

A pretensa generalidade da teoria do direito e a sua aplicação aos direitos fundamentais

The alleged generality of the theory of law and its application to fundamental rights

Daniel Moura Borges¹

Resumo: É grande a discussão sobre a existência de uma teoria geral do direito. Muitos doutrinadores renomados debatem a questão sem encontrar um posicionamento majoritário sobre o tema. Frente aos questionamentos trazidos por alguns desses autores, buscamos neste trabalho tentar destacar os argumentos que entendemos serem mais relevantes para definir um posicionamento próprio sobre tão controversa matéria. Para tanto, alguns temas relevantes do direito serão estudados comparativamente em busca de esclarecimentos. Dentre eles, destacamos a posição dos direitos fundamentais nesse contexto, bem como a secular divergência entre jusnaturalismo e juspositivismo, demonstrando de que forma tal divergência se reflete no direito; a aparente contradição entre a eleição da natureza do direito e dos conceitos jurídicos como fundamento para a teoria do direito; além de comparar os resultados provenientes dessas análises, identificando se algum deles pode fundamentar a existência de uma teoria geral do direito, sobretudo que tivesse aplicabilidade sobre os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Teoria do Direito; Teoria Geral do Direito; Direitos Fundamentais; Conceitos Jurídicos; Natureza do Direito.

Abstract: There is a great discussion about the existence of a general theory of law. Many renowned scholars debate the issue without finding a majority position on the topic. The questions brought by some of these authors, we try, in this paper, to highlight the arguments that we believe that are the most relevant to define my own position on such a controversial matter. To do it so, some relevant issues of law will be studied comparatively for additional information. Among them, we highlight the secular divergence between natural and positive law, and how this divergence reflects at law; the apparent contradiction between the election of the nature of law and legal concepts as a foundation for the theory of law; after that, we compare the results from these analyzing, and see if any of them can substantiate the existence of a general theory of law.

Keywords: Theory of Law; General Theory of Law; Natural law; Positive Law; Legal concepts; Nature of Law.

Sumário: Introdução; 1 A Teoria do Direito e as Correntes Jusnaturalista e Juspositivista; 1.1 Correntes Teóricas como Fundamento para a Teoria Geral do Direito; 1.2 Os Conceitos Jurídicos e a Natureza do Direito como Fundamentos para a teoria geral do direito; 2 A pretensa generalidade da teoria do direito; 2.1 A influência dos aspectos sociológicos para a criação de uma suposta teoria geral do direito; 2.2 A influência geopolítica e a teoria do direito; 3 A aplicação dos fundamentos de uma teoria geral do direito aos direitos fundamentais de um ordenamento jurídico interno; 3.1 Os direitos fundamentais internacionais e sua relação com os ordenamentos jurídicos internos; 3.2 O método do retrocesso hierárquico-temporal; 4 Direito Comparado; Conclusão.

¹ Advogado. Especialista em Direito do Estado pela Escola de Magistrados da Bahia - EMAB. Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade Federal da Bahia/UFBA. Salvador/BA – Brasil. Email: danielborgesjus@gmail.com.

Introdução

Muitos autores internacionalmente reconhecidos como, por exemplo, Karl Larenz, discutem, ainda hoje, sobre a existência de uma Teoria Geral do Direito. Muito tem sido escrito, e não constatamos, ainda, um posicionamento doutrinário dominante sobre a matéria. Tradicionalmente, sempre falamos em uma Teoria Geral do Direito, mas, diante de novos questionamentos trazidos, chegou-se a discutir não apenas os contornos dessa teoria geral, mas, como dito, sobre sua própria existência.

Esse tipo de discussão, além de seu evidente conteúdo jurídico, acaba abarcando um conteúdo histórico e político. Sobretudo com a expansão imperialista do século XIX, houve uma elevação do pensamento e da cultura europeias a condição de superiores as demais nações, muitas vezes consideradas como não-civilizadas, tendo, inclusive, essa condição sido prescrita em tratados internacionais, a exemplo do estatuto da Corte Internacional de Justiça, que, em seu artigo 38, faz uma menção direta às “nações civilizadas”.

Superado esse momento histórico, notadamente através da independência das ex-colônias europeias nas Américas (LAGO, 2003, p.15), os países em recém-libertos passaram a reivindicar o respeito a sua cultura e tradição próprias, o que abarca, por certo, o Direito, notadamente os seus direitos fundamentais, a exemplo da autodeterminação. Frente a esta nova realidade, cabe nos perguntar se a defesa de uma teoria geral do direito, além dos questionamentos próprios acerca de sua viabilidade, não abarcaria, também, a mencionada questão geopolítica. Por uma questão metodológica, essas questões serão mencionadas apenas superficialmente durante o presente trabalho, pois nos ateremos às questões teóricas que envolvem a eventual construção e defesa de uma teoria geral, analisando, para tanto, aspectos essenciais da teoria do direito.

Não pretendemos, por certo, esgotar a matéria, até porque, como já foi afirmado anteriormente, o tema é por demais controverso para chegarmos a uma conclusão definitiva, mas pretendemos fazer uma análise sobre alguns posicionamentos doutrinários em debate e, diante dos argumentos apresentados, nos posicionarmos sobre a existência ou inexistência de uma teoria geral, bem como de que forma ela seria aplicável aos direitos fundamentais no

interior dos diversos países da sociedade internacional. Para tanto, analisaremos algumas controvérsias caras ao direito, como a oposição entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, a questão da relação entre o “ser” e o “dever ser”, bem como a importância da natureza do direito e dos conceitos jurídicos que levariam a conformação de uma teoria geral do direito.

1 A Teoria do Direito e as Correntes Jusnaturalista e Juspositivista

É comumente atribuído ao Direito a existência de uma Teoria Geral. Haveria, segundo essa corrente, uma Teoria Geral do Direito, sendo partidários dessa tese autores de renome como Hans Kelsen (1999) e Norberto Bobbio (1999, p.161).

Para eles, haveriam princípios gerais que deveriam ser aplicados a qualquer ordenamento jurídico. Para Kelsen, o direito positivado não precisaria ser justificado por valores sobrenaturais para existir. A norma teria sido criada pelo homem, para atender suas necessidades e realizar o necessário controle social, sem buscar, para tanto, fundamento metafísicos para sua constituição. Apesar disso, sua Teoria Pura previa institutos jurídicos que estariam presentes em todos os ordenamentos jurídicos, bem como a existência de uma norma fundamental que autorizaria cada estado a organizar seu sistema jurídico, estabelecendo os preceitos que deveriam ser seguidos. Apesar de ser positivista, combatendo, pois, a ideia de fundamento da norma por forças superiores ao homem, ele mostra-se de acordo com a existência de uma Teoria Geral do Direito que, além de autorizar sua organização nos diversos estados, forneceria o arcabouço técnico para que esse ordenamento jurídico atendesse as necessidades de uma sociedade em particular. Conceitos como validade, imputabilidade e o próprio conceito de norma fundamental seriam essenciais.

A norma fundamental, determinada pela Teoria Pura do Direito como condição da validade jurídica objetiva, fundamenta, porém, a validade de qualquer ordem jurídica positiva, quer dizer, de toda ordem coerciva globalmente eficaz estabelecida por atos humanos [...] Portanto, caracteriza esta interpretação como uma interpretação possível, não como necessária, e descreve a validade objetiva do Direito positivo como uma validade apenas relativa ou condicionada: condicionada pela pressuposição da norma fundamental [...] Dado que - como se mostrou - a norma fundamental, como norma pensada ao fundamentar a validade do Direito positivo, é apenas a condição lógico-transcendental desta interpretação normativa, ela não exerce qualquer função ético-política mas tão-só uma função teórico-gnoseológica (KELSEN, 1999, 152).

Um outro critério, divergente do proposto por Kelsen, era defendido pelos jusnaturalistas.

Uma doutrina consequente do Direito natural distingue-se de uma teoria jurídica positivista pelo fato de aquela procurar o fundamento da validade do Direito positivo, isto é, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, num Direito natural diferente do Direito positivo e, portanto, numa norma ou ordem normativa a que o Direito positivo, quanto ao seu conteúdo, pode corresponder mas também pode não corresponder; por tal forma que, quando não corresponda a esta norma ou ordem normativa, deve ser considerado como não válido. Segundo uma genuína doutrina do Direito natural, portanto, não pode - ao contrário do que se dá com a Teoria Pura do Direito como teoria jurídica positivista - toda e qualquer ordem coerciva globalmente eficaz ser pensada como ordem normativa objetivamente válida. A possibilidade de um conflito entre o Direito natural e o Direito positivo, isto é, uma ordem coerciva eficaz, implica a possibilidade de considerar como não válida uma tal ordem coerciva (KELSEN, 1999, 153).

Distanciando-se dessa forma analítica de pensamento, tomando como base a filosofia e o seu pensamento metafísico, Immanuel Kant afasta a afirmação de que todas as ciências (e todos os ramos do saber) devem, necessariamente, seguir os preceitos metodológicos de investigação científica ditados pelas ciências naturais. Ele distancia, em sua essência, ciências como a matemática e a física dos ramos do saber mais analíticos como a filosofia e, naturalmente, o Direito. Para ele a razão humana deve ser estudada “sem que esteja movida por uma vaidade de uma onisciência; se não simplesmente estimulada por uma necessidade própria, marcha sem descanso algum para questões que não podem ser resolvidas pelo uso empírico da razão, nem por princípios que dela emanem” (p.10).

11

Sendo assim, os jusnaturalistas buscavam legitimar sua teoria através da sua fundamentação sob a crença da existência em certas normas superiores à vontade humana, que pairariam sobre todos os ordenamentos nacionais e relações internacionais, não podendo utilizar os preceitos teóricos estabelecidos pelas ciências naturais, uma vez que seria a metafísica a responsável por fornecer a base teórica, através dessa “norma universal e imutável”, para a existência do direito, bem como para que certos conceitos e institutos básicos estivessem presentes nos mais diversos ordenamentos jurídicos existentes. Percebe-se aqui, portanto, um forte argumento de defesa para os partidários da defesa da existência de uma Teoria Geral do Direito.

Haveria, portanto, uma norma superior e imutável que pairaria acima de todos os ordenamentos jurídicos, inclusive das constituições. Então, apesar das diferenças culturais e

legais de cada país, essa Teoria Geral manteria traços em comum entre todos eles. O fundamento para essa teoria pode ser buscada antes mesmo da idade média com os escritos de Santo Agostinho que previa a existência de um direito natural, superior à vontade dos homens, no caso, uma lei divina (p.11).

Apesar dessa dicotomia entre jusnaturalismo e juspositivismo mostrar-se, atualmente, superada, alguns estudos acadêmicos ainda são produzidos nesse sentido (PEREIRA, 2010), tendo autores como John Finnis apresentado uma espécie de neojusnaturalismo, defendendo a tese da existência de algum tipo de norma superior à vontade humana.

Para Tercio Sampaio Ferraz Junior

Uma das razões do enfraquecimento operacional da dicotomia pode ser localizada na promulgação constitucional dos direitos fundamentais. Essa promulgação, o estabelecimento do direito natural na forma de normas *postas* na Constituição, de algum modo “positivou-o”. E, depois, a proliferação dos direitos fundamentais, a princípio, conjunto de supremos direitos individuais e, posteriormente, de direitos sociais, políticos, econômicos aos quais se acrescem hoje direitos ecológicos, direitos especiais das crianças, das mulheres etc. provocou, progressivamente, sua trivialização. Uma coisa se torna trivial quando perdemos a capacidade de diferenciá-la e avaliá-la, quando ela se torna tão comum que passamos a conviver com ela sem nos apercebermos disso, gerando, portanto, alta indiferença em face das diferenças (p.171, 2003).

Assim como no âmbito interno, onde as constituições tendem a “positivar” essas normas historicamente consideradas como de direito natural, no âmbito internacional percebe-se essa mesma orientação, seja através de tratados multilaterais, seja por intermédio da definição de normas e metas pelas organizações internacionais de grande representação internacional, como é o caso da Organização das Nações Unidas - ONU.

Efetivamente, torna-se essencial o empenho de políticas públicas nacionais, em cooperação com instituições regionais e com programas da ONU, no sentido de sedimentar a essência de maior significação da vida e da liberdade com a conciliação dos valores do indivíduo e da sociedade. Daí a importância da atenção permanente aos polos das variáveis associadas aos estratégicos fatores políticos e pedagógicos de bem-estar e do grau de satisfação das pessoas com sua vida. Sempre se espera a abertura de um novo caminho para dar substância às ideias e esforços direcionados às progressivas lições de valorização da cidadania, face ao bramido da angústia humana [...] (OLIVEIRA, 2013, p.47).

Com a evolução do direito, sobretudo na segunda metade do século XX, os direitos fundamentais, muitas vezes tidos por universais, foram cada vez mais incorporados aos ordenamentos jurídicos estatais, tornando enfraquecida essa dicotomia secular.

O ideal do ordenamento jurídico único persistiu no pensamento persistiu no pensamento jurídico ocidental. O prestígio do Direito romano, primeiro, e o do Direito natural, depois, determinaram o surgimento e a duração da ideologia de um único Direito universal, do qual os direitos particulares não eram outra coisa senão especificações históricas (BOBBIO, 1999, p.161).

Conforme visto, Hans Kelsen é contrário a essa noção de direito universal e imutável, mas a favor da ideia de uma Teoria Geral do Direito, reconhecendo, para tanto a ideia da existência de uma norma originário, hierarquicamente superior às demais, que conferiria a sistematização de todo o sistema jurídico. Acreditar em institutos jurídicos adaptáveis a todos os sistemas é uma coisa, mas, para ele, pensar em uma forma transcendental de Direito é impensável.

A necessidade de justificação racional de nossos atos emocionais é tão grande que buscamos satisfazê-las mesmo correndo o risco de auto-ilusão. E a justificação racional de um postulado baseado num julgamento subjetivo de valor, ou seja, num desejo como, por exemplo, o de que todos os homens devem ser livres, ou o de que todos os homens devem ser tratados igualmente, é uma auto-ilusão ou – o que equivale a dizer a mesma coisa – uma ideologia. Ideologias típicas dessa espécie são as asserções de que algum tipo de fim último e, portanto, de algum tipo de ordenamento definitivo da conduta humana, provem da natureza, ou seja, da natureza das coisas ou da natureza do homem, da razão humana ou da vontade de Deus (KELSEN, 2000, p.12).

Tal acepção de Direito levaria em conta a corrente filosófica platônica, tradicionalmente adotada pelos filósofos alemães, em contrapartida à corrente filosófica aristotélica, comumente adotada pelos franceses. Apesar dessa dicotomia tradicional, verifica-se que não há, aí, uma regra, pois pensadores alemães, como Friedrich Nietzsche (2007) e o próprio Hans Kelsen (1999), tendem a adotar uma perspectiva mais aristotélica na análise do Direito.

Interessante ressaltar que Edmund Husserl (2006) rompeu com o parâmetro de estudo positivista adotado por seus contemporâneos, como, por exemplo, a metodologia usada na criação da Teoria Pura do Direito. De acordo com sua Fenomenologia, o método deveria buscar a questão fundamental do problema, não tomar como parâmetro os estabelecidos pelas ciências naturais, tidos como os mais eficazes. Na época, era comum pegar preceitos desse ramo do saber e adaptá-los às demais ciências, como ao Direito por exemplo, fosse para usar tais métodos de forma idêntica ou apontá-los como contraponto ao buscado nas ciências sociais. Para Husserl, deveria haver uma completa ausência de pressupostos e a extrema evidência reflexiva sobre o objeto de estudo. A filosofia passaria a ter, portanto, papel

fundamental no processo. A capacidade de abstração seria essencial ao seu método. Devia-se abstrair-se do mundo natural e, através do seu método, obter o que ele denomina consciência pura.

Friedrich Müller também apresenta rigorosas críticas ao método de aplicação positivista do direito, sobretudo quanto aquele baseado na Teoria Pura de Kelsen, afirmando que

No direito (ao contrário da lógica formal), não existe o dever-ser “puro”, por isso não há um fundamento sólido para a “Teoria Pura do Direito” de Kelsen. O que existe na realidade, na prática concreta, onde se encontra o fenômeno chamado “norma jurídica”, é sempre um conjunto de dados linguísticos e dados (primariamente ou secundariamente) reais. Em outras palavras, há sempre uma conexão entre um programa da norma e um âmbito da norma. Por isto, não somente a antiga dicotomia entre “ser” e “dever-ser” está superada, como também a verdade que está contida nela (isto é, a que dados linguísticos e dados reais não são os mesmos) está, a partir de então, teoricamente modernizada e praticamente operacionalizada (2005, p.11).

O autor faz, então, uma associação entre a dicotomia até aqui discutida e outra bastante debatida pelos teóricos do direito, qual seja a entre o “ser” e o “dever ser”, pois “após fixar o objeto de seu estudo, Kelsen começa a construir o dualismo entre ser e dever ser, com base no qual elabora toda sua teoria da norma jurídica” (PIMENTA, 2005, p.65). Como visto, esta também estaria superada, pois a formação e o desenvolvimento do direito seria composto por um processo de interpretação que traria a simbiose entre essas duas formas de compreender o mundo. Entende-se que eventuais verdades e realidades empíricas devem ser interpretadas conjuntamente com uma análise da metafísica, abordando, portanto, a ontologia e, também, o “dever ser” proposto pelos textos normativos. Ou seja, a norma é criada a partir de sua interpretação pelo operador do direito, notadamente através da jurisprudência, unindo, para tanto o “ser” e o dever ser”. A análise em separado de apenas um dos dois elementos seria insuficiente para a ampla compreensão da norma jurídica, sendo, portanto, inócua tal dicotomia.

Outra crítica constantemente atribuída à visão extremamente positivista do direito é a confusão entre texto legal e norma.

Se em termos da teoria da norma, o âmbito normativo é parte integrante da norma, então a norma não pode ser colocada no mesmo patamar do texto normativo [...] Somente o positivismo científico-jurídico rigoroso pôde fiar-se em “aplicar” a lei, na medida em que tratou o texto literal desta como premissa maior e “subsumiu” as circunstâncias reais a serem avaliadas aparentemente de forma lógica ao caminho do

silogismo na verdade vinculado ao conceito e, assim, vinculado à língua. A ainda predominante compreensão da norma como um comando pronto, juntamente com seu contexto positivista, corre igualmente o risco de confundir norma e texto normativo [...] (MÜLLER, 2011, p.187).

Tendo sido feitas as devidas considerações sobre as divergências apontadas, cabe agora analisar a possibilidade de aplicação universal dos conceitos e instrumentos jurídicos.

1.1 Correntes Teóricas como Fundamento para a Teoria Geral do Direito

Num primeiro momento, tendemos a explicar a possibilidade de uma Teoria Geral do Direito por conta de sua suposta universalidade. Utilizando-se da dicotomia tratada na seção anterior, muitos associam o jusnaturalismo a uma visão mais generalista do direito, ao passo que os juspositivistas teriam uma visão mais adstrita a um determinado ordenamento jurídico. Apesar de, a princípio, essa associação fazer sentido, não podemos afirmar que essa é uma verdade categórica. Hans Kelsen, expoente do positivismo, apesar de, através da conformação piramidal, explicar a sistemática das normas jurídicas dentro de um sistema, vai além. Para ele, acima da constituição estariam normas supremas que a fundamentariam, normas estas encontradas através de uma análise do direito internacional. Ora, se a norma fundamentadora da constituição, que lhe é superior, seria uma norma de direito internacional, e, por não estar inserida em um sistema ainda que internacional, não estaríamos falando de tratados, só restariam os princípios internacionais como norma fundante dos ordenamentos jurídicos nacionais. Ao seguir essa linha lógica, o mencionado autor situa-se de acordo com a corrente monista internacionalista, através da qual uma norma de direito internacional seria superior a uma de direito interno, fazendo, ambas, parte de apenas um sistema jurídico (MAZZUOLI, 2014, p.97).

Esses traços mínimos abrem caminho para a universalidade, pois permitem identificar como direito certas práticas em comunidades que não compartilhem um conceito completo de direito, embora empreguem traços parciais deste [...] ainda que o conceito de direito positivista reflita o conceito de nosso tempo, ainda que seja nosso conceito de direito, ele pode ser aplicado de modo universal, para compreender práticas sociais de outros tempos e culturas como prática jurídica. Mais do que isso, é necessário para que seja possível a compreensão dos conceitos de culturas estranhas, pois o processo hermenêutico de aquisição dos conceitos de outras culturas se dá na medida em que os relacionamos com nossos conceitos (MARANHÃO, 2013, p.34).

Dessa forma, seriam através dos conceitos que poderíamos definir o que faz parte do direito, notadamente sua parte teórica, bem como suas hipóteses de incidência. Seria através da descrição linguística de raciocínios jurídicos que poderíamos definir o que faria ou não parte de uma teoria geral do direito.

É preciso ter em mente que a construção e evolução do direito passam pelo estudo da sua própria linguagem, até porque a interpretação, materializada pela hermenêutica jurídica, é essencial a esse processo.

El primer sitio que la hermenéutica se propone delimitar es, seguramente, el lenguaje, y más particularmente el lenguaje escrito. Es importante pues precisar por qué la hermenéutica tiene una relación privilegiada con las cuestiones lingüísticas. Basta, a mi juicio, con partir de una característica notoria de las lenguas naturales, que exige un trabajo de interpretación en el nivel más elemental e más trivial de la conversación: la polisemia, que es esa capacidad de las palabras de tener más de un significado cuando se las considera independientemente de su uso en un contexto determinado [...] la polisemia de las palabras exige como contrapartida el papel selectivo de los contextos para poder determinar el valor actual que toman las palabras en un mensaje determinado [...] ² (RICOEUR, 2002, p.72).

Não que o texto em si seja soberano, muito pelo contrário, é a partir dele, e muitas vezes além dele, que o exercício de interpretação encontrará seu maior potencial, seja no plano teórico, seja na aplicação prática das normas jurídicas.

Sendo assim, apesar de bastante difundida, não se pode ter como regra a associação jusnaturalismo-universalidade teórica e juspositivismo-restrição teórica. Essa não parece ser a melhor forma de se buscar a possibilidade de existência, bem como os fundamentos, de uma eventual Teoria Geral do Direito.

1.2 Os Conceitos Jurídicos e a Natureza do Direito como Fundamentos para a Teoria Geral do Direito

2 O primeiro lugar que a hermenêutica se propõe a delimitar é, seguramente, a linguagem, e mais particularmente a linguagem escrita. É importante, então, definir porque a hermenêutica tem uma relação privilegiada com as questões linguísticas. Basta, para mim, partir de uma característica notória das línguas naturais, que exige um trabalho de interpretação no nível mais elementar e mais trivial da conversação: a polissemia, que é essa capacidade das palavras de ter mais de um significado quando consideradas independentemente de seu uso em um contexto determinado [...] a polissemia das palavras exige como contrapartida o papel seletivo dos contextos para poder determinar o valor atual que tomam as palavras em uma mensagem determinada (tradução nossa).

Muito do que se discute sobre a existência de uma Teoria Geral do Direito - TGD envolve o seu fundamento. Essa teoria seria baseada em conceitos, aspectos linguísticos, ou na natureza das coisas. Para alguns, é a natureza jurídica de um objeto que o defini como pertencente ou não ao direito, para outros é o conceito formulado acerca de um instituto que o trará ao mundo jurídico.

A questão central, porém, é que, se pensarmos em uma TGD, teríamos que identificar um objeto único que não se confundisse com os demais objetos de estudo das demais ciências, como, por exemplo, a política e a sociologia. Ela pode, até, estar relacionada indiretamente aos outros ramos, junto aos quais busca explicações teóricas para reforçar seus fundamentos, mas deve possuir traços distintivos, particulares à ciência jurídica. Se a teoria é geral, deve ser dotada de universalidade. Deve, de alguma forma, perpassar todos os ordenamentos jurídicos existentes.

Devemos mencionar, porém, parte da doutrina que entende a teoria do direito como algo mais amplo, afirmando que o seu fundamento não se dá isoladamente, mas em relação direta com as ciências que lhes são correlatas.

Richard A. Posner é partidário desse pensamento. Para fundamentar sua tese, ele relaciona a teoria do direito com a história, a psicologia, a economia, a epistemologia e o empirismo. Prega, portanto, uma abordagem multidisciplinar da TGD. Para ele

A teoria do direito não é um programa de pesquisa unificado. Seus integrantes não têm nem mesmo uma posição consensual sobre o significado de “teoria”. Uma parte da teoria do direito é sociocientífica, outra não. Alguns teóricos desse campo enfatizam a teoria abstrata, outros a pesquisa empírica, outros nenhuma das duas. Alguns segmentos da teoria do direito têm um viés fortemente político, até polêmico, e outros não. Algumas abordagens são essencialmente descritivas, outras fortemente normativas; algumas se concentram em campos específicos do direito, outras têm maior amplitude (2011, p.11).

Apesar de concordarmos com a divergência apontada pelo autor, esse não nos parece ser o melhor posicionamento. Se é certo que uma abordagem multidisciplinar do estudo do direito é salutar, entender a teoria do direito como uma espécie de “colcha de retalhos” das demais ciências é decretar a perda de seu próprio objeto. Se é “próprio”, não deve ser importado das demais ciências, mas ser inerente ao seu processo construtivo.

Com isso não devemos descartar a presença de aspectos jurídicos nas teorias das outras ciências. O direito é por demais amplo para ter suas consequências restritas à sua

própria teoria. Utilizando como exemplo os direitos fundamentais por conta de sua amplitude natural, verificamos que eles acabam influenciando diversos aspectos da sociedade, além de, como retorno, sofrer influência (e influenciar) as demais ciências durante seu processo de evolução. “No existe casi ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos”³ (ALEXY, 1993, p.27). O que não concordamos, é com a afirmação de que as demais ciências sejam parte fundante da própria teoria do direito, ou seja, que participem diretamente da formação dos conceitos jurídicos essenciais.

Para Joseph Raz, a Teoria do Direito seria dotada de universalidade, mas essa universalidade viria do que ele chama “natureza do direito” e não dos conceitos jurídicos. Para ele, os conceitos seriam locais, refletiriam a cultura e a experiência própria de um povo, ao passo que a natureza do direito seria geral.

Uma teoria consiste em verdades necessárias, pois só verdades necessárias sobre o direito revelam a natureza do direito. Falamos da “natureza do direito”, ou da natureza de qualquer outra coisa, para nos referirmos àquelas características do direito que fazem a essência do direito, que fazem com que o direito seja o que é. Isto é, aquelas propriedades sem as quais o direito não seria direito. Como o *Oxford English Dictionary* explica, a natureza de uma coisa consiste “nas qualidades ou propriedades essenciais de uma coisa; a combinação inerente e inseparável de propriedades que essencialmente pertencem a algo, e que lhe dão seu caráter fundamental (RAZ, 2013, p.76).

18

Robert Alexy, apesar de concordar com Joseph Raz na questão da universalidade da teoria do direito, discorda do autor quanto ao seu fundamento. Para ele, seriam os conceitos jurídicos os responsáveis por essa universalidade, discordando quanto ao fato destes serem locais. Para o autor, a definição da natureza do direito passa pela formulação de um conceito.

Os conceitos, como parte de uma prática que está intrinsecamente conectada com a verdade, a justificação, a validade intersubjetiva, a objetividade e a realidade – procuram captar a natureza das coisas a que se referem tão perfeita ou corretamente quanto seja possível. Essa é a dimensão não convencional ou ideal dos conceitos. Na medida em que aqueles que usam o conceito tenham êxito em satisfazer a pretensão de adequação formulada necessariamente ao usar este conceito, nessa medida, o conceito corresponde à natureza de seu objeto. E na medida em que assim se corresponde é que tem validade universal (ALEXY, 2013, p.103).

3 Não existe quase nenhuma disciplina no âmbito das ciências sociais que não esteja em condições de contribuir com algo relacionado à problemática dos direitos fundamentais a partir de seu ponto de vista e com seus métodos (tradução nossa).

Desta maneira um conceito ideal, construído analiticamente e que abranja os aspectos fundamentais de um instituto jurídico, não apenas definirá a natureza deste instituto, como o dotará de generalidade, pois define o seu fundamento, deixando a par dos interpretes locais moldá-lo de acordo com as necessidades jurídicas de uma sociedade específica.

Sendo assim, os conceitos que são dotados de universalidade seriam aqueles que encontrassem sua distinção dos conceitos não-jurídicos. A própria definição da natureza do direito passaria pela elaboração de um conceito jurídico.

Desde um ponto de vista intuitivo, analisar algo é decompô-lo em seus elementos básicos. Considera-se que um procedimento tal poderia melhorar nossa compreensão do objeto analisado. Na história da filosofia essa intuição tem sua correlação no modelo descomposicional de análise conceitual. A ideia básica consiste em tomar uma ideia e dividi-la em seus componentes, propriedades ou elementos mais fundamentais [...] O método desse tipo de análise é, *prima facie*, simples: distinguir, distinguir, sempre distinguir. Costuma-se supor que esse é o método característico, por exemplo, da filosofia analítica (BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, 2013, p.54).

Deveríamos, então, utilizar o processo analítico para a construção de um conceito jurídico para que este possa ser dotado de generalidade. “A possibilidade de construir uma teoria sobre um objeto está intimamente relacionada com a possibilidade de identificar e explicar o que faz esse objeto e nenhum outro” (BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, 2013, p.39). Desta maneira, podemos ter uma TGD, sem que isso afete, necessariamente, as culturas jurídicas e tradições locais. O objeto seria o mesmo, mas a forma de ver, pensar e aplicar esse objeto pode variar no tempo e no espaço.

19

2 A Pretensa Generalidade da Teoria do Direito

Seriam os conceitos de norma, interpretação, sanção, etc. universais? Teriam o mesmo sentido e aplicabilidade tanto nos países europeus, como nos latino-americanos e nos árabes? Alguns autores, como Karl Larenz, por conta da grande abrangência que o termo “geral” conota, passaram a questionar a existência de uma Teoria Geral do Direito.

Anteriormente falava-se de uma «teoria geral do Direito» e entendia-se por tal uma doutrina acerca da estrutura lógica da norma jurídica, acerca de certos conceitos fundamentais formais que podem encontrar-se em todos os ordenamentos jurídicos desenvolvidos (como, por exemplo, «lícito» e «ilícito», dever ser, ter a faculdade, poder, comando, proibição, permissão, sujeito jurídico e objecto de direitos) e sobre

as relações lógicas destes conceitos fundamentais entre si e os modos de pensamento da Jurisprudência, sendo assim, no essencial, um traço de união entre a lógica e a Jurisprudência. Procurava-se neste campo chegar a conhecimentos respeitantes ao Direito universalmente válidos e não somente válidos face a um determinado ordenamento jurídico «positivo», e, em rigor, essencialmente mediante uma perspectiva normativa e que não suportassem o lastro prévio de pressupostos ontológicos ou metafísicos (1997, p.265).

Diante da ampla abrangência que o termo traria, o autor assume que possui dúvidas quanto a sua existência diante de um espectro tão amplo, e, indo além, questiona o que se entenderia por teoria do Direito (LARENZ, 1997, p.267).

Além dos fundamentos jurídicos, vários postulados sociológicos e políticos podem questionar a afirmação da existência de tal Teoria. Esse processo cognitivo utilizado por Larenz foi, posteriormente, sintetizado por Jack Balkin, que aperfeiçoando a Teoria da Desconstrução de Jacques Derrida, propunha a desconstrução de conceitos já estabelecidos em um determinado ramo do conhecimento. Ele propôs o questionamento de certos dogmas científicos como uma forma de, através do confronto de ideias, alcançar uma solução científica mais segura ao problema apresentado. Foi justamente isso que Karl Larenz fez ao, de forma corajosa questionar a existência de uma Teoria Geral do Direito.

Esse revisionismo dos conceitos jurídicos é defendido por Friedrich Müller. Ele defende um paradigma pós-positivista ao afirmar que

Em todos estes contextos, certamente, os “cânones” da tradição (como a interpretação gramatical, sistemática, histórica, genética, mais a analogia, a teleologia e outras) devem ser reconstruídos, assim como todos os outros conceitos metodológicos novos que são seriamente debatidos (como a teoria do direito livre, os conceitos sociologizantes, decisionistas, hermenêuticos, etc) (2005, p.10).

Para tanto, ele constrói sua Teoria Estruturante do Direito, utilizando-se de conceitos e ensinamentos propostos por autores consagrados, mas ao mesmo tempo faz uma análise crítica aos ensinamentos desses autores, para, através desse processo, criar sua própria teoria. Por isso, sua forma de pensar o direito pode ser considerada pós-Rousseau (2006), por superar o pensamento contratualista e individualista, pondo o homem e os direitos humanos no centro da discursão jurídica; pós-Marx (2012) por, apesar de estudar os fenômenos coletivos, levar em consideração o indivíduo e pós-Freud (2011), por levar em conta não apenas a psique individual, mas o fenômeno psíquico coletivo. Ele realiza uma análise crítica dos preceitos pregados por esses autores e, mediante síntese encontrada em suas reflexões, propõe sua teoria.

2.1 A Influência dos Aspectos Sociológicos para a Criação de uma Suposta Teoria Geral do Direito

Sociologicamente, remetemos a Durkheim (2007) e sua Teoria do Fato Social. De acordo com ela, o fato social varia de acordo com o local e o tempo. E apenas a análise metodológica dentro desses critérios poderia levar à compreensão plena das características e costumes de uma sociedade dentro dos quais, por certo, se inclui o Direito. O autor chega a fazer uma interessante abordagem jurídica dentro de sua teoria do fato social. Em seus escritos, Durkheim escreveu sobre os fatos sociais abordados por normas jurídicas. Ao distinguir os fatos sociais dos fatos patológicos tratou do direito e do crime. Para ele, ao se observar as mais diversas sociedades, ver-se-á que é comum um certo grau de violência, de transgressão das normas penais, em resumo da criminalidade. Se considerarmos o ser humano como naturalmente mau (HOBBS, 2008), ou convertido a essa condição por suas experiências pessoais (ROUSSEAU, 2006), é esperado que numa determinada sociedade alguns indivíduos não refreiem suas paixões, lesando o próximo ou a coletividade. O crime seria um fato social, portanto normal, mas apenas até certo nível. Da mesma forma que não se concebe uma sociedade em que não haja transgressores, é impossível conceber uma em que não haja crime. Ambas as situações, na visão de Durkheim, seriam consideradas patológicas, ao passo que, uma sociedade que apresente índices criminais medianos seria normal.

21

“O crime, por sua vez, não deve mais ser concebido como um mal que não possa ser contido dentro de limites demasiado estreitos; mas, longe de haver motivos para nos felicitar-mos quando lhe ocorre descer muito sensivelmente abaixo do nível ordinário, podemos estar certos de que esse progresso aparente é ao mesmo tempo contemporâneo e solidário de alguma perturbação social [...] Com efeito, se o crime é uma doença, a pena é seu remédio e não pode ser concebida de outro modo [...] Mas se o crime nada tem de mórbido, a pena não poderia ter por objeto curá-lo e sua verdadeira função deve ser buscada em outra parte” (DURKHEIM, 2007,p.73).

Dessa forma o próprio conceito do que seria crime e se eventual crime seria um fato patológico, dependeria da análise do caso em concreto para se definir qual seu percentual, vendo, portanto, se ele estaria nos limites considerados como fato social, ou seria patológico, quer por sua falta, quer por seu excesso. Diante disso, podemos questionar se o crime não é considerado patológico, merecendo uma sanção e, sendo aplicada uma sanção neste caso, se

ela teria a mesma conotação trazida pelos doutos que advogam por uma teoria geral em uma outra região ou país. Deixando de lado esse exemplo estritamente penal e levando a lógica para a teoria do Direito, Karl Larenz (1997, p.265-267) lembra, conforme veremos adiante, da dificuldade de se estabelecer uma definição neste caso, independente dos incessantes esforços dos mais renomados doutrinadores como Arthur Kaufmann e Werner Maihofer.

2.2 A Influência Geopolítica e a Teoria do Direito

Em seu aspecto político, devemos compreender as questões organizacionais e fundamentais de um estado, para entender como, de fato, aplicaremos adequadamente o direito. A própria classificação de países em blocos ou regiões é problemática, pois são conceitos vagos que podem sofrer variações durante o tempo, ou mudanças conforme os interesses políticos em jogo. Comumente, por exemplo, divide-se o mundo em ocidental e oriental, mas qual a segurança de tal classificação? Após a queda do muro de Berlim, a contrário das teorias de Fim da História de Francis Fukuyama (1993) e do Choque de Civilizações de Samuel Huntington (2010), as relações entre os estados não se tornaram uniformes, sob a tutela da potência vencedora, os EUA. Houve, de fato, alianças militares e econômicas, como a UE, o MERCOSUL e a OTAN, entre países que partilhavam interesses comuns, mas não a escolha e defesa de um único interesse tutelado pelos EUA.

Diante desse jogo político, atualmente, fica difícil caracterizar em qual categoria de países um estado se encontra, uma vez que as culturas são tão diferentes e os interesses tão voláteis. Voltando ao exemplo da divisão ocidente-oriente, é necessário se fazer algumas considerações. Primeiramente, como definir se um país é oriental ou ocidental? Se for utilizado o critério geográfico, essa definição torna-se mais segura? Não necessariamente, pois qual seria o meridiano específico que dividiria o ocidente do oriente? Se for considerado o de Greenwich, como estabelecido pelos Ingleses, 90% da Europa estaria no hemisfério oriental do planeta. Como a Terra tem a forma elíptica, qualquer dos meridianos poderia ser o responsável por estabelecer essa divisão. Sendo assim, o critério geográfico seria seguro até

certo ponto, pois dependeria do meridiano a ser escolhido. No geral, ainda teríamos um conceito relativo, pois dependeria da mencionada eleição.

Se for utilizado o critério político, a situação é ainda mais nebulosa. A Rússia, por exemplo, tem parte de seu território situado na Europa, mas é tradicionalmente considerada “oriente”, já que esse país possui parte de seu território no continente europeu e parte no asiático. Por conta de seu passado imperial, é um estado multiétnico sendo que, apesar de ter um centro de poder mais alinhado com os valores europeus, não possui um padrão cultural dominante, além de exercer importante influência sobre países integrantes da União Europeia como a Ucrânia, por exemplo (MUGGAH).

O mesmo vale para diversos países do extremo oriente. Apesar de sua localização geográfica, as opções políticas colocam países como Coreia do Sul e Japão mais próximos do Ocidente, em ambos os casos dos Estados Unidos da América, do que, por exemplo, de sua vizinha, a China.

O critério religioso tampouco é eficaz. Para alguns, o oriente começa onde começam os estados islâmicos, mas o islã está presente nos países ocidentais, além de existirem estados islâmicos alinhados aos EUA como a Arábia Saudita e os Emirados Árabes Unidos, por exemplo.

O Direito não pode ficar alheio às questões práticas que lhes são impostas no dia a dia, na sua *práxis*. O estudo multidisciplinar do direito é essencial não só para compreender os fenômenos que são por ele abordados, como para encontrar soluções práticas. Questões políticas, culturais e religiosas devem ser observadas em paralelo às consideradas estritamente jurídicas, como a Teoria do Direito. Sendo assim, a aplicação do Direito, bem como as soluções encontradas pelos juízes e seus demais operadores fazem parte da metodologia do direito, ou melhor, da “Metódica Jurídica” de Friedrich Müller

No entanto, minha “Metódica Jurídica” não é apenas prática, mas uma *Teoria da Práxis*. Esta é a segunda compreensão de “método”, mais exigente, mais ampla: *o conjunto do percurso das normas jurídicas* através de conflitos e problemas de toda espécie, de ordem social, econômica ou política [...] Deste modo, a interdisciplinaridade aparece como um elemento que se mostra incontornável na concretização do direito (2005, p.9-10).

No entanto, não são apenas as questões externas ao direito que devem ter uma visão abrangente, mas também conceitos e técnicas inerentes à ciência também devem seguir

esse modelo. Questões intrínsecas à Teoria do Direito como validade, ser e dever ser, subsunção e concretização devem ser abordadas. À linguística também deve ser dada a devida atenção, pois o direito “opera inteiramente dentro do meio da ‘linguagem natural’ [...], ou seja, dentro da respectiva língua do país ou, no direito internacional, dentro das línguas fixadas pelos acordos internacionais (MÜLLER, 2005, p.10)”.

Dessa forma, a própria maneira de se externar o direito, qual seja, a linguagem, varia muito numa escala global, dificultando, ainda mais, a formulação de uma Teoria Geral efetivamente aplicável igualmente a todos os Ordenamentos Jurídicos e a todos acordos internacionais existentes.

A norma, por sua vez, não deve ser considerada apenas em abstrato, nem entendida como meramente uma proposição prescritiva (BOBBIO, 2008, p.72), pois é, justamente, “o instrumento prático do Direito” (NADER, 2005, p.44). Ela é fruto da interpretação dos juristas, bem como da aplicação do texto legal ao caso concreto. Seu conceito, portanto, é muito mais amplo, e complexo, do que o de texto legal. Diante desse cenário, a importância do “dever ser” exaltado pelos positivistas demonstra-se como uma visão limitada do direito. De acordo com a Teoria Estruturante do Direito, a dicotomia “ser” *versus* “dever ser” se torna superada. Para que ocorra uma interpretação e aplicação eficaz, é preciso que os elementos políticos e sociais mencionados acima sejam observados quando da aplicação do texto legal, pois somente após sua adequação à realidade sociocultural em todos seus aspectos, é que a norma jurídica poderá ser considerada como tal, e o direito, por sua vez, poderá ser efetivado.

Pode-se afirmar que o próprio direito internacional seria a expressão máxima da existência de uma teoria geral, mas se deve ter em mente que suas principais fontes, os princípios e os tratados, são decorrentes da expressão de vontade dos estados participantes da comunidade internacional ou dos seus acordos internacionais (CRETELLA NETO, 2013, p.58).

O mundo é demasiadamente complexo para que se possa definir um *core* principiológico, metodológico ou institucional universal. Mais complexo ainda é se pensar em uma teoria geral que fundamentasse os ordenamentos jurídicos de todos os países do globo, levando-se em consideração a existência de todas as divergências culturais e políticas

existentes. Ora, se o direito é fruto dessas experiências deverá, portanto, ser, ainda em seus princípios mais gerais, setorizado e adequado aos interesses de um determinado estado ou região.

3 A Aplicação dos Fundamentos de uma Teoria Geral do Direito aos Direitos Fundamentais de um Ordenamento Jurídico Interno

Dentro da lógica de globalização geopolítica e dos efeitos que também influenciaram a estrutura jurídica a partir do século XIX pelos motivos apresentados, observa-se que um ordenamento jurídico não pode mais ser considerado estático e hermético.

Ao considerarmos a existência de uma Teoria Geral do Direito, estaríamos, necessariamente, reconhecendo que, mesmo reconhecendo a existência de particularidades culturais e jurídicas de cada povo, existiria um núcleo normativo que abarcaria os preceitos dessa teoria geral. Seja fundamentado em uma lógica jurídico-positiva, seja baseado em normas consideradas maiores, esse núcleo se mesclaria às soberanias nacionais, limitando, de certa forma, o Poder Legislativo local. Para manter a estrutura lógica do sistema jurídico interno, o legislador local deveria preservar esse núcleo, estabelecendo, por fazer parte da sociedade internacional, garantias mínimas para a previsão e aplicação dos direitos fundamentais, sejam eles os direitos *prima facie*, individuais, sejam os coletivos.

Para tanto, devemos estabelecer os contornos de norma de direito fundamental para saber quais os tipos de prescrição que deverão ser preservadas em qualquer sistema jurídico. Entendemos que “são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais” (ALEXY, 2014, p.76), ou seja, não é qualquer norma prevista na constituição ou no sistema internacional, mas um tipo específico que visa garantir dos direitos básicos do homem e da sociedade na qual ele está inserido. Percebemos, dessa forma, uma dialética entre a constituição formal de um estado e as normas de direitos fundamentais que ela prega e que devem, necessariamente, serem preservadas por fazerem parte do núcleo de proteção internacional.

3.1 Os Direitos Fundamentais Internacionais e a sua Relação com os Ordenamentos Jurídicos Internos

Apesar de ser considerada como produto da soberania de um povo, uma constituição deve garantir a proteção aos direitos fundamentais, bem como balizar, através do sistema de molduras (ALEXY, 2014, p.584), a produção legislativa ordinária. De acordo com essa teoria, uma lei ordinária não seria, em sua produção, restringida apenas pela constituição formal, mas pelos preceitos de direitos fundamentais contidos na própria constituição e fora dela.

Da mesma forma, os tribunais ao aplicarem a norma, efetivamente, garantiriam a manutenção de tais direitos ou, segundo Karl Larenz (1997), garantiria a sua própria existência.

Ainda que seja levada em conta a teoria dualista do direito internacional, qual seja, aquela em que consideramos a existência de dois sistemas jurídicos distintos (o interno e o externo), esses dois dialogam frequentemente. Se considerarmos a existência de uma teoria geral, esse diálogo será ainda mais intenso, uma vez que haverá um núcleo duro de regras, princípios, procedimentos e lógica jurídica que deverão, necessariamente, estar presente num ordenamento interno, tenha sido ele derivado do poder constituinte originário interno, tenha sido ele importado de um consenso adotado pela lógica jurídico-normativa internacional.

Entendemos que os direitos fundamentais internacionais que fazem parte dessa Teoria Geral do Direito, estariam num patamar hierarquicamente superior às normas de direito interno. Esse pensamento está de acordo com o apreço de Hans Kelsen, para quem

A relação entre o Direito Internacional e o nacional é considerada pela doutrina tradicional sob o aspecto da relação entre Direito internacional e Estado. Já vimos que o estado comporta uma relação intrínseca com o Direito internacional: todos os elementos do estado são determinados pelo Direito internacional [...] o Direito internacional pressupõe as ordens jurídicas nacionais exatamente como estas pressupõem o Direito internacional (2000, p.260).

Se Kelsen fala que um Estado de Direito realiza um constante intercâmbio entre suas normas e as normas internacionais e, sendo que o Estado é estruturado segundo suas normas fundamentais, está clara a influência do direito internacional sobre um ordenamento jurídico interno.

Seguindo essa lógica, o autor afirma que a estrutura lógico-normativa de um estado é obtida de um retrocesso através dessas normas até chegar em sua norma fundamental. Mas, para realizar esse exercício, não podemos pôr como limite as normas constitucionais. Uma vez que as normas internacionais influenciam diretamente na criação e organização de um estado, podemos notar que essa norma fundamental se encontra superior à própria constituição nacional, ou seja, o sistema jurídico internacional baseia a constituição e organização do próprio Estado.

Dessa maneira, tal ordenamento, ainda no que tange às normas constitucionais, devem estar em sintonia com um mínimo de garantias estabelecido para a proteção *prima facie* do indivíduo e da coletividade diante da atividade estatal, assim como, regulando sua ação positiva e negativa dentro desta sociedade.

[...] os direitos fundamentais supra-estatais são paradigmas de validade das normas de direito interno, inclusive das normas constitucionais. Por estarem constadas em ordem jurídica superior, impõem limites tanto ao poder estatal quanto ao poder constituinte, que são obrigados a incorporá-los à Constituição, cercando-os das garantias necessárias à sua efetividade (SARMENTO, 2011, p.14).

É nesse ponto que encontramos uma ligação entre um ordenamento específico, que abarcaria essas normas essenciais, com a parte da teoria geral responsável pela garantia dos direitos fundamentais de um indivíduo e dessa mesma sociedade. Percebemos que tal teoria abarcaria um mínimo de organização estrutural e procedimental das normas internas, de conteúdo formal; como, também, um *core* de regras e princípios que garantiriam a aplicação desses direitos fundamentais ao indivíduo e a sociedade, de conteúdo material.

3.2 O Método do Retrocesso Hierárquico-Temporal

Consideramos como direitos fundamentais aqueles que garantem, minimamente, os direitos e liberdades individuais e coletivos, devendo haver maior restrição aos poderes de um estado no exercício de sua competência quando deseje suprimi-los ou reduzi-los.

Como exercício dessa lógica jurídica, podemos usar um exemplo específico. Para facilitar esse exercício de regressão não será questionada a aplicação, nem a sua interpretação deontológica, realizaremos, apenas, a sua regressão linear, puramente temporal e hierárquica

para, desta maneira, visualizar de que forma ocorreria essa regressão. Convencionamos chamar tal método de retrocesso hierárquico-temporal.

Utilizemos o caso do pacto celebrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto de San José de 1969. O texto desse tratado foi ratificado pelo Brasil em 1992 através do Decreto Legislativo nº 27, tendo o Decreto nº 678/92, emitido pelo Poder Executivo, promulgado o mencionado acordo. Percebemos, então, a presença de atos administrativos que preveem a aplicação de norma internacional no âmbito doméstico, mas para isso ocorrer, essas normas precisam buscar sua validade em algum instrumento hierarquicamente superior para se sustentar. Neste caso em específico, essa força é buscada diretamente da Constituição Federal do Brasil- CF.

Suscintamente, a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal – STF, através do *leading case* RHC79.785/RJ, vem adotando a teoria de que os tratados internacionais sobre direitos humanos, tendo sido ratificados pelo estado brasileiro, teriam força de norma supralegal, ou seja, estariam posicionadas entre as normas constitucionais e entre as leis ordinárias. Observamos aqui que a própria constituição conferiu força a essas normas, pois sua interpretação foi fruto de competência formal conferida a um órgão judiciário, no caso o STF, pela própria constituição para interpretá-la.

Mas não paramos por aqui. Se existe uma constituição, ela deve ter retirado sua força de algum lugar. Consideremos que foi da soberania local, como uma consequência do princípio da autodeterminação dos povos. Com base nesse princípio, e posteriormente à organização do estado brasileiro, o plenipotenciário pôde assinar o tratado por considerar suas condições favoráveis ao interesse nacional.

Vamos além. De onde surgiu as “ideias” contidas no Pacto que foram propostas pelos estados signatários? Certamente de outros tratados multilaterais de abrangência global, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1968, assinada no seio da ONU, ou de princípios universais que garantem a proteção efetiva dos direitos básicos do homem.

Ruth Andreas-Friedrich ao presenciar o tratamento desumano conferido aos exilados alemães que então retornavam a sua pátria no pós-segunda guerra mundial questionou se

Todo ser humano que morre inocentemente merece a piedade dos outros seres humanos. Aqueles que sabem do martírio deles e não movem uma palha para evitá-los são culpados. Hoje, os mártires alemães são uma evidente acusação contra seus atormentadores. Ontem foram os judeus. Amanhã poderão ser os negros ou os árabes. Será que determinados tipos de indivíduos nos preocupam mais do que outros? Nosso senso de justiça não deveria ser o mesmo quando um ser humano estivesse ferido, uma pessoa inocente, perseguida, ou um ser indefeso, abandonado, quer nesta parte do mundo, quer em qualquer outra? (ANDREAS-FRIEDRICH, 2012, p.3445).

Percebemos que os questionamentos levantados ocorrem num momento em que a sociedade berlinense, momentaneamente, viveu sem um sistema legal digno de confiança, pois quando foi escrito, em 2 de janeiro de 1947, as forças de ocupação da Alemanha (URSS, Inglaterra, EUA e França) ainda não haviam delimitado suas áreas de influência, nem qual o tipo de “democracia” os alemães teriam naquele momento. Essa incerteza acabou causando a bipolarização de Berlim e, posteriormente, do poder mundial. Os cidadãos da época passavam por um processo de renovação institucional causado pela guerra e pela queda do regime nazista.

Na ausência de um ordenamento jurídico sistematizado, deve-se buscar uma norma hierarquicamente superior a um sistema local. E é, justamente, o que a autora faz. Apesar de ainda não existir na época a Declaração Universal do Direito dos Homens, já havia surgido na sociedade internacional o princípio, portanto norma internacional, de que a vida humana e sua dignidade deveriam ser protegidas.

Esse exercício, apesar de abstrato não pode, porém, ser indefinido. Em algum momento a “norma fundamental” (KELSEN, 2000, p.181) que possibilita toda essa estrutura será encontrada, mas não daremos continuidade a esse processo aqui, por se tratar de esforço deôntico de um caso particular, fugindo, portanto, da proposta original desse trabalho que é demonstrar abstratamente a possibilidade de existência de uma teoria geral do direito e, sendo o caso, como as normas de direitos fundamentais poderiam ser garantidas.

Diante dessa perspectiva, entendemos que o direito comparado é a ferramenta mais adequada para investigar a existência de uma teoria geral do direito, bem como de seus

institutos, assim como quais pontos devem ser destacados por serem considerados direitos fundamentais.

4 Direito Comparado

Se dentro de uma perspectiva internacionalista, formos estudar legislações específicas em comparação umas com a outras, estaremos diante do Direito Comparado. Por uma questão lógica, para fazer um estudo nessa área, o método comparativo é o mais adequado. Para que fique clara a importância do direito comparado para o direito internacional, mostra-se relevante fazer um breve estudo sobre esse ramo do direito, bem como sobre suas principais ferramentas metodológicas.

Podemos dividir o Direito Comparado em direito comparado descritivo e direito comparado aplicado, sendo o primeiro dedicado ao estudo em abstrato das normas e institutos jurídicos, portanto com maior caráter científico, e o segundo, por sua vez volta-se a solução de um problema específico, tem um caráter mais prático.

Outra classificação comumente apresentada é a divisão entre direito comparado interno e direito comparado externo. Este dedica-se ao estudo comparativo entre normas, institutos e ordenamentos jurídicos de países distintos, ao passo que aquele se dedica à análise comparativa entre a legislação interna de um país organizado na forma federativa ou confederativa (SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p.18-19).

Já em relação ao seu aspecto metodológico, podemos elencar quatro categorias de métodos, quais sejam, o método descritivo, o método técnico, o método estrutural e o método funcional (ANCEL, 1980, p.120).

Para Marc Ancel, as três primeiras categorias apresentam uma profundidade maior em relação à anterior, levando-se em conta a análise do objeto proposto.

O método descritivo busca verificar nos diversos ordenamentos jurídicos a serem comparados se existe a norma a ser estudada. É o primeiro passo, o caráter mais elementar da análise. O método comparativo faria uma análise intermediária, ou seja, estuda os institutos

jurídicos do objeto, as regras e princípios jurídicos envolvidos. Dentro do sistema escalonado proposto por Ancel, o método comparativo é o último.

O método estrutural, sendo mais genérico, passa ao estudo dos próprio sistema jurídicos. Tanto entre ordenamentos jurídicos nacionais distintos, quanto entre famílias distintas do direito, a exemplo do *Common Law e Civil Law* (SGARBOSSA; JENSEN, 2008, p.190-191).

Apesar de fazer parte da classificação proposta, o método funcional foge à gradação especificidade-generalidade. A análise dos métodos anteriores é considerada estática, ao passo que a desta é dinâmica. O grande objetivo aqui não é a análise fria da lei ou dos institutos que regem um ordenamento jurídico, mas uma situação social que exige a atenção do Direito Comparado. Por conta da maleabilidade apresentada pelos fatos sociais, o seu estudo deve ser ativo, acompanhar as mudanças sociais, por isso não pode ser estático (ANCEL, 1980, p.121).

Através da utilização de um dos métodos apresentados, ou de todos eles, é possível fazer uma análise comparada segura entre diversas leis, institutos, sistemas jurídicos ou fatos sociais de caráter internacional ou interestatal.

Conclusão

Teorizar sobre algo é tentar encontrar o sentido de sua existência, bem como sua função. A teoria geral de uma ciência seria, portanto, não apenas o estudo de seu objeto e suas características gerais, mas a busca pelo motivo de seu estudo. Percebemos que um estudo desse tipo deve passar pela compreensão humana. Sendo assim, temos que a forma com a qual o ser humano tem que apreender determinado conteúdo é através da linguagem. Ainda que houvesse a tentativa de informatizar esse processo, teríamos um tipo específico de linguagem, a informática. Esse tipo de linguagem, composta por códigos baseados no sistema matemático binário, necessita de uma conversão para a compreensão humana, seja através de uma “tradução” imediata, seja através de parâmetros pré-estabelecidos por um programador.

Sendo assim, é através da elaboração de conceitos que estabeleceremos o que é direito, pois ainda que buscássemos a natureza real de um objeto, teríamos que fazer uso da linguagem para atingir sua compreensão. É através de um conceito que conseguimos sintetizar os pontos principais de um fato jurídico de forma a lhe atribuir contornos próprios.

Tomando como base a ideia de que a teoria do direito é construída através de conceitos, coube analisar a questão de sua generalidade. A força desses conceitos seria tamanha que perpassaria os diversos ordenamentos jurídicos existentes?

Em nossa análise, não nos pareceu que os conceitos tenham aplicação idêntica em todos os estados por conta das diferenças culturais, geopolíticas e religiosas que lhes são particulares. Nos parece, aí sim, mais plausível conceber uma adaptabilidade desses conceitos em torno dessas questões mencionadas, para que, preservado o âmago conceitual, e feitas as devidas adaptações, ele possa ser corretamente aplicado. Essa importante ressalva parece ainda mais relevante quando tratamos dos direitos fundamentais. Esse tipo de norma faz parte desse núcleo essencial que deve ser preservado em qualquer ordenamento jurídico, devendo sofrer as devidas adaptações culturais quando necessário, mas sem perder a sua essência protetiva.

Podemos ilustrar essa hipótese com um conceito jurídico. É natural do ser humano, em suas atividades diárias, contratar. Devemos ter em mente que observamos uma espécie de negócio jurídico que traduz o acordo entre a vontade das partes envolvidas. Os requisitos de validade, eficácia, capacidade e licitude dos contratos variam no tempo e no espaço, mas o seu *core* conceitual, qual seja, o acordo entre a vontade dos contratantes deve ser preservado.

Sendo assim, entendemos plausível a existência de uma teoria geral do direito, desde que ela seja entendida como um estudo conceitual universal sobre o objeto de estudo da ciência jurídica, buscando a definição de seus objetivos, bem como, como consequência, o estudo de sua evolução, além da garantia e preservação dos direitos fundamentais. Mas cabe salientar que, para tanto, os conceitos empregados em seu estudo devem sofrer as adaptações necessárias, seja em relação ao tempo, seja em relação ao espaço.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANCEL, Marc. **Utilidade e Métodos do Direito Comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

ANDREAS-FRIEDRICH, Ruth. **Diário de Berlim Ocupada: 1945-1948**. São Paulo: Globo, 2012. Edição Kindle, posição 3445 de 5901.

BALKING, Jack M. **Deconstructive Practice and Legal Theory**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/291>. Acesso em: 11 abr. 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10.ed. Brasília: UNB, 1999.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. 4.ed. Bauru: Edipro, 2008.

BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, Hernán; Paula; Rodrigo Sánchez. **Teoria do Direito e Análise Conceitual**. In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. Uma Discussão sobre a Teoria do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FUKUYAMA, Francis. **The End of the History and the Last Man**. London: Penguin, 1993.

_____. **The End of the History?** Disponível em: <<http://ps321.community.uaf.edu/files/2012/10/Fukuyama-End-of-history-article.pdf>>. Acesso em: 17 abr.2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

HUNTINGTON, Samuel. **O Choque de Civilizações**. São Paulo: Ponto de Leitura, 2010.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica**: uma introdução geral à fenomenologia pura. Aparecida: Ideias e Letras, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000016.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes: 2000.

LAGO, Pedro Corrêa do. **O Século XIX nos Documentos Latino-Americanos**. São Paulo: Capivara, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Por que Teorizar sobre a Teoria do Direito?** In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. Uma Discussão sobre a Teoria do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

34

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. Disponível em: http://www.amazon.com.br/Manifesto-Comunista-Friedrich-Engels-ebook/dp/B00AGAOKQE/ref=sr_1_1?ie=UTF8&qid=1398114898&sr=8-1&keywords=manifesto+comunista. Acesso em: 21 abr. 2014. Publicado em: 30 nov. 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MUGGAH, Robert. **Repensar o Ocidente**. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=3059&tipo=acervo>. Acesso em: 18 abr. 2014.

MÜLLER, Friedrich. Entrevista com Friedrich Müller. **Revista Sequência**, Florianópolis, ano XXVI, n. 51, p. 9-30, dez. 2005.

_____. **Teoria Estruturante do Direito**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NIETSCHE, Friedrich. **O Nascimento da Tragédia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

OLIVEIRA, Edmundo. **A ONU e o Tráfico de Pessoas**. Orlando: USPIT, 2013.

PEREIRA, Matheus Bevilacqua Campelo. **O Positivismo Conceitual de Hans Kelsen e o Neojusnaturalismo Finissiano**: um debate em torno da justiça [dissertação de mestrado]. Rio de Janeiro. Faculdade de Direito da PUC-RIO; 2010. Disponível em: http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=17122@1. Acesso em: 20 jun. 2014.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **A Validade da Norma Jurídica**. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *A Validade e a Eficácia das Normas Jurídicas*. Barueri: Manole, 2005.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RAZ, Joseph. **Pode Haver uma Teoria do Direito?** In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *Uma Discussão sobre a Teoria do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RICOEUR, Paul. **Del Texto a la Acción**: ensayos de hermenéutica II. 2.ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

SANTO AGOSTINHO. **City of God**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cc000062.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2014.

SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: < <http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf> >. Acesso em: 03 out. 2014.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. **Elementos de Direito Comparado**: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

SIGMUND, Freud. **O Mal-Estar na Civilização**. São Paulo: Penguin e Companhia das Letras, 2011.

Data de Submissão: 06/10/2014

Data de Aprovação: 09/03/2015.