentemente a ser aplicado e executado. A ideia prevalecente na Idade Média é a de que o rei não faz a lei, e sim a lei que faz o rei⁴⁹⁵. Isso não significava, obviamente, que o período medieval seja marcado pela

⁴⁹¹ GROTE, op. cit., p. 139.

⁴⁹² HAYEK, op. cit.

⁴⁹³ KELSEN, 2009, p. 17.

⁴⁹⁴ É possível falar, inclusive, da responsabilidade do Estado pela não persecução efetiva destes bens. Isto é, uma responsabilidade omissiva. No entanto, neste caso, é necessário discutir quem teria melhores condições para apurar tal responsabilidade – se o Judiciário ou outra instituição. Tal objetiva ultrapassa os limites da presente pesquisa.

⁴⁹⁵ GROTE, op. cit.

observância do Estado de Direito, pois os limites à criação do Direito não são os únicos critérios à afirmação do império do Direito.

Nesse sentido, para a Nova Teoria da Lei Natural, a liberdade individual e a propriedade privada não são bens humanos básicos, e sim meios pelos quais os bens humanos básicos podem ser alcançados. Ou, em outros termos, para realizar sua dimensão substancial, não é suficiente ao Estado focar-se somente em assegurar liberdade e propriedade.

Como bem observa Barzotto, “a sociedade e o Estado *devem* algo à pessoa, para que esta alcance o seu bem, e a pessoa humana *deve* algo à sociedade e ao Estado, para que seja possível o bem comum”⁴⁹⁶. Este dever diz respeito, primordialmente, à dimensão substancial do Estado de Direito. Ou seja, o alcance dos bens humanos básicos é o elemento material subjacente e necessário ao Estado de Direito na Nova Teoria da Lei Natural. No entanto, a realização desse bem exige um esforço conjunto, tanto do Estado quanto dos indivíduos.

Dessa forma, tratar sobre o Estado de Direito é tratar sobre limites do Estado. Por consequência, a grande objeção à limitação do poder do Estado é o conceito tradicional de soberania. Segundo esse conceito, o Estado é soberano, entre outros aspectos, à medida em que pode determinar (isto é, escolher), por sua própria vontade, as regras jurídicas que funcionarão como limites ao seu poder. Ao citar tal concepção, Carré de Malberg afirma que, segundo ela, “o Estado deixaria de ser soberano se tais limitações pudessem lhe ser impostas por uma vontade ou um poder superior ao seu”⁴⁹⁷.

No entanto, o conceito de soberania de forma alguma deve ser tomado de forma absoluta. Na verdade, podemos nos aproximar de Gerald Postema ao sustentar que “o ideal do Estado de Direito desafia fundamentalmente a doutrina de soberania, onde quer que ela esteja colocada”⁴⁹⁸. Por isso, a soberania enquanto poder ilimitado precisa ser revista. Um modelo hobbesiano de Estado Soberano não se sustenta em um ambiente cioso por garantias em face do exercício do poder.

⁴⁹⁶ BARZOTTO, 2005, p. 182.

⁴⁹⁷ Tradução livre de: “L’État cesserait en vérité d’être souverain, si de telles limitations pouvaient lui être imposées par une volonté ou une puissance supérieures à la sienne” In: MALBERG, Raymond Carré de. **Contribution à la Théorie Générale de l’État**. Vol. I. Paris: Éditions du CNRS, 1920, p. 231.

⁴⁹⁸ Tradução livre de: “The ideal of the rule of law challenges fundamentally the doctrine of sovereignty, wherever it is located”. In: POSTEMA, 2014, p. 38.

Ao afirmarmos que o Estado deve algo, então afirmamos que o Estado exerce sua autoridade dentro de certa finalidade. No Direito Internacional contemporâneo esta discussão está associada ao conceito de soberania como responsabilidade, a qual discute exatamente um modelo de relações internacionais baseadas na *Rule of Law*⁴⁹⁹. Ou seja, considerando os Estados como soberanos dentro de certos limites ou *em função de* certos limites. Portanto, o poder do Estado está associado a certa finalidade ou propósito.

Nos termos de Luis Fernando Barzotto, ao tratar da tradição tomista da Lei Natural, “a ideia de um poder ilimitado e irresponsável, que cria o direito sem estar vinculado ao direito, isto é, aquilo que a doutrina política chamou de soberania, não tem lugar na tradição clássica”⁵⁰⁰.

Por isso, é fundamental observar a importância do bem comum para a justificação do Estado de Direito. Como corretamente observou Raz, muitas vezes a autoridade legítima adotará razões que não atendem ao interesse individual de seus subordinados. Raz utiliza como exemplo a defesa do país. Embora a segurança nacional possa exigir dos soldados uma ação que não atenda aos seus interesses individuais, “espera-se que os soldados ponham seu país acima dos seus interesses pessoais”⁵⁰¹. Ora, isso somente é possível apelando ao bem comum.

De fato, a autoridade política nem sempre atenderá ao bem individual, no entanto isso não significa dizer que ela pode adotar razões que não atendam a bem algum. A legitimidade da autoridade envolve a busca e promoção dos bens humanos. No caso do soldado, embora a autoridade exija algo que não atenda imediatamente ao seu bem individual, é uma ordem em prol do bem da comunidade da qual aquele soldado participa. O eventual prejuízo ao seu bem individual é, indubitavelmente, um prejuízo a si. No entanto, esse ainda é um prejuízo eventual.

Por outro lado, o prejuízo ao bem comum inviabiliza o bem do soldado. Se uma força destrutiva, como um exército totalitário, invade e ocupa seu país, o bem do soldado e de seus concidadãos estará em significativo prejuízo. No entanto, se permanecer lutando, expondo a integridade física e a vida a risco, embora não satisfaça imediatamente o bem individual, cria a possibilidade de sua satisfação no

⁴⁹⁹ Sobre essa discussão, ver, entre outros, o texto do juiz da Corte Internacional de Justiça: NOLTE, Georg. Sovereignty as Responsibility? **Proceedings of the Annual Meeting** (American Society of International Law), Washington D.C., vol. 99, pp. 389–92, 2005.

⁵⁰⁰ BARZOTTO, 2007, p. 237.

⁵⁰¹ RAZ, 2011, p. 45.

futuro. Além disso, a permanência no *front* possibilita a satisfação daqueles que ficaram a salvo e, considerando que a amizade é um bem, isso satisfaz o soldado – sua família, amigos e conterrâneos estão gozando de seu sacrifício é um bem.

À primeira vista, pode se pensar que a Lei Natural dá pouco espaço ao princípio democrático, conseqüentemente, que ela não possui garantias adequadas de proteção da comunidade em face do arbítrio de alguns. No entanto, nada está mais longe da verdade. Na realidade, o princípio democrático precisa ser entendido a partir de sua relação com o bem comum.

Entendido de um modo inadequado, o princípio democrático se torna em legitimação de um Estado arbitrário conduzido por um princípio majoritário. Se tudo aquilo que a maioria decidir for considerado, de modo automático, como adequado ao padrão do Estado de Direito, então não haveria como avaliar substancialmente um Estado Democrático. A observância formal ao princípio democrático – ou, melhor, ao princípio majoritário – seria suficiente à legitimação e à justificação de todas as decisões estatais. Como resume Barzotto:

Tentar neutralizar a injustiça por um *quórum* qualificado, ou seja, pretender que a quantidade (maioria) se torne qualidade (justiça), esbarra sempre no mesmo obstáculo, que é o da impossibilidade de procedimentos majoritários determinarem, por si sós, a correção material de decisões coletivas.

No mesmo sentido, Massini Correias ressalta como algumas visões que destacam o princípio majoritário se opõem ao Estado de Direito⁵⁰². Dessa forma, visões que enfatizam o princípio democrático de modo isolado podem considerar as garantias do império do direito um obstáculo.

Além do problema da insuficiência de definir a democracia apenas por um ponto de vista formal, o qual ultrapassa a presente discussão, a conclusão deste raciocínio é o caráter ilimitado da vontade da maioria. Ou seja, retornar-se-ia à condição de não-limitação das decisões governamentais, retirando as proteções sustentadas até aqui. Por certo, é mais provável que o bem de todos seja alcançado de um modo melhor em uma democracia deliberativa do que nos outros modelos de governo. Afinal, por meio da deliberação racional dentro da comunidade, os melhores modos de ação do governo serão identificados e escolhidos. No entanto, o critério permanece sendo a finalidade: o bem comum.

⁵⁰² CORREAS, op. cit.

Ainda que a lei seja fruto de uma manifestação democrática – e ainda que este procedimento tenha maiores chances de produzir uma decisão justa –, ela precisa atender aos critérios do Estado de Direito. Ou seja, a autoridade democrática também precisa estar sujeita ao direito em seu sentido pleno⁵⁰³.

Nesse aspecto, vale ressaltar que os elementos formais do Estado de Direito não estão em sentido oposto aos elementos substanciais. Em verdade, a forma promove o conteúdo desse modelo de Estado. Como argumenta corretamente Hayek, leis universais e igualmente aplicadas motivarão os governantes a adotarem um direito mais justo⁵⁰⁴ – ou, nos presentes termos, voltado ao bem comum. Afinal, se o governante estiver igualmente subordinado à lei e sujeito às responsabilidades que ela cria, então ele terá interesse em que esta lei seja racionalmente adequada.

Além disso, se é verdadeiro que os elementos formais possibilitam a coordenação de interesses, é igualmente verdadeiro que a proteção e promoção do bem comum possibilita uma melhor cooperação. Uma vez que o interesse de cada um será considerado pela ação do Estado, então cada cidadão terá melhores razões para agir em conformidade ao direito existente. Em outros termos, a dimensão substancial do Estado de Direito motiva, do ponto de vista racional, os membros da comunidade a se engajarem com o bem da comunidade e, assim, a obedecerem ao direito.

Por tudo isso, Finnis sustenta que é moralmente necessário para pessoas responsáveis em uma comunidade aderir ao Estado de Direito⁵⁰⁵. Trata-se de um ideal que contempla o bem humano e que, assim, contribui para que cada pessoa seja protegida na busca por seu próprio plano racional de vida.

Considerando todo o exposto, podemos considerar que o Estado de Direito é um ideal de contenção do exercício arbitrário do poder dentro de uma comunidade política que, em primeiro lugar, pressupõe a existência de um direito racionalmente justificado e teleologicamente direcionado. Em segundo lugar, o conceito de Estado de Direito somente é realizável caso o direito vincule a todos, governantes e governados, o que requer o compromisso dos membros da comunidade de se submeterem ao direito e exigir que os demais, especialmente as autoridades, também se submetam. Essa vinculação ao direito ocorre mediante a organização de diversas instituições, para que cada uma delas exerça poderes limitados, incluindo o poder de

⁵⁰³ BARZOTTO, 2007, p. 237.

⁵⁰⁴ HAYEK, op. cit.

⁵⁰⁵ FINNIS, 2011b, p. 8.

supervisionar outras pessoas e outras instituições, sendo cada uma delas sujeita à supervisão recíproca. Tudo isso com o propósito de criar uma comunidade que possibilite o pleno florescimento da pessoa humana.

CAPÍTULO 4 – A NOVA TEORIA DA LEI NATURAL E O MODELO DE ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO

Embora a Nova Teoria da Lei Natural apresente uma noção robusta sobre o Estado de Direito, este permanece sendo um conceito relativamente aberto, o qual pode ser mais bem compreendido à luz de realidades jurídico-políticas historicamente definidas. Ao mesmo tempo em que esse processo dá à noção de Estado de Direito contornos mais visíveis, torna possível avaliar as realidades concretas em que é aplicado.

Por isso, objetiva-se apresentar os três modelos de Estado de Direito predominantes na Teoria Política e do Direito do Ocidente (alemão, francês e anglo-americano), possibilitando caracterizar e diferenciar o modelo adotado pela Constituição do Brasil de 1988. A partir disso, poderemos cotejar as características do modelo brasileiro à luz dos requisitos do significado focal do Estado de Direito segundo a Nova Teoria da Lei Natural.

Destarte, será possível caracterizar o modelo brasileiro de Estado Democrático de Direito e identificar aproximações e afastamentos entre sua manifestação na Constituição de 1988 e os aspectos centrais do Estado de Direito na Nova Teoria da Lei Natural: legalidade, processualidade e promoção dos bens humanos básicos.

4.1 MODELOS DE ESTADO DE DIREITO

Em primeiro lugar, embora o conceito de Estado de Direito – enquanto um meio de limitação do poder político – possa ser identificado desde pensamento político da Antiguidade, busca-se apresentar as características distintivas de quatro casos particulares e contemporâneos de Estado de Direito: o *Rechtsstaat* alemão, o *État de Droit* francês, a *Rule of Law* anglo-americana e o Estado Democrático de Direito brasileiro, enfatizando as características do modelo brasileiro trazido na Constituição de 1988.

Embora frequentemente estes quatro termos, especialmente os três primeiros, sejam encarados como simples traduções de um mesmo conceito, a realidade é que cada um deles manifesta características e ênfases específicas e distintas do que significa um Estado regido sob o governo de uma ordem jurídica. Após

expor os três primeiros modelos, tornar-se-á possível caracterizar o Estado Democrático de Direito instalado com a Constituição atual.

4.1.1 O *Rechtsstaat* alemão⁵⁰⁶

O modelo alemão de Estado de Direito passou por, pelo menos, dois grandes momentos: sua afirmação no período ainda anterior às duas guerras mundiais e, depois, no momento posterior ao segundo pós-guerra. Embora a expressão referida seja frequentemente a mesma, existem algumas distinções entre estes momentos.

Segundo Rosenfeld, o primeiro modelo (ou primeira versão deste modelo) de Estado de Direito alemão seria mais bem caracterizado como um “Estado regido por intermédio de leis” e não como um “Estado sob o governo da lei”⁵⁰⁷. Talvez devêssemos traduzir esta primeira versão de Estado como “Estado Legal” ou “Estado do Direito”.

Esse seria um modelo liberal-positivista de Estado, o qual tentava frear o governo pessoal do soberano por meio da separação das funções estatais de legislar e de julgar. Especificamente, Rosenfeld destaca como a adoção desse modelo foi uma solução para limitação do poder estatal após o fracasso da revolução burguesa de 1848, uma via intermediária⁵⁰⁸.

Rainer Grote destaca uma origem próxima, porém um pouco anterior. Segundo Grote, o *Rechtsstaat* foi um conceito sustentado, de modo proeminente, por Robert Von Mohl na década de 1830; no entanto, com raízes ainda mais antigas, na Filosofia Política de Kant⁵⁰⁹. Nesse sentido, segundo alguns intérpretes, por um viés diferente da Lei Natural e preocupado com a preservação da autonomia, Kant estaria propondo um conceito de Estado que observaria a noção de Estado de Direito⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ Tal modelo foi, em seu início, prussiano, uma vez que a unificação alemã ocorreu após o surgimento do *Rechtsstaat*. No entanto, o conceito desenvolveu-se e foi consolidado na Alemanha, de forma que predominantemente será referido nesta pesquisa como um modelo alemão de Estado de Direito.

⁵⁰⁷ Segundo Rosenfeld, “*Rechtsstaat* is better translated as ‘state rule through law’ than as ‘rule of law’”. In: ROSENFELD, op. cit., p. 639.

⁵⁰⁸ ROSENFELD, op. cit., p. 639. Para Grote, o fracasso da revolução não fez surgir o conceito de Estado de Direito, mas sim deu-lhe um caráter mais formal. Cf. GROTE, op. cit., p. 140.

⁵⁰⁹ GROTE, op. cit., pp. 127 e 139.

⁵¹⁰ A concepção kantiana de Estado ultrapassa os limites desta pesquisa. Sobre o tema, ver, entre outros: LIMA, Newton de Oliveira. **O conceito de Estado e a fundamentação do Estado de Direito em Kant e Kelsen**. Recife. 232 p. Tese (Doutorado em Filosofia). Universidade Federal de Pernambuco, 2015.

Embora a origem do *Rechtsstaat* tenha sido marcada por uma reivindicação de reconhecimento (positivo) de uma série de liberdades e direitos fundamentais⁵¹¹, a primeira versão do Estado de Direito (consolidada após a revolução de 1948) tinha um caráter fortemente legalista (formal, portanto), focando na relevância da vinculação à lei e na necessidade de uma base jurídica para a atuação do Estado⁵¹².

Em um Estado monárquico (como a Prússia), a lei era um instrumento fundamental para condicionar as decisões que afetariam as liberdades dos cidadãos à aprovação por um órgão legislativo formado por representantes do povo. A lei acabava, portanto, limitando as possibilidades de o rei restringir unilateralmente as liberdades individuais. Além disso, por ser vinculante, a lei restringia a ação das autoridades administrativas, limitando o Poder Executivo centrado nas mãos do rei⁵¹³.

Nesse sentido, a lei era vista um mecanismo imparcial que protegeria os indivíduos perante os tribunais em caso de invasões indevidas em suas liberdades e direitos⁵¹⁴. Por um lado, tal modelo de Estado separava a aplicação do direito de uma atividade política; por outro lado, não possibilitava uma contestação da validade da legislação – especificamente, não possibilitava um julgamento constitucional da validade das leis⁵¹⁵.

Esse primeiro modelo do *Rechtsstaat* seria mais bem definido como um Estado legal ou um Estado de leis, e não propriamente como um Estado de Direito – no sentido adotado pela Nova Teoria da Lei Natural. Afinal, a dimensão substancial do Estado de Direito estaria fortemente limitada. Dessa forma, em sua versão pré-guerra, o conceito de *Rechtsstaat* acabou reduzido ao puro princípio da legalidade⁵¹⁶.

Embora a lei seja um elemento formal essencial do Estado de Direito, ela não é suficiente à sua definição. O Estado de Direito impõe limites *por meio da lei*, mas também *sobre a lei*. A própria legislação é limitada – o que não faria muito sentido neste modelo liberal-positivista adotado no Século XIX.

Dada essa insuficiência, esse modelo foi substituído, no pós-guerra, por um modelo de “Estado regido por meio da Constituição”⁵¹⁷. Sem abdicar de sua dimensão

⁵¹¹ GROTE, op. cit., p. 140.

⁵¹² BARBER, 2003.

⁵¹³ GROTE, op. cit.

⁵¹⁴ BARBER, 2003, p. 445.

⁵¹⁵ ROSENFELD, op. cit. De acordo com Grote, a revisão judicial (controle de constitucionalidade) das leis somente ressurgiu, de modo limitado, na República de Weimer. Cf. GROTE, op. cit., p. 142.

⁵¹⁶ GROTE, op. cit., p. 141.

⁵¹⁷ Trata-se do *Verfassungsstaat*, traduzido por Rosenfeld como “*state rule through the constitution*”. In: ROSENFELD, op. cit., p. 640.

formal, esse movimento marcou a retomada da preocupação com a dimensão substancial do Estado de Direito, especialmente por meio da afirmação dos direitos fundamentais como limites às interferências estatais⁵¹⁸.

Nesse sentido, o novo modelo de Estado adotado na Alemanha do Século XX dá uma primazia significativa ao julgamento constitucional⁵¹⁹, possibilitando maiores restrições e imposições à criação de leis e de políticas públicas. Por um lado, ressalta-se a dimensão substancial do Estado de Direito, destacando a tarefa estatal de promover certos bens humanos básicos. No entanto, por outro lado, acaba provocando uma confusão entre a atividade do legislador e do juiz⁵²⁰.

Não obstante, tal entrelaçamento é possível, pois o modelo alemão de Estado de Direito não está preocupado tão somente com a previsibilidade do direito, mas também com a vinculação do poder estatal e com sua relação com o processo democrático⁵²¹. O juiz assume, portanto, uma posição primaz que não detém igual nos modelos francês e anglo-americano. Podemos afirmar que é um modelo de Estado de Direito fortemente definido, atualmente, a partir de elementos substanciais.

4.1.2 O *État de Droit* francês

Por sua vez, o modelo de Estado de Direito francês surgiu posteriormente ao modelo alemão e inspirado neste – tendo influência decisiva para tal, segundo Grote, a obra de Carré de Malberg⁵²². Apesar da inspiração, o modelo francês foi construído a partir de uma experiência histórica significativamente diferente.

No âmbito do Direito Público, Carré de Malberg conceituou o *État de Droit* em contraposição ao *État de police*. O Estado de Polícia seria aquele em que a autoridade pode decidir discricionariamente como e quando agir, aplicando aos cidadãos todas as medidas que julgue necessárias, por sua própria iniciativa⁵²³. O *État de Droit* seria aquele, por sua vez, que se submete a um regime de direito (*régime de droit*), isto é, um Estado que se encontra vinculado por certas regras jurídicas que asseguram os

⁵¹⁸ GROTE, op. cit., p. 147.

⁵¹⁹ ROSENFELD, op. cit., p. 640.

⁵²⁰ Rosenfeld destaca como esse modelo tem redundado em um engessamento do campo da política, encolhendo-o fatalmente. In: ROSENFELD, op. cit., p. 639.

⁵²¹ BARBER, 2003, p. 447.

⁵²² GROTE, op. cit., p. 128. De fato, ao tratar do conceito de *État de Droit*, Malberg cita diretamente o conceito de *Rechtsstaat*. Cf. MALBERG, op. cit., p. 232.

⁵²³ MALBERG, op. cit., p. 488.

direitos dos cidadãos e que determinam as vias e os meios que podem ser empregados pelas ações estatais⁵²⁴.

Assim, *État de Droit* é concebido no interesse e na defesa dos cidadãos, assegurando-os o poder jurídico de se defenderem contra arbitrariedades estatais, isto é, ações do Estado que não estejam em conformidade com o Direito – o que abarca tanto uma atuação estatal que ultrapasse certos limites jurídicos, como uma atuação do Estado que não esteja ancorada na norma jurídica⁵²⁵. Por isso, podemos afirmar que o conceito de Carré de Malberg de *État de Droit* possui elementos formais e substanciais.

A formação do *État de Droit* foi significativamente distinta do *Rechtsstaat*, pois, diferentemente da Prússia, a França já condicionava, desde a Revolução de 1789, o exercício legítimo da autoridade política ao respeito pelos direitos fundamentais e à separação dos poderes. Afirma explicitamente a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (artigo 16): “qualquer sociedade em que a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes estabelecida, não possuiu Constituição”⁵²⁶.

Semelhantemente ao *Rechtsstaat*, a França adotou inicialmente um modelo de Estado regido por intermédio de leis (*L'État Légal*), com a diferença da reivindicação francesa de um legislador democraticamente eleito. Semelhantemente ao modelo alemão, no modelo francês não há que se falar, até aquele momento, em uma Constituição apta a limitar juridicamente a legislação. A Constituição tinha, até então, um apelo eminentemente político⁵²⁷.

O modelo estabelecido após a Revolução Francesa estava tão fortemente ancorado no princípio da legalidade que se tornou “inconcebível que a lei, como expressão da vontade geral, pudesse, de algum modo, infringir as liberdades dos cidadãos”⁵²⁸. Dessa forma, Estado de Direito e princípio da legalidade eram encarados como sinônimos. O princípio da legalidade foi assim sintetizado na Declaração dos

⁵²⁴ MALBERG, op. cit., p. 489.

⁵²⁵ MALBERG, op. cit., p. 490.

⁵²⁶ Tradução livre de: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”. In: FRANÇA. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**. 1789. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>. Acesso em: 30/12/2022.

⁵²⁷ ROSENFELD, op. cit., p. 642.

⁵²⁸ Tradução livre de: “[...] inconcebible que la ley, como expresión de la voluntad general pudiera en modo alguno infringir las libertades de los ciudadanos”. In: GROTE, op. cit., p. 144.

Direitos do Homem e do Cidadão: “A lei somente tem o direito de proibir ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não é proibido pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser obrigado a fazer o que a lei não ordena”⁵²⁹.

Por outro lado, a suspeita revolucionária com os juízes e tribunais fez com que o princípio da legalidade fosse compreendido de modo praticamente incontestável. Os magistrados não poderiam suspender ou impedir a aplicação de uma lei e possuíam poucos poderes de imposição sobre a Administração. Por consequência, as demandas administrativas deveriam ser julgadas por um corpo administrativo. Como implicação, não restava ao cidadão qualquer instância fora da Administração à qual pudesse apelar para proteger-se dos excessos do Poder Executivo⁵³⁰.

Em decorrência dessa confusão, foram formuladas críticas ao legalismo nascido da Revolução Francesa e sua equiparação ao conceito de Estado de Direito. Nesse sentido, para Malberg, o Estado de Direito (*État de Droit*) não deveria ser confundido com o Estado Legal (*État Légal*)⁵³¹. Por um lado, o próprio Malberg destaca que o Estado de Direito se caracteriza por uma vinculação da autoridade política à lei, que não pode agir em desconformidade à norma jurídica, nem impor obrigações aos cidadãos a não ser por meio da lei, de forma a que a lei é o limite à ação das autoridades e o fundamento dos seus poderes⁵³². Por outro lado, destaca diferenças significativas deste conceito para o modelo adotado naquele momento na França.

Malberg destaca três diferenças fundamentais entre os conceitos. Em primeiro lugar, o Estado de Direito está preocupado na proteção do cidadão, enquanto o Estado Legal está preocupado com a submissão da Administração ao Legislativo (quer isso afete ou não os cidadãos)⁵³³. Em segundo lugar, o Estado de Direito está relacionado à proteção do cidadão no campo de atuação do Estado (independentemente da forma de Estado), já o Estado Legal pressupõe uma ampla sujeição à lei por ser ela fruto da decisão de representantes eleitos do povo (pressupondo uma democracia)⁵³⁴. Em terceiro lugar, enquanto o Estado Legal está preocupado com a vinculação da

⁵²⁹ Tradução livre de: “La loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n’est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas”. In: FRANÇA, op. cit., artigo 5º.

⁵³⁰ GROTE, op. cit., pp. 144-145. Com o tempo, essa jurisdição administrativa foi adquirindo as garantias de imparcialidade típicas da função jurisdicional.

⁵³¹ MALBERG, op. cit., pp. 490 e ss.

⁵³² MALBERG, op. cit., p. 489.

⁵³³ MALBERG, op. cit., p. 490.

⁵³⁴ MALBERG, op. cit., p. 491.

Administração à lei, a vinculação do Estado de Direito é muito mais abrangente, vinculando a própria edição das normas jurídicas, isto é, o legislador⁵³⁵.

Esse último aspecto é profundamente significativo não apenas para o modelo francês, como para o conceito de Estado de Direito em geral. Como afirma Carré de Malberg, “o regime do Estado de Direito é um sistema de limitação não somente das autoridades administrativas, mas também do Legislativo”⁵³⁶. Sem essa vinculação, a proteção do cidadão fica dependente da boa vontade do legislador (*bonne volonté du législateur*)⁵³⁷.

Assim sendo, o *État de Droit* (originalmente, *État Légal*) passou por uma transformação semelhante à transformação do *Rechtsstaat*. A Constituição deixou de ser vista como apenas política, assumindo o caráter de lei. O campo da política passou, então, a submeter-se às limitações constitucionais⁵³⁸. Ainda que sujeita a uma jurisdição distinta, a Administração passou a ser vista como regulamentada e limitada pelas leis e pela Constituição.

No entanto, destaca Rosenfeld, não deve ocorrer uma simples equiparação entre o *État de Droit* e o *Verfassungsstaat*, pois no modelo francês não ocorre a constitucionalização da política, como no modelo alemão atual, mas a submissão do campo da política (o qual permanece no exercício de suas funções) aos limites constitucionais⁵³⁹. Portanto, embora o Estado de Direito francês não seja mais um simples sinônimo de legalidade, possui uma separação mais nítida entre as tarefas de legislar, administrar e julgar.

4.1.3 A Rule of Law anglo-americana

Por sua vez, a *Rule of Law* anglo-americana guarda semelhanças com os modelos alemão e francês, porém permanecendo diferente dos dois casos. Em suma, é possível afirmar que o modelo de Estado de Direito anglo-americano requer que as relações dentro da comunidade política se sujeitem a normas e padrões (*standards*)

⁵³⁵ MALBERG, op. cit., p. 492.

⁵³⁶ Tradução livre de: “Le régime de l’Etat de droit est un système de limitation, non seulement des autorités administratives, mais aussi du Corps législatif”. In: MALBERG, op. cit., p. 492.

⁵³⁷ MALBERG, op. cit., p. 493.

⁵³⁸ GROTE, op. cit., pp. 146.

⁵³⁹ ROSENFELD, op. cit., p. 643.

regulares e aplicáveis universalmente e que ninguém, nem mesmo o Chefe de Estado, esteja acima deles. Sendo estas regras e padrões previsíveis e equânimes⁵⁴⁰.

Nesse sentido, a *Rule of Law* manifestou-se inicialmente na Inglaterra limitando as tentativas dos monarcas de impor leis e decisões ignorando o Parlamento ou os tribunais⁵⁴¹. Portanto, tanto a criação das normas jurídicas quanto sua aplicação aos particulares sujeitavam-se a limites e dependiam de procedimentos que não poderiam ser suprimidos pela vontade (não amparada pelo Direito) do monarca. Como afirmado expressamente no *Case of Prohibitions*, o rei está sujeito a Deus e à lei⁵⁴².

Destarte, a *Rule of Law* implica que toda e qualquer pessoa, independentemente de sua condição, está vinculada pela lei e que, em caso de sua violação, qualquer pessoa pode ser levada a um tribunal. Embora, em sua versão inglesa inicial, a *Rule of Law* não impusesse limites muito claros ao Parlamento, os juízes ainda continuavam obrigados a aplicar as leis aprovadas em consonância com as liberdades e os direitos protegidos pela *common law*⁵⁴³.

No caso inglês, o problema surgiria caso o Parlamento explicitamente derogasse tais direitos e liberdades. Para superar esse desafio, o modelo americano centrou-se na Constituição, um documento escrito e vinculante sobre todas as instituições e garantidor das principais liberdades de seus cidadãos⁵⁴⁴. Havendo uma distinção entre o poder originador da Constituição e o Poder Legislativo, estaria este adequadamente vinculado.

Em todo caso, o grande desafio na *Rule of Law* em relação aos seus modelos semelhantes reside na questão da fonte jurídica. Enquanto a referência à norma pelo juiz nos modelos alemão e francês pressupõe uma norma que já está posta, no modelo anglo-americano o juiz acabará legislando ao tomar a decisão (em razão da complexa sistemática de precedentes judiciais presente na *common law*)⁵⁴⁵. Nesse caso, a separação entre a aplicação da norma e a escolha política parece mais imprecisa e, conseqüentemente, a distinção entre ambas parece mais desafiadora.

⁵⁴⁰ ROSENFELD, op. cit., p. 643.

⁵⁴¹ GROTE, op. cit., p. 132.

⁵⁴² Originalmente, afirma o caso: "Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege". Cf.: INGLATERRA. Prohibitions del Roy. 1607. In: SHEPPARD, Steve. **The selected writings and speeches of Sir Edward Coke**. Vol. I. Indianapolis: Liberty Fund, 2003, pp. 479-481.

⁵⁴³ GROTE, op. cit., p. 137.

⁵⁴⁴ GROTE, op. cit., p. 134.

⁵⁴⁵ ROSENFELD, op. cit., p. 645.

Por conseguinte, o conceito de Estado de Direito no que tange a esta separação acaba sendo mais sutil.

A *Rule of Law* exige, portanto, uma preocupação especial com o papel do juiz, o qual deve respeitar e fazer cumprir a vontade do Estado (manifesta na maioria legislativa), mas também precisa proteger os direitos do cidadão contra o Estado. Sendo que essa proteção, no contexto da *common law*, pode vir de fontes diversas da lei (isto é, a lei enquanto vontade da maioria parlamentar) – especialmente do conceito de justiça (*fairness*)⁵⁴⁶. Isto é, a *common law* oferece como fundamento para a decisão judicial, ao lado da lei, o recurso a um padrão de equidade desenvolvido ao longo dos anos e cristalizada nos precedentes⁵⁴⁷. Historicamente, esse padrão dado pelo exercício da razão natural na *common law* poderia até afastar uma lei aprovada pelo Parlamento, como sustentado no *Dr. Bonham's Case*⁵⁴⁸.

Assim sendo, como experienciado na *common law*, o Direito contém em si algum nível de imprevisibilidade (significativamente superior a um eventual nível de imprevisibilidade da *civil law*) decorrente dessa pluralidade de fontes jurídicas. Isso acaba afetando, em alguma medida, o requisito de legalidade do Estado de Direito como estipulado pela Nova Teoria da Lei Natural. Por isso, para que o modelo de Estado anglo-americano permaneça adequado à *Rule of Law*, é indispensável o reforço aos mecanismos processuais.

Como ressalta Rosenfeld, a imprevisibilidade (ou, nos termos do autor, “lacunas de previsibilidade”) da *common law* pode ser mitigada a partir de diversas garantias processuais⁵⁴⁹, como garantias de imparcialidade judicial, ampla defesa, contraditório, busca e alcance da verdade e proteção contra a parcialidade. São essas salvaguardas processuais que afastam o modelo de Estado anglo-americano de uma *rule of men*. Embora o magistrado possa recorrer à razão natural ou critério de justiça para decidir, sua decisão nunca será uma questão de pura vontade ou arbítrio.

No entanto, no modelo americano especificamente, as garantias de previsibilidade do Estado de Direito (a legalidade conjugada à processualidade)

⁵⁴⁶ ROSENFELD, op. cit., p. 646.

⁵⁴⁷ Embora o foco frequentemente recaia sobre o precedente, a questão fundamental diz respeito à razão natural ali presente. Cf.: GROTE, op. cit., p. 132.

⁵⁴⁸ No entanto, é importante observar que a aparente semente do controle de constitucionalidade estabelecido neste caso não foi levada adiante. Cf.: INGLATERRA. *Dr. Bonham's Case*. 1610. In: SHEPPARD, Steve. **The selected writings and speeches of Sir Edward Coke**. Vol. I. Indianapolis: Liberty Fund, 2003, pp. 264-283.

⁵⁴⁹ ROSENFELD, op. cit., p. 647.

coexistem com exigências de justiça do sistema jurídico. Ou seja, a *Rule of Law* americana requer, além e ao lado da previsibilidade, a observância de critérios de justiça (*fairness*). Sendo que, eventualmente, previsibilidade e justiça estarão em tensão, levando os tribunais a afastar uma regra advinda de um precedente (rompendo, portanto, com a previsibilidade) em prol da justiça⁵⁵⁰.

Por isso, a *Rule of Law* americana depende, em maior medida, de um consenso significativamente generalizado dentro da comunidade política sobre os conceitos de justiça e equidade. Caso esse consenso esteja presente, então a decisão judicial dificilmente será vista como política e, conseqüentemente, não será tida como completamente imprevisível e arbitrária. Por outro lado, caso tal consenso esteja ausente, então o julgamento sempre parecerá excessivamente político.

Destarte, embora a *Rule of Law* anglo-americana se assemelhe ao modelo alemão em certo sentido, possui um desafio maior para lidar com a tensão entre previsibilidade e justiça em um sistema jurídico em que a vontade legislativa não é a única fonte de decisões judiciais.

4.1.4 O Estado Democrático de Direito na Constituição Brasileira de 1988

Tendo em vista os três modelos apresentados, podemos compreender melhor o modelo adotado pela Constituição de 1988⁵⁵¹, tanto de um ponto de vista mais histórico, a partir de suas influências, quanto a partir de uma perspectiva mais conceitual. Do ponto de vista das influências históricas do conceito adotado pela Constituição de 1988 é primordial considerar os comentários de José Afonso da Silva⁵⁵² e sua principal fonte, Elías Díaz⁵⁵³. Do ponto de vista conceitual, os apontamentos Luis Fernando Barzotto⁵⁵⁴ são muito significativos para a avaliação que será realizada.

⁵⁵⁰ Rosenfeld cita diversos casos em que a jurisprudência da Suprema Corte Americana lida com esse “dilema” entre previsibilidade e justiça. In: ROSENFELD, op. cit., p. 649.

⁵⁵¹ Como a presente pesquisa não tem interesse histórico, eventuais modelos de Estado adotados pelas constituições brasileiras anteriores não serão considerados.

⁵⁵² SILVA, 1988.

⁵⁵³ DÍAZ, Elías. Teoría general del Estado de derecho. *Revista de Estudios Políticos*, n. 131, 1963; DÍAZ, Elías. Estado de derecho. In: DÍAZ, Elías; RUIZ MIGUEL, Afonso (Ed.). *Filosofía Política II: Teoría del Estado*. Madri: Editorial Trotta, 2004, pp. 63-82.

⁵⁵⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

Do ponto de vista das suas influências, Silva destaca que o Estado de Direito fundado em 1988 baseia-se nos modelos português e espanhol – e não nos modelos liberais⁵⁵⁵. Assim, o Estado da Constituição de 1988 tem um caráter social e, ao mesmo tempo, democrático. Não tem uma preocupação apenas democrática, como muitos modelos de índole liberal, mas também não tem apenas uma preocupação apenas social, como alguns estados não democráticos já tiveram antes. No entanto, o Estado Democrático de Direito de 1988 é mais do que a junção dos conceitos de Estado de Direito e de Estado democrático.

José Afonso da Silva considera que o conceito inicial de Estado de Direito estava associado às constituições liberais burguesas. No modelo liberal de Estado de Direito há preocupação central com o princípio da legalidade, isto é, com a submissão de toda atividade estatal à lei – o que foi uma conquista significativa, reconhece Silva⁵⁵⁶. No mesmo sentido, Díaz reconhece que o império da lei é uma conquista do modelo liberal que continua caracterizando o cerne do Estado de Direito⁵⁵⁷.

No modelo liberal, três características básicas decorrem dessa submissão. Primeiro, a “submissão ao império da lei” – ou, como denominamos até aqui, a legalidade. Ou seja, todos estariam submetidos a atos formalmente emanados pelo Poder Legislativo, poder composto por representantes do povo. Segundo, um Estado com “divisão de poderes” entre Legislativo, Executivo e Judiciários. Em especial, ao Legislativo seria assegurado o poder de produção de leis e ao Judiciário seria garantida independência e imparcialidade. Terceiro, previsão e garantia de direitos fundamentais (de caráter individual)⁵⁵⁸.

Vale observar que Díaz considera estas características como qualificadoras dos diversos tipos de Estado de Direito, não apenas do Estado Liberal – embora outras qualidades os distingam. Vale ressaltar que Silva não inclui uma quarta característica relevante, segundo Díaz: a fiscalização da Administração. Ou seja, de acordo com Díaz, um Estado de Direito é caracterizado por um controle eficaz da Administração por órgãos competentes e pelos tribunais⁵⁵⁹. Embora seja um conceito mais restrito que a proposta de Postema, caminha naquela direção.

⁵⁵⁵ SILVA, 1988, p. 15.

⁵⁵⁶ SILVA, 1988, p. 16.

⁵⁵⁷ DÍAZ, 2004, p. 65.

⁵⁵⁸ SILVA, 1988, p. 16.

⁵⁵⁹ DÍAZ, 2004, p. 66.

No entanto, se o conceito de Estado de Direito for concebido em uma perspectiva puramente formal e o princípio da legalidade for compreendido como sinônimo de um conjunto de normas estabelecido pelo Legislativo, então o melhor conceito deve ser o de Estado de Legalidade ou de Estado Legislativo. Como observa Díaz, é impensável um Estado na atualidade que exista e funcione sem leis⁵⁶⁰. Isso, no entanto, não o qualifica como Estado de Direito. Por isso, embora a legalidade seja um elemento necessário, não é um elemento suficiente para o Estado de Direito. Sem conteúdo, “todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial”⁵⁶¹. Isso seria confundir “Estado *com* Direito” e “Estado *de* Direito”⁵⁶².

Segundo Díaz, o modelo liberal de Estado de Direito foi caracterizado pelo reconhecimento e garantia de direitos e liberdades até então desprotegidos, absenteísmo em matéria laboral e econômica, despreocupação com direitos econômicos, sociais e culturais e sacralização da propriedade privada⁵⁶³. Como consequência, segundo José Afonso, o grande problema do Estado Liberal foi seu excessivo individualismo e absenteísmo, os quais provocaram grandes injustiças⁵⁶⁴.

Em resposta a isso, fundou-se o Estado Social de Direito, buscando corrigir o individualismo clássico liberal por meio dos direitos sociais e de objetivos de justiça social. Trata-se de um Estado que adota “o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral”⁵⁶⁵. De acordo com Díaz, foi a busca pela efetivação do Estado de Direito que tornou possível essa mudança de modelo⁵⁶⁶.

O Estado Social de Direito assumiu um caráter decididamente intervencionista para atender as demandas sociais de maior participação e de igualdade real, transformando o Estado em um Estado de serviços⁵⁶⁷. Além disso, foi um Estado que manteve o sistema capitalista, embora empenhado em reformas progressivas, especialmente em uma melhor redistribuição de recursos. Por isso, foi caracterizado por implantar e buscar efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais⁵⁶⁸.

⁵⁶⁰ DÍAZ, 2004, p. 63.

⁵⁶¹ SILVA, 1988, p. 18.

⁵⁶² DÍAZ, 2004, p. 63.

⁵⁶³ DÍAZ, 2004, pp. 71-72.

⁵⁶⁴ SILVA, 1988, p. 18.

⁵⁶⁵ SILVA, 1988, p. 18.

⁵⁶⁶ DÍAZ, 2004, p. 72.

⁵⁶⁷ DÍAZ, 2004, p. 73.

⁵⁶⁸ DÍAZ, 2004, pp. 74-75.

No entanto, o elemento social acaba sendo compatível com diversos regimes políticos, os quais frequentemente foram (e são) antagônicos à democracia⁵⁶⁹. Era necessário um modelo que conjugasse adequadamente as exigências do Estado Social com as exigências do Estado de Direito⁵⁷⁰. Além disso, a dificuldade de financiamento dessas políticas sociais e de efetivação jurídica desses direitos levou ao que se denominou de “crise fiscal do Estado”⁵⁷¹.

Segundo Silva, a tentativa das constituições alemã⁵⁷² e espanhola⁵⁷³ de fugir desse aspecto se deu por meio da afirmação de um “Estado Social e Democrático de Direito”. No entanto, José Afonso sustenta que é uma solução parcial, pois busca petrificar o Estado de bem-estar social com o objetivo de limitar “qualquer passo à frente no sentido socialista”⁵⁷⁴. Seria, na verdade, um Estado de *Direito Social*, dada que sua distinção em relação ao modelo liberal de Estado de Direito seria apenas a previsão de direitos fundamentais de cunho social⁵⁷⁵.

Por outro lado, o Estado Democrático se funda no princípio da soberania popular, segundo o qual a participação efetiva e operante do povo nos assuntos públicos é impositiva, incluindo e não se limitando, à formação das instituições representativas. Neste modelo de Estado, o princípio democrático funciona como garantia dos direitos fundamentais⁵⁷⁶.

Segundo Silva, o modelo democrático de Estado é distinto do modelo liberal, pois o modelo liberal não teria como pressuposto a igual participação dos cidadãos na formação da vontade popular. A igualdade seria limitada à generalidade da lei, um elemento puramente formal e abstrato⁵⁷⁷. José Afonso demonstra uma grande desconfiança com esse conceito, lançando uma suspeita sobre o seu uso, argumentando tratar-se de uma forma dissimulada de proteger o sistema de propriedade existente⁵⁷⁸.

⁵⁶⁹ SILVA, 1988, p. 18.

⁵⁷⁰ DÍAZ, 2004, p. 73.

⁵⁷¹ DÍAZ, 2004, pp. 75-76.

⁵⁷² De acordo com o artigo 20.1, “A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social”. In: ALEMANHA, 1949.

⁵⁷³ De acordo com o artigo 1.1, “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. In: ESPANHA. **Constituição Espanhola**. 1978. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 13/01/2023.

⁵⁷⁴ SILVA, 1988, p. 19.

⁵⁷⁵ SILVA, 1988, p. 19.

⁵⁷⁶ SILVA, 1988, p. 20.

⁵⁷⁷ SILVA, 1988, p. 21.

⁵⁷⁸ SILVA, 1988, p. 20.

Avançando e superando os conceitos de Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático, foi afirmado o conceito de Estado Democrático de Direito – como o consagrado na Constituição Brasileira de 1988. Neste modelo, o Estado é fundante de uma *sociedade* democrática (não meramente de um *direito* democrático), isto é, aquela sociedade caracterizada por: (1) “um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões”; e, pela (2) real participação do povo nos rendimentos da produção⁵⁷⁹.

Nesse sentido, Silva baseia-se na concepção de Díaz sobre a democracia, segundo a qual a democracia envolve: (1) uma participação nas decisões jurídico-políticas; bem como, (2) uma participação nos resultados, tanto econômicos, como por meio do reconhecimento de direitos e liberdades das mais diversas índoles⁵⁸⁰.

Em razão da segunda característica, José Afonso não considera o Estado Democrático de Direito uma mera fusão entre Estado de Direito e Estado Democrático, pois “incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”⁵⁸¹. Seria um modelo de Estado que, superando dicotomias, concretizaria a convergência entre as concepções de democracia e socialismo. Uma forma de “realização democrática do socialismo”⁵⁸². No entanto, o próprio Silva reconhece que o modelo adotado no Brasil não caminha em tal direção, embora a Constituição de 1988 estructure um Estado de justiça social⁵⁸³.

Sobre as características do princípio democrático neste modelo, Silva aponta cinco fundamentais. Primeiro, é um Estado que se dá em uma sociedade livre, justa e solidária. Segundo, o poder emana do povo e é exercido em proveito do povo, seja diretamente, seja por meio de representação. Terceiro, é caracterizado por uma democracia participativa, marcada por uma crescente participação popular. Quarto, é pluralista, pois respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias. Quinto, assegura a liberdade não somente por meio da previsão de direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente por meio de certas condições econômicas que viabilizam efetivamente tal liberdade (princípio da justiça social)⁵⁸⁴.

⁵⁷⁹ SILVA, 1988, p. 21.

⁵⁸⁰ DÍAZ, 1963, p. 45. Reafirmado em: DÍAZ, 2004, p. 68.

⁵⁸¹ SILVA, 1988, p. 21.

⁵⁸² SILVA, 1988, p. 22. Semelhantemente, Díaz chama a conjugação realizada pelo Estado Democrático de Direito de “socialismo democrático”. Ver: DÍAZ, 2004, p. 78.

⁵⁸³ SILVA, 1988, p. 22.

⁵⁸⁴ SILVA, 1988, p. 22.

Díaz observa que o Estado Democrático de Direito surgiu como alternativa ao Estado Social de Direito. Nesse sentido, deixou de ser um Estado preocupado com um intervencionismo indiscriminado e irrealizável, mas também sem adotar um modelo neoliberal. Assim, o Estado Democrático de Direito realiza intervenções muito mais qualitativas e seletivas⁵⁸⁵.

Seria um Estado baseado em uma ética não-individualista e não mais focada na acumulação privada do capital. Um Estado caracterizado por uma sociedade civil mais forte e por uma atuação econômica focada em “produção (seletiva e qualitativa), redistribuição (proporcional e progressiva) e regulação e organização (flexível e passível de revisão)”⁵⁸⁶. Por isso, ao lado dos direitos já afirmados, trata-se de um Estado preocupado com novos direitos fundamentais, os denominados direitos de terceira dimensão⁵⁸⁷.

Além da democracia, o Estado Democrático de Direito também está baseado no princípio da legalidade, porém sob outro viés. Neste modelo, o Estado se encontra subordinado à Constituição e à legalidade democrática, mas não mais centrada na ideia de generalidade. A legalidade agora deve ser caracterizada a partir da “busca pela igualização das condições socialmente desiguais”⁵⁸⁸.

No Estado Democrático de Direito a lei tem um sentido que vai além de seu conceito formal. Enquanto “ato de decisão política por excelência”, a lei é o instrumento por meio do qual o Estado realiza “intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade”, desdobrando o conteúdo constitucional e, assim, sendo um instrumento de transformação da sociedade⁵⁸⁹. Além destas características, o Estado Democrático de Direito é caracterizado também pelo princípio da igualdade, pela divisão de poderes e pela segurança jurídica⁵⁹⁰.

Por ser muito genérica, a proposta de diferenciar radicalmente o Estado Democrático de Direito acaba sendo significativamente imprecisa. Como visto, existem diferenças relevantes nos elementos formais (legalidade e processualidade) dos modelos alemão, francês e anglo-americano. Considerá-los igualmente como

⁵⁸⁵ DÍAZ, 2004, pp. 76-77.

⁵⁸⁶ Tradução livre de: “[...] de producción (selectiva y cualitativa), de redistribución (proporcional y progresiva) y de regulación y organización (flexible y revisable)”. In: DÍAZ, 2004, p. 78.

⁵⁸⁷ DÍAZ, 2004, p. 78.

⁵⁸⁸ SILVA, 1988, p. 23.

⁵⁸⁹ SILVA, 1988, p. 23.

⁵⁹⁰ SILVA, 1988, p. 24.

“Estado Liberal de Direito” é bastante impreciso e pouco contribui para a elucidação do conceito brasileiro de Estado de Direito.

Se for correta a afirmação feita por José Afonso⁵⁹¹ de que (1) o Estado Social de Direito mascara a tendência do capitalismo de utilizar métodos políticos ditatoriais e totalitários visando evitar uma realidade socialista e que (2) o Estado Democrático de Direito busca viabilizar a efetiva participação popular nos rendimentos da produção, então parece ser uma conclusão errada a de que a Constituição Brasileira de 1988 assentou-se neste paradigma. Quando avaliamos a chamada “Constituição Econômica” (especialmente o artigo 170), parece que a Constituição de 1988 teve uma significativa preocupação com a garantia da propriedade privada, com a livre iniciativa e com a liberdade econômica.

Uma vez que o próprio José Afonso da Silva reconhece que a Constituição de 1998 “não prometeu a transição para o socialismo” e não avança “significativamente rumo à democracia econômica”⁵⁹², ou seja, não está focada em uma distribuição dos resultados da produção, então parece uma leitura inapropriada a aplicação deste conceito de Estado Democrático de Direito ao modelo de Estado instalado em 1988.

Aplicar essa concepção seria interpretar a Constituição sem partir do texto da própria Constituição (não sendo uma exegese) – seria, na verdade, uma imposição sobre o texto (uma eisegese)⁵⁹³. E mais, uma imposição que parece considerar equivalentes o modelo de Estado adotado na Constituição Brasileira de 1998 e o modelo adotado pela Constituição Portuguesa de 1976, que tinha por objetivo fazer a transição para uma sociedade de classes (artigo 1º) e em direção a um regime socialista (artigo 2º)⁵⁹⁴. Se esta for a base do argumento, então não mais se sustenta. Embora a República Portuguesa tenha permanecido, ao menos oficialmente, sendo

⁵⁹¹ SILVA, 1988, p. 19.

⁵⁹² SILVA, 1988, p. 24.

⁵⁹³ Enquanto a exegese (condução para fora) é a busca por instrumentos interpretativos que elucidem o *significado do texto*, a eisegese (condução para dentro) é uma leitura baseada na *vontade do leitor sobre o texto*. Nesse sentido, a eisegese frequentemente desconsidera elementos presentes no texto interpretado, mas que não corroboram a interpretação que está sendo proposta, e inclui elementos estranhos ao texto. Essa diferença conceitual é comum na Hermenêutica Bíblica, mas pode contribuir à Hermenêutica Jurídica. Cf. ALMEIDA, Maria Aparecida de Andrade; FUNARI, Pedro Paulo. Exegese Bíblica: vantagens, desvantagens, limites e contribuições na interpretação moderna da Bíblia. **Revista Caminhos - Revista de Ciências da Religião**, Goiânia, Vol. 14, Num. 1, pp. 45-57, janeiro/junho 2016.

⁵⁹⁴ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 1976. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>. Acesso em: 13/01/2023.

um Estado Democrático de Direito, abandonou esses dois objetivos na reforma constitucional realizada em 1989⁵⁹⁵.

Além disso, o principal desafio conceitual nessa classificação resta sem solução, que é o conceito de justiça social. Os autores não indicam exatamente porque a ideia de justiça social seria radicalmente incompatível com os demais modelos de Estado de Direito. Em se tratando da possibilidade de previsão de direitos sociais, então não parece ser sustentável a argumentação que defende uma profunda separação entre os elementos do Estado de 1988 e os conceitos anteriormente apresentados sobre Estado de Direito.

Se adotada essa posição (tese de influência dos conceitos), outro problema significativo será identificar as dimensões formal e substancial do Estado Democrático de Direito. Na realidade, parece que a posição de Silva (Díaz não chega a abdicar dos elementos formais) menospreza a dimensão formal do Estado em prol de uma dimensão fundamentalmente substancial. Como já argumentado, embora necessária, a dimensão substancial é insuficiente para proteger os cidadãos em face do exercício arbitrário do poder. Ou seja, a argumentação de Silva é prejudica seu propósito, pois tenta assegurar *mais* liberdade, especialmente em face do poder econômico, *reduzindo* o nível de proteção contra os abusos de poder.

Por isso, seguimos predominantemente a leitura de Barzotto acerca do conceito de Estado Democrático de Direito. A partir, principalmente, do conceito de democracia, Barzotto caracteriza o Estado inaugurado em 1988.

Nesse sentido, a respeito do elemento “democrático” do modelo de Estado de Direito adotado pela Constituição Brasileira de 1988, a posição de Barzotto é a de que o Constituinte adotou um modelo de democracia deliberativa⁵⁹⁶. Por consequência, algumas características deste modelo de democracia se sobressaem.

Em primeiro lugar, trata-se de um modelo de Estado que compreende o povo enquanto uma comunidade. Ao analisar os primeiros artigos da Constituição de 1988, Barzotto conclui que “a interpretação mais adequada do conceito de povo na constituição passa pela concepção de povo como ‘uma comunidade de pessoas humanas’”⁵⁹⁷. Dessa forma, a noção de bem comum fica subjacente à discussão

⁵⁹⁵ PORTUGAL. **Lei Constitucional n.º 1/89**. 1989. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei-constitucional/1-1989-496551>. Acesso em: 13/01/2023.

⁵⁹⁶ BARZOTTO, 2005, p. 175.

⁵⁹⁷ BARZOTTO, 2005, p. 176.

constitucional, não se tratando de um conceito fundamentalmente liberal – o que concorda, neste ponto, com o argumento de Silva.

Destarte, o povo brasileiro constitui-se como uma comunidade que tem uma finalidade em comum – finalidade esta que dá forma e sentido (direção) ao Estado. Portanto, a comunidade é caracterizada a partir desta associação humana com um bem comum a todos os seus membros⁵⁹⁸. Não se trata de um agrupamento humano transitório ou de um grupo de indivíduos acidental e aleatoriamente formado. Há uma finalidade boa e permanente que os direciona. No caso, a finalidade do Estado constitui-se na busca a vida boa para cada membro da comunidade.

Segundo Barzotto, a ideia do povo brasileiro enquanto uma comunidade é reforçada pelo uso no atual Texto Constitucional de expressões derivadas de conceitos como o de “fraternidade” (Preâmbulo) e o de “solidariedade” (artigo 3º)⁵⁹⁹. Prossegue o autor:

Se a fraternidade e a solidariedade devem ser interpretadas como exigências jurídico-políticas, por integrarem a Constituição, e não como meros adornos retóricos do texto constitucional, elas prescrevem certo tipo de relações na sociedade brasileira que obrigam a pensá-la como uma comunidade⁶⁰⁰.

Segundo Barber, a relação entre democracia e Estado de Direito também é destacada na versão atual do Estado de Direito na Alemanha⁶⁰¹, como visto.

Essa característica é fundamental para a boa compreensão do lugar do bem comum no modelo de Estado do Brasil. O Estado Democrático de Direito de 1988 assumiu que ser humano que forma o povo brasileiro não deve ser visto a partir de um holismo (coletivismo) ou de um individualismo⁶⁰². Se o povo brasileiro fosse compreendido a partir de um holismo, então o ser humano estaria subordinado ao todo social, degradando-o a menos do que um igual (a igualdade é um pressuposto da solidariedade). Por outro lado, se o povo brasileiro fosse visto de modo individualista, então não haveria como se falar de solidariedade, a qual pressupõe o reconhecimento do outro (na verdade, sequer poderíamos falar em “povo”).

Em segundo lugar, retomando um elemento fundamental desta comunidade, este modelo de Estado tem por finalidade (*telos*) promover a vida boa para o ser

⁵⁹⁸ BARZOTTO, 2005, p. 177.

⁵⁹⁹ BARZOTTO, 2005, p. 178.

⁶⁰⁰ BARZOTTO, 2005, p. 178.

⁶⁰¹ BARBER, 2003.

⁶⁰² BARZOTTO, 2005, p. 180.

humano⁶⁰³. O sentido de finalidade imposto ao Estado pode ser percebido tanto no Preâmbulo⁶⁰⁴, quanto no artigo 3º⁶⁰⁵, quanto em outras partes da Constituição. Esta finalidade serve de critério objetivo para a argumentação e para a decisão.

Em outros termos, o Estado Democrático de Direito implantado em 1988 não se caracteriza por um modelo procedimental ou majoritário de decisão, em que a observância de um rito ou do alcance de um quantitativo de votos é suficiente para justificar e validade uma decisão política ou uma norma jurídica. O critério deste Estado não é apenas formal, mas igualmente material. Nesse diapasão, a legalidade pode ser julgada a partir da conformidade ou não aos fins constitucionalmente designados.

Vale destacar que esse modelo procedimental ou majoritário de democracia é o que torna viável o que vem sendo chamado de “legalismo autocrático”, em que os mecanismos formalmente estipulados são observados na criação de normas jurídicas, porém a materialidade da Constituição e da democracia são desconsiderados⁶⁰⁶. Ou, nos termos antes apresentados, quando o *telos* do Estado Democrático de Direito é contrariado e negado.

Sendo assim, a Barzotto apoia a ideia de um Estado Democrático de Direito como um Estado que tem deveres de promoção de certos bens humanos⁶⁰⁷. Não se trata de um Estado de Direito em que a formalidade da criação e aplicação da norma jurídica satisfaça o modelo constitucionalmente estipulado. Ao contrário, é um Estado cuja justificação encontra-se na consecução do bem da pessoa humana (constitucionalmente designado no artigo 1º como “dignidade da pessoa humana”) e do bem comum (constitucionalmente designado no artigo 3º como o “bem de todos”).

⁶⁰³ BARZOTTO, 2005, p. 181.

⁶⁰⁴ “[...] instituir um Estado Democrático, *destinado a* assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

⁶⁰⁵ “Constituem *objetivos* fundamentais da República Federativa do Brasil [...]” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

⁶⁰⁶ Sobre o tema, ver: SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 85, n. 2, pp. 545-583, 2018. Em sentido próximo, porém distinto, vale destacar o conceito de “constitucionalismo abusivo”, no qual são realizadas alterações formais na constituição com o propósito de reduzir o alcance democrático. Nos termos que estamos utilizando, o constitucionalismo abusivo tenta alterar o *telos* do Estado de Direito constitucionalmente estabelecido. Sobre este conceito, ver: LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, Davis, v. 47, n. 1, pp. 189-260, 2013.

⁶⁰⁷ BARZOTTO, 2005, p. 182.

Em terceiro lugar, segundo Barzotto, o Estado de Direito adotado na Constituição de 1988 concebe a atividade política como uma atividade guiada pela razão prática. Afinal:

[...] somente um processo político baseado na razão, e não na vontade [...] está em conformidade com a dignidade da pessoa humana, ser racional. Todo comando, toda ordem, toda lei, toda sentença, que não puder se justificar racionalmente, de um modo argumentativo, carece de força obrigatória para impor-se a seres racionais. O que é irracional não vincula um ser racional⁶⁰⁸.

Para que isso seja possível, o Estado de Direito exige a participação das pessoas nas decisões que as afetem. O Estado de Direito adotado na Constituição de 1988 pressupõe discussão e deliberação. Todos os envolvidos são chamados a participar, não apenas votando, mas deliberando racionalmente sobre as decisões políticas – o que, obviamente, inclui as normas jurídicas. Por isso, mais do que apenas um Estado de Direito, devemos falar em um Estado *Democrático* de Direito.

E, mesmo contando com a participação dos membros da comunidade, as decisões precisam ser racionalmente justificadas. Novamente diga-se, não se trata de uma ditadura da maioria, em que a quantidade de votos é suficiente para justificar a decisão política. Afinal, mesmo em uma democracia, nem todos participarão formalmente da deliberação (como aqueles que não possuem cidadania, como é o caso dos estrangeiros) e outros, mesmo participando, sairão vencidos. Mesmo para estes, o Estado de Democrático de Direito se faz justificado a partir do apelo à racionalidade das suas decisões.

Por isso, podemos afirmar que o modelo de Estado adotado na Constituição de 1988 não está baseado apenas no critério do império da lei, mas igualmente no império da razão⁶⁰⁹. A democracia da Constituição trata os cidadãos enquanto seres racionais e, assim, reconhece que as decisões a eles dirigidas também devem ser racionalmente justificadas.

Em quarto lugar, trata-se de um modelo de Estado que adota a ideia de império do direito como império da justiça. Isto é, o Estado Democrático de Direito pressupõe que a vinculação ao direito – o que inclui a vinculação à Constituição – representa uma garantia de relações sociais justas.

⁶⁰⁸ BARZOTTO, 2005, p. 181.

⁶⁰⁹ BARZOTTO, 2005, p. 173.

4.2 AVALIANDO O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO DE 1988 A PARTIR DA NOVA TEORIA DA LEI NATURAL

Partindo das características da autoridade do Estado de Direito segundo a Nova Teoria da Lei Natural e as particularidades do modelo brasileiro de Estado de Direito, objetiva-se avaliar os aspectos de legalidade, processualidade e promoção dos bens humanos básicos no Estado Democrático de Direito inaugurado com a Constituição de 1988, buscando identificar vias de melhor fundamentação deste modelo e possibilitando uma eventual crítica a algum aspecto do modelo constitucional apresentado.

No entanto, é necessário sublinhar desde logo, como faz Zimmermann, que uma avaliação abrangente do Estado de Direito no Brasil exige uma análise interdisciplinar, envolvendo questões jurídicas, institucionais, políticas e culturais da sociedade brasileira⁶¹⁰. Nesse sentido, o esforço de análise aqui realizado limita-se a determinadas características jurídicas do modelo adotado na Constituição de 1988. Não obstante, espera-se que sejam dados critérios suficientes para que essa análise possa ser expandida.

4.2.1 Legalidade e vinculação do Estado

Como discutido antes, a fundação do edifício do Estado de Direito chama-se “legalidade”. Sobre esta fundação o restante do edifício será construído. Seja de qual modelo concreto estivermos falando, o princípio da legalidade sempre será um elemento indispensável. Ainda que possamos falar de outras características essenciais, a legalidade é um requisito necessário do Estado de Direito – incluindo, por certo, o Estado Democrático de Direito.

Por isso, não há Estado de Direito sem um conjunto de leis racionalmente elaboradas e publicamente ordenadas. Embora não seja uma condição suficiente, a legalidade é uma condição necessária ao Estado de Direito. A formulação do direito é primaz para a contenção do poder estatal. É necessário um conjunto definido de

⁶¹⁰ ZIMMERMANN, Augusto. Waiting for the Rule of Law in Brazil: A Meta-legal Analysis of the Insufficient Realization of the Rule of Law in Brazil. In: SILKENAT, James R.; HICKEY JR., James E.; BARENBOIM, Peter D. (ed.). **The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)**. Berlim: Springer, 2014, pp. 331-347.

autoridades encarregadas por esta tarefa, bem como um procedimento vinculante para a produção de novas normas jurídicas.

Nesse sentido, é fundamental observarmos como a Constituição de 1988 está preocupada com o procedimento para a criação das normas jurídicas. O denominado “processo legislativo” ocupa um espaço significativo dentro do texto da Constituição, sendo fundamental no modelo de Estado Democrático de Direito adotado em 1988⁶¹¹. A Constituição também determina que esse processo legislativo sempre deve ser prospectivo. Ou seja, o legislador deve criar normas jurídicas que se apliquem para casos futuros, não podendo a lei prejudicar, isto é, afetar “o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (artigo 5º, inciso XXXVI). Como visto, essa garantia é fundamental à racionalidade da lei.

Além disso, há um sistema significativo e forte que busca preservar a autoridade da lei, como o controle de constitucionalidade. Muito poderia ser falado a este respeito, no entanto devemos nos ater à sua previsão constitucional. Se o processo legislativo pressupõe uma forma para que a autoridade do Estado se manifeste, a exigência de coerência entre as normas infraconstitucionais e a Constituição preserva a racionalidade do sistema jurídico. A proteção da autoridade da Constituição não encontra fundamento apenas na anterioridade lógica da norma constitucional em relação às demais normas do ordenamento. A coerência das normas é indispensável à existência de um direito racionalmente justificado.

Além disso, a Constituição funciona com Brasil como principal garantia jurídica do Estado de Direito ao estruturar um conjunto de instituições responsáveis por exercer o poder estatal. E, ao fazer isso, impõe diversos limites e cria um sistema de controle recíproco entre elas. Desse modo, respeitar a autoridade da Constituição é preservar a estrutura que caracteriza o Estado de Direito.

Por outro lado, a existência de um sistema de controle de constitucionalidade faz com que a autoridade do direito seja adequadamente preservada. Isto é, os subordinados não precisam descumprir um direito que se volta contra os valores constitucionais, pois existe um abrangente sistema de proteção da Constituição que é acessível a todos os cidadãos⁶¹².

⁶¹¹ PINTO, Júlio Roberto de Souza. Processo legislativo no Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 166, pp. 193-203, abr./jun. 2005.

⁶¹² O sistema difuso de controle de constitucionalidade permite que qualquer cidadão juridicamente afetado por uma norma inconstitucional possa acessar o judiciário e questionar a validade da obrigação a ele imposta. Embora esse mecanismo seja por meio de uma via incidental, isto é, geralmente limitada

No entanto, não é suficiente que os cidadãos estejam vinculados ao direito, mas é igualmente importante (talvez até mesmo de importância superior) que as autoridades e seus atos estejam submetidos a controle.

4.2.2 Processualidade e atuação das autoridades

Como pode ser observado, os diversos modelos de Estado de Direito compartilham o pressuposto de que há a necessidade de controle da autoridade política em razão da falibilidade e (eventual) arbitrariedade inerente ao ser humano⁶¹³. Por isso, a Constituição de 1988 estabeleceu um robusto sistema de vinculação das autoridades ao Direito, especialmente possibilitando aos cidadãos questionar os atos públicos perante o Judiciário.

Para que esse controle seja possível, o primeiro requisito é que haja uma separação dos poderes. Ou seja, é fundamental que as funções de criar a lei, aplicar a lei administrando e aplicar a lei julgando estejam em instituições distintas. Com funções limitadas, o controle dos atos governamentais é mais eficiente. Uma concentração de funções estatais inviabilizaria o controle dos atos governamentais pela sociedade sem violação da ordem.

No entanto, para que esse controle seja possível é necessário um Judiciário independente. Nesse sentido, a independência dos magistrados pode ser considerada como uma verdadeira imunidade⁶¹⁴. Ou seja, há uma esfera de proteção jurídica que impede o exercício de poder por outros agentes sobre os juízes e tribunais e essa esfera está constitucionalmente protegida. Isto é, essa esfera de proteção destinada aos magistrados não pode ser reduzida por meio de lei. Consequentemente, o magistrado não pode ser constrangido a tomar uma certa decisão ou ser responsabilizado por tê-la tomado de uma certa forma. Sua imunidade retira o poder das demais autoridades. Isso, no entanto, não deve ser confundido com uma ausência de controle dos juízes e tribunais. Em um Estado de Direito nenhuma autoridade está imune a supervisão.

em seus efeitos ao seu processo, os mecanismos de uniformização jurisprudencial (a serem vistos) tendem a gerar uma proteção mais abrangente da Constituição. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁶¹³ GROTE, op. cit., p. 128.

⁶¹⁴ Sobre esta classificação, ver: HOHFELD, Wesley. **Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning**. New Haven: Yale University Press, 1919.

Contudo, a independência do Judiciário de forma alguma deve significar um tipo de permissão para “livre decisão judicial”. Isto é, os magistrados são independentes não porque podem julgar conforme o próprio arbítrio (não há lugar para livre arbítrio das autoridades no Estado de Direito), mas porque podem aplicar o direito vigente independentemente dos interesses contrários à lei.

Os magistrados são imunes para aplicar melhor a lei, não o contrário. Retomando a concepção de autoridade enquanto serviço, de Raz, a justificação da atuação judicial pressupõe que ela seja capaz de dar melhores razões para ação aos subordinados. Isso somente é possível se ela estiver subordinada ao direito, que é a medida (racional) para a ação humana. Decisões judiciais contrárias ao direito vigente são fatores de desordem e atentam contra a justificação da autoridade judicial.

Considerando a lei como medida para ação, então a lei impõe um tipo de igualdade – mesmo em suas exceções. Nesse sentido, o Judiciário precisa dar soluções similares a casos similares e decisões diferentes a casos diferentes. Quando o Judiciário trata cada caso de modo único, ignorando se aquela decisão pode se aplicar a todos os casos semelhantes, na verdade está desconsiderando a lei enquanto medida. A consequência disso é a quebra do princípio da legalidade⁶¹⁵.

Nessa perspectiva, um fator fundamental à racionalidade das decisões judiciais é a coerência com as demais decisões existentes no sistema jurídico. Há uma necessidade de uniformização das decisões judiciais. Por isso, alguns instrumentos foram adotados em âmbito constitucional para possibilitar o avanço da objetividade das decisões judiciais, aumentando o nível de conformidade entre os diversos níveis jurisdicionais e os diversos julgadores.

Algumas previsões constitucionais almejam tornar o resultado da decisão judicial mais previsível e mais uniforme ao longo do país. Isso, por si só, constitui um caminho em direção à garantia de processualidade do Estado de Direito.

Nesse sentido, por meio da reforma realizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, duas relevantes previsões foram introduzidas no Texto Constitucional: as súmulas vinculantes e a repercussão geral no recurso extraordinário, ambas de competência do Supremo Tribunal Federal. De modo mais recente, a Emenda Constitucional n. 125/2022 instituiu um requisito semelhante à repercussão geral, porém aplicável os recursos especiais julgados pelo Superior Tribunal de Justiça. As

⁶¹⁵ BARZOTTO, 2007, p. 236.

referidas inclusões foram significativos ganhos no objetivo de uniformizar as decisões de índole constitucional.

A previsão das súmulas vinculantes assegurou ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de vincular formalmente as autoridades judiciais e administrativas à interpretação dada em última instância por aquela Corte em certos casos de expressiva relevância e após decisão tomada por quórum qualificado. No entanto, os críticos da previsão sustentam, entre outros argumentos, que as súmulas vinculantes engessam o Judiciário, inviabilizando uma interpretação adequada aos casos e cerceiam o livre convencimento dos magistrados.

Outro mecanismo importante no processo de uniformização das decisões judiciais foi a repercussão geral. Uma vez que tem por função precípua a “guarda da Constituição”⁶¹⁶, a interpretação constitucional não deve ser encarada como uma entre outras. Por isso, os casos por ele julgados não devem ser considerados como uma forma, entre outras, de interpretar o texto da Constituição. Sua interpretação deve ser considerada como decisiva à adequada interpretação constitucional.

Nesse sentido, a repercussão geral foi instituída com o propósito de que a decisão adotada pelo Tribunal no caso paradigma (podendo ser mais de um desde que com objeto) seja replicada aos casos semelhantes, garantindo coerência entre as decisões judiciais. Semelhante raciocínio pode ser aplicado à nova previsão aplicável ao Superior Tribunal de Justiça.

As críticas à repercussão geral caminham em sentido próximo às críticas à súmula vinculante, especialmente preocupadas com um eventual erro do Supremo Tribunal Federal (ou do Superior Tribunal de Justiça) sendo replicado em centenas ou milhares de casos sem possibilidade de correção judicial⁶¹⁷.

No entanto, como já argumentado, embora a racionalidade (incluindo a justeza) da decisão judicial seja fundamental ao Estado de Direito, a necessidade de ordem, que requer coerência entre as decisões judiciais, também o é. Somente é possível falar em vinculação das autoridades judiciais caso o exercício de sua atividade (julgar) esteja submetido ao direito vigente, e não somente à vontade do

⁶¹⁶ Diz a Constituição: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, *precipualemente*, a *guarda da Constituição*, cabendo-lhe: [...]” (grifos nossos).

⁶¹⁷ Alguns mecanismos infraconstitucionais poderiam gerar a mesma dúvida e argumentos de defesa semelhantes, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), mas isso fugiria significativamente da delimitação da presente pesquisa.

magistrado. A igualdade entre os cidadãos e proteção contra o arbítrio da autoridade (judicial, no caso) é satisfeita de um modo melhor por meio da vinculação.

Afinal, uma interpretação judicial previsível atende melhor ao critério da racionalidade do direito do que uma decisão supostamente mais justa, porém imprevisível. Ainda que fundada em uma alegada preocupação com o caso concreto, a imprevisibilidade judicial atenta contra a racionalidade dos cidadãos. Portanto, ainda que eventualmente falível em seu resultado imediato, a vinculação judicial favorece a racionalidade dos jurisdicionados e cumpre melhor à concepção de serviço de Raz.

No entanto, essa uniformização de interpretações pode não ser suficiente. Nesse diapasão, em que pese o Judiciário seja indispensável à vinculação das demais autoridades públicas e à afirmação da legalidade frente aos cidadãos, uma inadequada compreensão da dimensão substancial do Estado de Direito pelos juízes pode acabar desnaturando sua função específica e limitada.

Se o Judiciário assume o papel de fiscal *ex officio* da população ou das autoridades, tomando a iniciativa de proteger e promover determinados valores constitucionais independentemente da forma processual estabelecida, acabará caminhando em direção a um Estado de Polícia. Ou seja, um Estado no qual as instituições públicas podem tomar decisões independentemente da previsão legal.

Quando o Judiciário se torna instrumento de um Estado de Polícia, ainda que para preservar valores constitucionais importantes, como a democracia ou o combate à corrupção, acaba inevitavelmente por ferir o devido processo legal. É muito oportuna a consideração de Díaz sobre isso:

O Estado não pode e não deve, de forma alguma, responder ao crime com o crime, à violação da lei pelo delinquente com a violação da lei pelo governante ou seus representantes: tornar-se-ia, assim, um Estado delinquente. Não pode, nem deve cometer o gravíssimo crime e o gravíssimo erro de combater e tentar pôr fim ao terrorismo implantado por um ou outro grupo, máfia ou associação armada, caindo em um correspondente terrorismo de Estado, exercido ou ilegalmente auxiliado por instituições legítimas⁶¹⁸.

⁶¹⁸ Tradução livre de: “El Estado no puede, no debe, de ningún modo, responder al delito con el delito, a la violación de la ley por el delincuente con la violación de la ley por el gobernante o sus representantes: se convertiría así en un Estado delincuente. No puede, ni debe, cometer el gravísimo delito y el gravísimo error de combatir e intentar acabar con el terrorismo implantado por unas u otras bandas, mafias o asociaciones armadas cayendo en un correlativo terrorismo de Estado, ejercido o ayudado ilegalmente por las legítimas instituciones”. Cf. DÍAZ, 2004, p. 67.

Uma das formas para evitar isso é por meio de um sistema recursal robusto, como o instituído pela Constituição de 1988. Além de prever diversos tribunais, tanto locais quanto nacionais, a Constituição previu um amplo acesso ao Judiciário e, portanto, a estes recursos, ao instituir mecanismos de acesso à justiça, como a gratuidade e a Defensoria Pública. Sem essa ampla acessibilidade, o conceito de Estado de Direito ficaria significativamente prejudicado, no que tange à estrutura de vinculação ao direito por ele requerida.

Contudo, além do sistema recursal, é fundamental o reforço aos mecanismos de fiscalização e controle do Judiciário. Sob o manto da independência judicial não podem ser acolhidas arbitrariedades travestidas de interpretação peculiar. Um passo significativo foi dado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 ao instituir o Conselho Nacional de Justiça.

Não obstante, é necessário que as demais instituições públicas e a sociedade civil assumam um firme compromisso em direção à supervisão das autoridades judiciais, especialmente dos mais elevados tribunais. Como sustentado por Postema e reafirmado pelo dever de observância do processo legal, o Estado de Direito somente é possível caso todos estejam mutuamente compromissados em cumprir e fazer cumprir o direito, responsabilizando os violadores. Ninguém deve estar alheio a este (muito menos acima deste) mecanismo de *accountability*.

Destarte, o Estado Democrático de Direito da Constituição de 1988 tem caminhado bem em direção ao ideal de Estado de Direito em sua preocupação com a legalidade e a processualidade. Agora, portanto, precisamos avaliar sua dimensão substancial, sua adequação teleológica.

4.2.3 Promoção dos bens humanos básicos e limitação estatal

Enquanto a legalidade e a processualidade são requisitos formais necessários ao Estado de Direito na Nova Teoria da Lei Natural, existe um requisito igualmente necessário de ordem substancial e finalística, a promoção dos bens humanos básicos. Portanto, é necessário avaliar se o modelo de Estado adotado na Constituição de 1988 alcança essa dimensão também.

Como visto, a realização dos bens humanos básicos é o elemento substancial subjacente e necessário ao Estado de Direito na Nova Teoria da Lei Natural. Deve o ser, também, na Constituição do Brasil de 1988. Nesse sentido, esses bens humanos

básicos são caracterizados na Constituição a partir, especialmente (mas não unicamente), dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 teve uma preocupação central com a afirmação de direitos fundamentais. Além da ampla previsão de liberdades individuais, direitos políticos e direitos de nacionalidade, a Constituição trouxe uma ampla gama de direitos trabalhistas e de direitos sociais. Esta, aliás, é uma característica do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o modelo adotado em 1988 não apenas se preocupa em proteger bens humanos básicos de violações pelo Estado ou por particulares, mas também se preocupa em promover estes bens. Ou seja, adotar medidas que criem condições positivas de realização dos bens humanos.

Por exemplo, o bem do conhecimento é tanto viabilizado protegido por meio de uma série de liberdades, como a liberdade de expressão e de informação, como também é promovido por meio de uma ampla garantia do direito à educação. Dessa forma, a pessoa está protegida em sua esfera individual para procurar e difundir ideias e opiniões, sem intromissão do Estado ou de qualquer outro particular. Ao mesmo tempo, ao Estado é imposto o dever de promover a educação para todos, em todos os níveis e de forma gratuita.

Semelhantemente, o bem da religião é protegido por uma série de garantias de liberdade religiosa, como a liberdade de consciência e culto e a garantia de escusa de consciência. Por outro lado, a Constituição possibilita o ensino confessional em escolas públicas e a atuação conjunta entre instituições públicas e organizações religiosas em matéria de interesse público.

Por outro lado, o grande desafio encontrado no modelo de Estado instituído pela Constituição de 1988 diz respeito ao respeito ao bem da razoabilidade prática, especificamente no que tange ao princípio da subsidiariedade. Como visto, este princípio limitador do Estado tem por propósito possibilitar um espaço de autonomia realizadora para cada pessoa – o que envolve a possibilidade de comunidades menores desenvolverem-se autonomamente.

Por isso, em que pese a razoabilidade prática esteja associada à legalidade e processualidade, também guarda íntima relação com a maior ou menor autonomia da pessoa. Nesse sentido, embora seja democrático, o Estado da Constituição de 1988 ainda reivindica muitas competências legislativas e político-administrativas a nível

federal, seja de modo exclusivo, seja compartilhando-as com os demais entes, porém restando a competência para as normas gerais⁶¹⁹.

Em tese, a Constituição de 1988 teria inaugurado um federalismo cooperativo, ampliando a participação dos demais entes federativos, especialmente ao incluir os municípios como parte da federação brasileira. No entanto, como a própria Teoria Constitucional já vem destacando ao criticar a real existência de tal federalismo cooperativo, é necessária uma reformulação no modelo federativo, ampliando os poderes dos níveis locais (municípios e estados).

Não se trata somente de uma questão de eficiência, como geralmente se argumenta, mas em observância do princípio da subsidiariedade. Ou seja, quanto mais descentralizado o Estado, mais próxima da pessoa estará o nível decisório e, conseqüentemente, mais adequado ao bem da razoabilidade prática.

Em outros termos, quando mais descentralizado o Estado, mais democrático. Longe de ser algo contrário ao modelo adotado em 1988, a descentralização de competências é um aprofundamento do Estado Democrático de Direito, dando força ao elemento democrático e, ao promover o bem da razoabilidade prática, acaba desenvolvendo o elemento substancial do Estado de Direito.

No mesmo sentido, é necessária uma leitura da Constituição que não torne o Estado um excessivo limitador da ação individual e, assim, um interventor na razoabilidade prática de cada cidadão. Portanto, é necessária uma leitura não paternalista da Constituição, em benefício do bem da razoabilidade prática e da dimensão democrática do nosso Estado de Direito.

A dimensão substancial também diz respeito à persecução do bem comum e, dessa forma, é afirmação, em um nível mais profundo, do princípio democrático. Afinal, somente se as decisões governamentais estiverem direcionadas ao bem comum será possível falar em democracia – ao invés de um mero “majoritarismo”. Se o governo da maioria não estiver preocupado com o bem da comunidade, com o “bem de todos”, nos termos da Constituição, então será um governo arbitrário – ainda que um governo com participação popular.

Segundo uma legitimação puramente formal do princípio democrático do Estado Democrático de Direito, a decisão tomada pela maioria dos representantes da maioria da comunidade (uma repetição necessária e intencional) é suficiente, *de per*

⁶¹⁹ Na Dogmática Constitucional há uma vasta classificação sobre os diversos tipos de competências federativas. Não estamos usando “exclusiva” e “compartilhada” no sentido classificatório da expressão.

si, para legitimá-la. Ou seja, independentemente da finalidade da ordem, ela estaria legitimada. Barzotto chama isto de “legitimação estatística”⁶²⁰. No entanto, tal fundamento apenas muda a quantidade de pessoas que poderá exercer o arbítrio, não sendo suficiente para justificar o Estado de Direito.

O bem comum somente pode ser adequadamente perseguido por meio de leis gerais (universais). Somente assim as decisões governamentais considerarão todos e não meramente alguns⁶²¹. Segundo o brocardo popular, “aos amigos, tudo; aos inimigos, a lei”. Ora, ainda que uma decisão desse tipo viesse de representantes democraticamente eleitos, isso não seria um Estado de Direito.

Nesse sentido, é importante observar que o bem afirmado na Constituição de 1988 é o “bem de todos”. Não se trata de um interesse público distinto do interesse dos membros da comunidade. Igualmente, não se trata do bem da maioria, apto a suplantar o bem de minorias ou de indivíduos isolados. Da mesma forma, não se trata de bem individual, apto a desconsiderar o bem dos demais membros da comunidade. O bem de cada um deve ser considerado para que o Estado de Direito seja plenamente realizado na realidade brasileira.

Nesse sentido, trata-se de uma tarefa a ser realizada por todos os poderes. Por um lado, o legislador deve criar leis gerais, isto é, leis que se voltem aos membros da comunidade em geral, sem privilegiar ou prejudicar indivíduos isolados. Não se nega com isso a denominada “igualdade material”. Por certo o legislador pode criar leis que identifiquem como fator distintivo critérios que alcançam apenas parte dos membros da comunidade. No entanto, esse fator deve ser racionalmente justificado à luz do bem comum.

Por outro lado, o administrador deve promover políticas públicas que considerem o bem geral, não o bem da maioria ou o bem de certos indivíduos. Criar políticas restritas é ser infiel ao bem da comunidade. Da mesma forma, ao julgar, magistrados devem preservar a igualdade pressuposta ao bem comum. Proferir decisões que não podem ser estendidas a todos os membros da comunidade é, em verdade, deixar de aplicar o direito.

Por tudo isso, é possível afirmar que, diferentemente da dimensão formal, a dimensão substancial do Estado Democrático de Direito ainda precisa avançar para promover adequadamente o florescimento humano. Embora o Estado tenha grandes

⁶²⁰ BARZOTTO, 2007, p. 236.

⁶²¹ BARZOTTO, 2007, p. 229.

responsabilidades de proteção e promoção de bens humanos, as restrições à autonomia individual prejudicam o florescimento humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz de todo o exposto, tendo sido apresentada a Nova Teoria da Lei Natural e sua teorização acerca do Estado de Direito, pretendeu-se identificar a relevância prática destes conceitos, avaliando sua capacidade de fundamentar e criticar os modelos concretos existentes, especificamente, o Estado Democrático de Direito da Constituição do Brasil (1988). Assim, a hipótese de pesquisa inicialmente apresentada pode se mostrar verdadeira ou ser afastada, caso em que a Nova Teoria da Lei Natural poderá ser considerada inviável à avaliação do caso brasileiro.

Como visto, a partir da Nova Teoria da Lei Natural rejeita-se uma concepção puramente formalista do Estado de Direito, pois uma concepção de tal tipo seria inútil ou acabaria tornando-se uma teoria substancial deflacionada. Uma vez que o Estado, seja de qual tipo for, sempre produz o direito, uma concepção segundo a qual o Estado de Direito é aquele submetido ao direito não significa muito. Afinal, o Estado sempre poderá mudar o direito para aquilo que lhe seja mais conveniente. O conceito perderia sua utilidade de separar um Estado justo e limitado de um Estado arbitrário e abusivo.

Por outro lado, se for estipulado um padrão para que o direito (ao qual este Estado está vinculado) seja considerado caracterizador de um Estado de Direito, então haverá uma teoria substantiva – ainda que fraca (*soft*). Em tal caso, a questão diz respeito à fundamentação dos requisitos a esse modelo de Estado. No entanto, para que se possa falar em um Estado de Direito, é necessário mais do que apenas caracterizar o direito positivo.

De fato, o conceito de Estado de Direito requer, de início, a existência de um direito racionalmente justificado. Nesse sentido, é necessário um direito positivo em acordo com as exigências formais e substanciais da lei natural. Somente assim haverá um guia objetivo para a ação humana e uma fundamentação legítima à ação das autoridades governamentais – inclusive para fundamentar seus limites.

No entanto, é igualmente indispensável que haja uma estrutura que dê forma à vinculação jurídico-política do governo. Em outros termos, é necessário um conjunto de instituições limitadas em seu poder e juridicamente competentes para impedir o abuso por parte dos particulares ou por parte de outras instituições públicas. Sem tal estrutura, o direito torna-se ineficaz e o conceito de Estado de Direito, irrealizável.

Por sua vez, tal estrutura somente pode surgir e permanecer caso exista um compromisso entre os membros da comunidade política de submeterem-se ao direito

e, igualmente, de supervisionarem uns aos outros nesta subordinação. Uma vez que as autoridades públicas são membros da comunidade, devem igualmente participar deste compromisso⁶²².

Ademais, o Estado de Direito não existe sem qualquer razão, sem propósito. Este conceito existe com a finalidade de promover o florescimento humano ao assegurar o bem comum e, assim, os bens humanos básicos. Trata-se do propósito do Estado. É a adesão a essa finalidade que justifica os limites do Estado. Nesse sentido, uma vez que essa finalidade não é criada pelo Estado, ele não pode selecionar os bens a serem promovidos, devendo exercer seu poder de modo instrumental, possibilitando a realização de diversos planos racionais de vida.

Por isso, a concepção da Nova Teoria da Lei Natural sobre o Estado de Direito é compatível com uma sociedade pluralista. Não *apesar de ser* uma concepção substancial de Estado, mas exatamente *por ser* uma concepção substancial. A vinculação finalística do Estado requer a promoção do florescimento humano, o que exige respeito aos diversos planos racionais de vida. Assim, podemos ver que se trata de uma visão substancial acerca do Estado baseada na defesa de um poder estatal instrumental, visão na qual o Estado não escolhe os bens a serem promovidos.

Uma visão substancial desse tipo é radicalmente oposta a visões substanciais coletivistas, nas quais o bem promovido é escolhido pelo Estado e, por consequência, outros bens humanos não são protegidos e promovidos. Como pontuado ao longo da pesquisa, Estados sociais podem tornar-se arbitrários ao direcionarem-se apenas à promoção de certos bens, aniquilando a autonomia pessoal, ou seja, inviabilizando o bem da razoabilidade prática. Por outro lado, Estados puramente liberais podem inviabilizar a realização da autonomia pessoal ao não buscarem promover bens indispensáveis a todos.

Destarte, a Nova Teoria da Lei Natural propõe uma concepção de Estado de Direito valiosa para a análise do Estado Democrático de Direito instalado no Brasil com a Constituição de 1988. Primeiramente, pois a democracia brasileira de 1988

⁶²² Oscar Vilhena Vieira está certo ao afirmar que “o primeiro desafio que aqui se coloca [ao buscar definir o Estado de Direito] é buscar compreender quais condições ou mecanismos incentivam a obediência ao Estado de Direito”. Cf. VIEIRA, op. cit., p. 7. Não obstante, uma análise das condições para que ocorra e se mantenha tal compromisso tem caráter predominantemente metajurídico, ultrapassando os limites da presente pesquisa. Ao longo da presente pesquisa, foram analisados os elementos jurídico-políticos do Estado de Direito, seja nas teorias discutidas, seja na Constituição de 1988. Uma análise sobre o compromisso requer uma investigação da Sociologia e da Ciência Política, análises que vão além das discussões da Nova Teoria da Lei Natural.

pressupõe a noção de comunidade⁶²³, não apenas a noção de indivíduos. Sendo assim, não pode ser encarada por um ponto de vista individualista, que considera o bem-estar individual como único fundamento do Estado Democrático de Direito. Portanto, é fundamental reaver a noção de bem comum para o bom funcionamento do Estado. Como bem observa Simon, um modelo de autoridade – neste caso, um modelo de Estado de Direito – baseado apenas em bem-estar individual não é capaz de responder adequadamente às reivindicações da autoridade⁶²⁴.

Da mesma forma que o conceito de Estado de Direito a partir da Lei Natural pressupõe, o conceito de Estado Democrático de Direito encampado pela Constituição de 1988 igualmente pressupõe uma determinada concepção de direito⁶²⁵. Em ambos, é fundamental observar que o direito não se resume a um aspecto formal e, semelhantemente, o exercício da autoridade política não está relacionado tão somente a um elemento procedimental.

Como visto, a Nova Teoria da Lei Natural sustenta que, de fato, não há Estado de Direito sem a formalidade da lei e do processo. A Constituição de 1988 caminha no mesmo sentido, assegurando a formalidade da lei e do processo, instituindo mecanismo rígidos para criação de novas normas jurídicas e assegurando robustas garantias do devido processo legal. Sendo a Constituição protegida por um amplo sistema de controle de constitucionalidade.

No entanto, embora estes sejam requisitos necessários à adequada caracterização do Estado de Direito, não são elementos suficientes. Portanto, é fundamental que a Constituição estipule, como de fato o faz, um elemento material para o Estado de Direito. Seja quando estipula os direitos fundamentais, seja quando vincula a atuação do Estado por meio do direcionamento da ação das autoridades governamentais em função de uma série de objetivos.

É fundamental observarmos, ainda, como a noção de Estado de Direito tem implicações práticas sobre o exercício das funções estatais. Nessa perspectiva, a separação entre decisões políticas e decisões jurídicas requer um Poder Legislativo e um Poder Judiciário distintos e independentes. Ainda que possa ser uma distinção de grau e não de natureza, como já observado, a ausência de distinção afeta uma adequada relação entre Legislativo e Judiciário. Segundo Grote, o avanço da *Rule of*

⁶²³ BARZOTTO, 2005.

⁶²⁴ SIMON, 1962.

⁶²⁵ BARZOTTO, 2005.

Law nos Estados Unidos foi caracterizado, entre outras coisas, por uma distinção entre essas funções⁶²⁶.

Nessa perspectiva, o Estado de Direito no Brasil enfrenta o desafio da *práxis* judicial, quando esta afasta-se do elemento de império de direito a partir do recurso a conceitos abertos, reduzindo significativamente a vinculação judicial. Embora seja fundamental a preservação da autoridade da lei, não há como se falar em um Estado de Direito sem adequada vinculação objetiva daqueles que exercem a autoridade política. Dessa forma, quando o juiz substitui os critérios objetivos de julgamento dados pela lei, ainda que recorrendo à dimensão material do Estado de Direito, precisa justificar racionalmente a decisão, sob pena de violar a razoabilidade prática exigida pelo Estado de Direito.

Nesse sentido, parece estar na dimensão de processualidade um dos grandes desafios à plena realização do Estado Democrático de Direito brasileiro. A plena realização do bem da razoabilidade prática ainda encontra desafios no plano da vinculação judicial. Além disso, tal vinculação é decisiva à realização concreta da distinção entre Legislativo e Judiciário.

De fato, o modelo brasileiro do Estado Democrático de Direito possui semelhanças aos modelos alemão, francês e anglo-americano, mas também possui distinções fundamentais. Especificamente, quanto à atuação judicial, vale ressaltar as peculiaridades do sistema jurídico brasileiro para o sistema anglo-americano, que é o contexto de boa parte dos teóricos usados como referência na Teoria do Direito no Brasil. Nesse sentido, na *common law* boa parte dos poderes judiciais está atrelado à possibilidade de legiferação judicial, diferentemente do que ocorre no sistema da *civil law* adotado no Brasil. Mas, mesmo assim, as funções não se confundem – especialmente em um cenário em que o Legislativo foi democraticamente formado. E, igualmente importante, é o dever de coerência requerido entre as decisões judiciais na *common law*.

No mesmo sentido, a lei tem a importante função de conservar um conjunto de práticas comuns – no caso brasileiro, democraticamente estipuladas – que sirvam de parâmetro para cidadãos e autoridades. Sobre o dever das autoridades judiciais, poderia ser indagado a razão para impedir que a autoridade (especialmente a judicial) atue contra essas práticas sociais comuns (que conservam o pluralismo das visões

⁶²⁶ GROTE, op. cit., p. 137.

de mundo existentes na sociedade brasileira). No entanto, esta pergunta apresenta um falso dilema. A pergunta deveria ser: qual a justificativa legítima para a autoridade agir contrariamente ao pluralismo existente? Como visto, o pluralismo é um fato. Assim, a necessidade de fundamentos não é pela sua manutenção, e sim pela sua eventual supressão.

A questão, portanto, é se uma autoridade legítima tem a prerrogativa de, substituindo as regras existentes, tomar decisões que provoquem a cisão nesse pluralismo ao adotar uma visão específica de mundo. Como visto, a Constituição de 1988 recebe deste pluralismo de concepções e busca harmonizá-las. Cabe, conseqüentemente, às autoridades, preservar tal harmonia. Especialmente a autoridade judicial.

Nessa perspectiva, semelhante ao *Rechtsstaat*⁶²⁷, o Estado Democrático de Direito da Constituição de 1988 relaciona corretamente a democracia ao Estado de Direito. Afinal, a democracia pressupõe uma noção de povo. Por sua vez, o conceito de povo pressupõe relativa igualdade jurídica entre os membros da comunidade, fazendo com que todos estejam igualmente subordinados ao direito. Ou seja, o Estado de Direito caminha ao lado da democracia não apenas no sentido de uma formulação de normas jurídicas a partir de uma maioria legislativa, mas também na pressuposição de uma igualdade de subordinação ao direito.

Uma autoridade democrática realmente pode errar, é verdade. No entanto, como Raz corretamente sustenta, não faria sentido uma autoridade poder ter suas diretrizes permanentemente questionadas se ela foi considerada como a fonte confiável para o balanço de razões⁶²⁸. Nesse caso, o errar não consiste em violar a Constituição, e sim em ponderar as razões constitucionais de um modo diferente daquele desejado pelo subordinado (cidadão ou servidor). No caso, a autoridade legislativa somente terá sua autoridade preservada caso seu balanço de razões seja respeitado – inclusive e especialmente pelas autoridades judiciais.

Por outro lado, esse balanço de razões não pode ser considerado de modo absoluto. Em sua dimensão substancial, é primário observarmos que a Nova Teoria da Lei Natural sustenta, diferentemente de versões concorrentes, que existem bens anteriores ao Estado e que, conseqüentemente, não são bens criados a partir da realidade histórica daquela comunidade. Assim, uma vez que não são cultural ou

⁶²⁷ BARBER, 2003.

⁶²⁸ RAZ, 1986, p. 61.

historicamente criados, não pode o Estado, ou qualquer de suas autoridades, derogá-los, isto é, negar protegê-los ou promovê-los.

Embora Raz admita a possibilidade de desafiar a autoridade, não se volta significativamente a esse ponto. Um balanço de razões que prejudique diretamente um bem humano básico – e não se mostre racionalmente justificado em outros bens humanos – deve ser considerado como um enunciado passível de desafio. Trata-se de uma violação da dimensão substancial do Estado de Direito. No caso, seria a situação de uma decisão autoritativa que violasse os bens assegurados na Constituição de 1988.

A resposta formalmente estabelecida para tais casos na Constituição de 1988 é o recurso ao Judiciário, sendo possível o controle de constitucionalidade de tais atos por magistrados independentes e imparciais. No entanto, quando falamos em violação não estamos pensando exclusivamente no Legislativo. Assim, é necessário considerar os mecanismos de proteção em face de atos judiciais.

Por isso, a respeito da vinculação da autoridade judicial, é necessário reforçar os mecanismos de controle sobre a legalidade e constitucionalidade das decisões judiciais proferidas – especialmente pelos tribunais superiores. Ao tratar da infidelidade, ou seja, da quebra do *ethos* do Estado de Direito, Postema indica exatamente o exemplo de um juiz que abusa de suas prerrogativas ao sentenciar⁶²⁹.

Um compromisso sério com o Estado de Direito implica um compromisso de ser fiscalizado e de fiscalizar. Ora, fiscalizar envolve prestar contas e definir responsabilidades em caso de violações. Nesse sentido, uma compreensão de que magistrados não podem ser fiscalizados por suas decisões e de que, dessa forma, estariam livres de prestar contas e de eventual responsabilização (ou seja, dotados de imunidades, livres de *accountability*) é incompatível com o Estado de Direito.

O valor da independência judicial compõe a dimensão processual do Estado de Direito, mas não pode negar o valor do controle sobre todos aqueles que exercem o poder dentro da comunidade política. Magistrados também podem errar e, como agentes encarregados pelo poder, devem prestar contas à comunidade. Como destaca Postema, em Estados de Direito robustos podem ocorrer violações de direitos; no entanto, tais violações são avaliadas, os responsáveis são chamados a

⁶²⁹ POSTEMA, 2014, p. 8.

prestar contas (*held accountable*) e, dessa forma, o equilíbrio do Estado de Direito é restaurado⁶³⁰.

Por fim, é importante observar que talvez seja o momento de atualizar (e adequar) a expressão “Estado de Direito” para “Autoridade do Direito” ou retomar a expressão tradicional “Império do Direito”. Afinal, como observa Barber, o Império do Direito é um atributo da ordem jurídica e não exclusivamente do Estado⁶³¹. Portanto, uma vez que os Estados estão cada vez mais integrados no plano internacional, tais imposições e limitações também passam a ser aplicadas à esfera supranacional.

Nesse sentido, as exigências do império do direito caracterizam as ordens jurídicas, não somente as ordens estatais. Por isso, quando as relações internacionais também passam a ser caracterizadas por constituírem ordens jurídicas, como o Direito Europeu ou o Direito Internacional dos Direitos Humanos (especialmente nos sistemas regionais, que possuem significativo grau de vinculação sobre os membros), então as exigências de uma ordem sujeita ao Direito parecem ser impositivas.

Dessa forma, as exigências do Estado Democrático de Direito sobre o Brasil estendem-se além de suas relações internas e abarcam suas relações internacionais – é o que se vê, por exemplo, nas previsões do artigo 4º da Constituição. Embora a Constituição Brasileira não se imponha sobre outros países, os critérios ali definidos dependem da cooperação dos demais países. Portanto, são critérios para o Brasil, mas que pressupõem uma específica ordem da comunidade internacional.

Embora essa ordem possa ser vista a partir de um paradigma legalista, a partir da conformidade dos Estados a um conjunto de normas que regule as relações internacionais, as quais poderia assegurar previsibilidade e certeza, a questão permanece sendo o conteúdo que tais relações internacionais devem observar. Isto é, a finalidade, os propósitos que a comunidade internacional deve perseguir. Ou seja, o império do direito continua sendo uma questão predominantemente substancial.

No caso da Constituição Brasileira, a preocupação com a ordem internacional é eminentemente substancial. Espera-se que o Brasil atue de modo a instalar e promover uma ordem jurídica internacional que observe o Império do Direito consagrado por meio dos princípios constitucionalmente elencados.

A questão que pode restar ao final desta pesquisa é se esta não é mais uma (entre outras) concepção política para o Estado. Se assim o for, então a pergunta

⁶³⁰ POSTEMA, 2014, p. 18.

⁶³¹ BARBER, 2003, p. 452.

seguinte deve ser sobre as vantagens desta concepção sobre as demais. De fato, esta é uma concepção política à medida em que diz respeito à comunidade política e sua ordenação. No entanto, esta parece ser a melhor concepção não apenas de um ponto de vista teórico, como também a melhor interpretação sobre o Estado de Direito na Constituição de 1988.

Como visto, a Nova Teoria da Lei Natural não propõe um desenho institucional específico ou uma lista fechada de direitos fundamentais para o Estado de Direito. No entanto, oferece critérios que, apesar de abrangentes, oferecem uma direção adequada o suficiente para que cada caso concreto de Estado possa ser avaliado, criticado e, conseqüentemente, aperfeiçoado. Por isso, pudemos constatar os aspectos realizados e os aspectos por realizar na avaliação do Estado de Direito brasileiro.

Nesse sentido, por um lado, do ponto de vista teórico, longe de ser um caso periférico, o Estado Democrático de Direito brasileiro apresenta-se como um caso particular significativamente próximo do significado focal deste conceito. Não obstante, o Estado de Direito requer muito mais do que previsões formais para ser implementado. Depende do cultivo de uma série de virtudes dentro da comunidade política. Por isso, por outro lado, do ponto de vista empírico, ainda existe uma razoável jornada até a plena realização deste conceito.

De fato, há uma distinção significativa entre como a autoridade atua de fato e como se fundamenta no plano ideal. No entanto, sua justificação se dá a partir de um funcionamento ideal e é a partir deste funcionamento ideal que sua performance é avaliada⁶³². Por isso, o Estado Democrático de Direito pode ser avaliado a partir do funcionamento ideal do Estado de Direito brasileiro. Obviamente eventuais contingências históricas podem afetar tal funcionamento. No entanto, o propósito desta pesquisa não é histórico, de forma que não pretendeu avançar sobre transformações ou condições histórico-culturais no Brasil.

Diversos outros temas poderiam ser desenvolvidos a partir desta pesquisa. Por exemplo, o modo como o compromisso com o Estado de Direito pode autorizar (ou não) a desobediência civil. Uma proposta mais concreta, que ultrapassou os limites desta pesquisa, diz respeito às propostas de reformas constitucionais que poderiam ser adotadas no Brasil para melhorar a *accountability* sobre as autoridades governamentais ou para melhor realizar o princípio da subsidiariedade.

⁶³² RAZ, 1986, p. 47.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução de Aachen Assis Mendonça. 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/informationmaterial/55/64/anr80208000>. Acesso em: 13/01/2023.

ALMEIDA, Maria Aparecida de Andrade; FUNARI, Pedro Paulo. Exegese Bíblica: vantagens, desvantagens, limites e contribuições na interpretação moderna da Bíblia. **Revista Caminhos - Revista de Ciências da Religião**, Goiânia, Vol. 14, Num. 1, pp. 45-57, janeiro/junho 2016.

AQUINO, Tomás de. **Suma contra os gentios**. Vol. I-II. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1990.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. v. 4. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2003.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: EDIPRO, 2014.

ARISTÓTELES. **Política**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

ARISTÓTELES. **Politics**. Cambridge: Harvard University Press, 1932.

ARONEY, Nicholas. The Federal Condition: Towards a Normative Theory. **The American Journal of Jurisprudence**, Notre Dame, vol. 61, n. 1, pp. 13-31, junho/2016

BARBER, N. W. The Rechtsstaat and the Rule of Law. **The University of Toronto Law Journal**, Toronto, Vol. 53, N. 4, pp. 443-454, 2003.

BARBER, N. W.; EKINS, Richard. Situating subsidiarity. **The American Journal of Jurisprudence**, Notre Dame, vol. 61, n. 1, pp. 5-12, junho/2016.

BARBOSA, Rui. *Novum Crimen*: o crime de hermenêutica. In: BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**: Volume XXIII, Tomo III. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1976, pp. 227-286.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

BARZOTTO, Luis Fernando. Razão de lei: contribuição a uma teoria do princípio da legalidade. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, pp. 219-260, jul-dez/2007.

BEANEY, Michael. What is Analytic Philosophy? In: BEANEY, Michael (Ed.). **Oxford Handbook of the History of Analytic Philosophy**. Oxford: Oxford University press, 2013, pp. 3-29.

BESSION, Samantha. Subsidiarity in International Human Rights Law – What is Subsidiary about Human Rights? **The American Journal of Jurisprudence**, Notre Dame, vol. 61, n. 1, pp. 69-107, junho/2016.

BODIN, Jean. **Os Seis Livros sobre a República: Livro Primeiro**. São Paulo: Ícone, 2011.

CAHILL, Maria. Sovereignty, Liberalism, and the Intelligibility of Attraction to Subsidiarity. **The American Journal of Jurisprudence**, Notre Dame, vol. 61, n. 1, pp. 109-132. junho/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAROZZA, Paolo. G. The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions. **The American Journal of Jurisprudence**, Notre Dame, vol. 61, n. 1, pp. 51-67, junho/2016.

CHARTIER, Gary. **Anarchy and Legal Order**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

CHARTIER, Gary. In Defence of the Anarchist. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 29, n. 1, pp. 115–138, 2008.

CÍCERO, Marco Túlio. **Das Leis**. São Paulo: Cultrix, 1967.

CORREAS, Carlos I. Massini. La concepción normativa del gobierno del Derecho: nuevas objeciones al *rule of law* y una respuesta desde las ideas de John Finnis. **Persona y Derecho**, Logroño, vol. 73, pp. 203-230, 2015.

COSTA, Dyego de Carvalho. **Dilema do Prisioneiro: Efeito das consequências individuais e culturais**. Brasília. 51 p. Dissertação (Mestrado em Ciências do Comportamento). Universidade de Brasília, 2009.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Ed.). **The Rule of Law: history, theory, and criticism**. Dordrecht: Springer, 2007.

CROWE, Jonathan. Natural Law Theories. **Philosophy Compass**, Hoboken, vol. 11, n. 2, pp. 91-101, 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DÍAZ, Elías. Estado de derecho. In: DÍAZ, Elías; RUIZ MIGUEL, Afonso (Ed.). **Filosofía Política II: Teoría del Estado**. Madri: Editorial Trotta, 2004, pp. 63-82.

DÍAZ, Elías. Teoría general del Estado de derecho. **Revista de Estudios Políticos**, n. 131, 1963.

DOOYEWEERD, Herman. **Raízes da cultura ocidental**. São Paulo: Cultura Cristã, 2015.

DUKE, George. Finnis on the Authority of Law and the Common Good. **Legal Theory**, Cambridge, vol. 19, pp. 44-62, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

EGOUMENIDES, Magda. **Philosophical Anarchism and Political Obligation**. Nova York: Bloomsbury, 2014.

ESPANHA. **Constituição Espanhola**. 1978. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 13/01/2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Walker v. City of Birmingham, 388 U.S. 307**. 1967. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/307/>. Acesso em: 12/01/2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação do Direito**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FINNIS, John. **Aquinas**: moral, political, and legal theory. Oxford: Oxford University Press, 1998.

FINNIS, John. **Human Rights and Common Good**: Collected Essays. Vol. III. Oxford: Oxford University Press, 2011c.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011a.

FINNIS, John. **Philosophy of Law**: Collected Essays. Vol. IV. Oxford: Oxford University Press, 2011b.

FRANÇA. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**. 1789. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>. Acesso em: 30/12/2022.

GANS, Chaim. **Philosophical Anarchism and Political Disobedience**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

GEORGE, Robert P. **Making Men Moral**: Civil Liberties and Public Morality. Oxford: Clarendon Press, 1993.

GEORGE, Robert P. Natural law, the Constitution and the theory and practice of Judicial Review. **Fordham Law Review**, New York, v. 69, n. 6, pp. 2269-2283, 2001.

GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright. Introdução. In: WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, pp. 15-96.

GETTLER, Lee T.; MCDADE, Thomas W.; FERANIL, Alan B.; et al. Longitudinal evidence that fatherhood decreases testosterone in human males. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, Washington D.C., v. 108, n. 39, p. 16194–16199, 2011. Disponível em: <https://pnas.org/doi/full/10.1073/pnas.1105403108>. Acesso em: 3 dez. 2023.

GLOCK, Hans-Johann. **What is Analytic Philosophy?** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

GREEN, Leslie. The Nature of Limited Government. In: GEORGE, Robert P.; KEOWN, J. (eds.). **Reason, Morality, and Law: The Philosophy of John Finnis**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 186-203.

GRISEZ, Germain; SHAW, Russel. The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae, 1-2, Question 94, Article 2. **Natural Law Forum**, Notre Dame, p. 168-201, 1965.

GROTE, Rainer. *Rule of Law, Rechtsstaat, y Etat de Droit*. **Pensamiento Constitucional**, Lima, ano VIII, n. 8, pp. 127-176, 2002.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HAYEK, Friedrich A. **The road to serfdom**. Londres: Routledge, 2001.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HOBBS, Thomas. **De Cive**: elementos filosóficos a respeito do cidadão. Petrópolis: Vozes, 1993.

HOBBS, Thomas. **Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civill**. Londres: Andrew Crooke, 1651.

HOHFELD, Wesley. **Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning**. New Haven: Yale University Press, 1919.

HOPPE, Hans-Hermann. **Uma teoria do socialismo e do capitalismo**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2013.

HORTA, José Luiz Borges. **Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito**: uma investigação tridimensional do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado

Democrático na perspectiva dos direitos fundamentais. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2002.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

INGLATERRA. Dr. Bonham's Case. 1610. In: SHEPPARD, Steve. **The selected writings and speeches of Sir Edward Coke**. Vol. I. Indianapolis: Liberty Fund, 2003, pp. 264-283.

INGLATERRA. Prohibitions del Roy. 1607. In: SHEPPARD, Steve. **The selected writings and speeches of Sir Edward Coke**. Vol. I. Indianapolis: Liberty Fund, 2003, pp. 479-481.

KELSEN, Hans. **Pure Theory of Law**. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1967.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAGO, Pablo Antonio. Casamento entre pessoas de mesmo sexo: uma defesa a partir dos fundamentos do Direito Natural. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 1044-1066, jan. 2019.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, Davis, v. 47, n. 1, pp. 189-260, 2013.

LAYTON, Robert. **Order and Anarchy: civil society, social disorder and war**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LIMA, Newton de Oliveira. **O conceito de Estado e a fundamentação do Estado de Direito em Kant e Kelsen**. Recife. 232 p. Tese (Doutorado em Filosofia). Universidade Federal de Pernambuco, 2015.

MACINTYRE, Alasdair. **After Virtue: a Study in Moral Theory**. 3. ed. Notre Dame: Notre Dame University, Press, 2007.

MALBERG, Raymond Carré de. **Contribution à la Théorie générale de l'État**. Vol. I. Paris: Éditions du CNRS, 1920.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINICH, A. P.; SOSA, David. **A companion to Analytic Philosophy**. Malden: Blackwell Publishers, 2001, pp. 1-5.

MELO, Marcus André. Institutional design, normative political theory and accountability. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. especial, pp. 195-206, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. New Heaven e Londres: Yale University Press, 2003.

MORAES, Lúcio Flávio Renault de; MAESTRO FILHO, Antonio Del; DIAS, Devanir Vieira. O paradigma weberiano da ação social: um ensaio sobre a compreensão do sentido, a criação de tipos ideais e suas aplicações na teoria organizacional. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 57-71, junho/2003.

MPORA, Pastor. **Integral human fulfilment as the natural foundation of the family in the light of John Finnis' thought**. Roma. 262 p. Tese (Doutorado em Filosofia). Pontificia Universitas Urbaniana, 2001.

MURPHY, Mark. Philosophical Anarchisms, Moral and Epistemological. **The Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, London, v. 20, n. 1, pp. 95–111, 2007.

MURPHY, Mark. The Common Good. **Review of Metaphysics**, Washington D.C., vol. 59, pp. 133-164, 2005.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho; PINHEIRO, Victor Sales. A crítica de Finnis ao positivismo metodológico: por que toda descrição é avaliativa? In: PINHEIRO, Victor Sales (ed.). **A Filosofia do Direito Natural de John Finnis**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 11-43.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

NIPPEL, Wilfried. Max Weber e as ciências especializadas: o exemplo da história econômica da Antiguidade. **Tempo social**, São Paulo, v. 24, n.1, pp. 147-158, 2012.

NOLTE, Georg. Sovereignty as Responsibility? **Proceedings of the Annual Meeting** (American Society of International Law), Washington D.C., vol. 99, pp. 389–92, 2005.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

OLIVEIRA, Relivaldo Pinho de. Antropologia e filosofia: estética e experiência em Clifford Geertz e Walter Benjamin. **Horizontes antropológicos**, Porto Alegre, v. 18, n. 37, p. 209-234, junho/2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969.

PEREIRA, Dienny Riker. **Razão prática e o bem humano básico do casamento: lei natural, bem comum e direito**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Pará. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, 2018.

PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. A fundamentação ética dos direitos humanos em John Finnis. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Unijuí, ano 4, n. 7, p. 65-83, jan./jun. 2016.

PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability*: já podemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 43, n. 6, pp. 1343-1368, nov./dez. 2009.

PINTO, Júlio Roberto de Souza. Processo legislativo no Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 166, pp. 193-203, abr./jun. 2005.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 1976. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>. Acesso em: 13/01/2023.

PORTUGAL. **Lei Constitucional n.º 1/89**. 1989. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei-constitucional/1-1989-496551>. Acesso em: 13/01/2023.

POSTEMA, Gerald J. Trust, Distrust, and the Rule of Law. in: Miller, Paul B.; Harding, Matthew (ed.). **Fiduciaries and Trust: Ethics, Politics, Economics and Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

POSTEMA, Gerald. Coordination and Convention at the Foundations of Law. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 11, n. 1, pp. 165-203, janeiro/1982.

PRADOS, Alfredo Cruz. **Ethos y polis**: bases para una reconstrucción de la filosofía política. 2. ed. Pamplona: EUNSA, 2006.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: The Belknap Press, 1971.

RAZ, Joseph. **A moralidade da liberdade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998.

RICHARDSON, Henry S. Incommensurability and basic goods: a tension in the new natural law theory. In: ODERBERG, David S.; CHAPPELL; Timothy (Ed.). **Human Values**: New Essays on Ethics and Natural Law. New York: Palgrave Macmillan, 2004, pp. 70-101.

ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Barueri: Manoel, 2005.

RODRIGUES, José Carlos. **Tabu da morte**. 2. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ.

ROHLING, Marcos. Pluralismo e direitos: a necessidade da ordem jurídica para o bem comum em Finnis. **Sapere Aude**, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, pp. 299-319, 2015.

ROSENFELD, Michel. Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts. **International Journal of Constitutional Law**, Nova York, v. 2, n. 4, 2004, pp. 633-668.

ROTHBARD, Murray. **A ética da Liberdade**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

SARTRE, Jean-Paul. **O Existencialismo é um humanismo**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 85, n. 2, pp. 545-583, 2018.

SELL, Carlos Eduardo. A Liderança Carismática: sobre o caráter político do populismo. **Revista TOMO**, Aracaju, n. 23, pp. 13-44, dez. 2013.

SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia clássica: Marx, Durkheim e Weber**. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

SILVA, José Afonso da. Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, jul./set. 1988.

SIMMONS, John A. **Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

SIMON, Yves R. **A General Theory of Authority**. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1962.

SIMON, Yves R. **Philosophy of Democratic Government**. Chicago: University of Chicago Press, 1951.

SÓFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 1999.

SOUZA, Elden Borges. **A Fundamentação ética dos direitos humanos em Tomás de Aquino: pessoa humana, bem comum e lei natural**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Pará, Belém, 2017.

SOUZA, Elden Borges. **Filosofia dos Direitos Humanos: uma concepção a partir da lei natural em Tomás de Aquino**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

UPHOFF, Norman. Distinguishing Power, Authority & Legitimacy: Taking Max Weber at His Word by Using Resources-Exchange Analysis. **Polity**, Chicago, Vol. 22, No. 2, pp. 295-322, inverno/1989.

VALLEJO, Iván Garzón. Bien común, pluralismo y derechos. In: ETCHEVERRY, Juan B. (ed.) **Ley, moral y razón**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. pp. 141-160.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Estado de Direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP: Teoria Geral e Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/78/edicao-1/estado-de-direito>. Acesso em: 27/01/23.

WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The rule of law and the importance of procedure. **Nomos**, New York, Vol. 50, p. 3-31, 2011.

WALDRON, Jeremy. **The rule of law and the measure of property**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

WEBER, Max. **Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1964.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WEINBERGER, Lael. D. The Relationship Between Sphere Sovereignty and Subsidiarity. In: EVANS, M.; ZIMMERMANN, A. (Ed.). **Global perspectives on subsidiarity**. Heidelberg: Springer, 2014, pp. 49-63.

ZIMMERMANN, Augusto. Waiting for the Rule of Law in Brazil: A Meta-legal Analysis of the Insufficient Realization of the Rule of Law in Brazil. In: SILKENAT, James R.; HICKEY JR., James E.; BARENBOIM, Peter D. (ed.). **The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat)**. Berlim: Springer, 2014, pp. 331-347.