

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO/CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

Micaela Afonso Lamounier

A IMPOSSIBILIDADE DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NOS ESTADOS ANTIDEMOCRÁTICOS ATRAVÉS DA CONCEPÇÃO
SALGADIANA DE JUSTIÇA

Belo Horizonte

2019

Micaela Afonso Lamounier

**A IMPOSSIBILIDADE DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NOS ESTADOS ANTIDEMOCRÁTICOS ATRAVÉS DA CONCEPÇÃO
SALGADIANA DE JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Ricardo Henrique Carvalho Salgado.

Belo Horizonte

2019

L236i Lamounier, Micaela Afonso
A impossibilidade da efetivação dos direitos fundamentais nos estados
antidemocráticos através da concepção salgadiana de justiça / Micaela
Afonso Lamounier. – 2019.

Orientador: Ricardo Henrique Carvalho Salgado.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito – Filosofia – Teses 2. Direitos fundamentais – Teses
3. Justiça (Filosofia) – Teses 4. Salgado, Joaquim Carlos I. Título

CDU 340.12



DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL^a. MICAELA AFONSO LAMOUNIER

Aos dezessete dias do mês de dezembro de 2019, às 15h00m, na Sala 207 da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado (orientador da candidata/DOUTOR/UFMG); Prof.Dr. Joaquim Carlos Salgado (DOUTOR/UFMG) e Prof.Dr. Danilo Ribeiro Peixoto (DOUTOR/UFMG), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado da **Bel^a. MICAELA AFONSO LAMOUNIER**, matrícula nº **2018653673**, intitulada: "**A IMPOSSIBILIDADE DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS ESTADOS ANTIDEMOCRÁTICOS ATRAVÉS DA CONCEPÇÃO SALGADIANA DE JUSTIÇA**". Os trabalhos foram iniciados pelo Presidente da mesa e orientador da candidata, Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado, que, após breve saudação, concedeu a candidata o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Danilo Ribeiro Peixoto e Ricardo Henrique Carvalho Salgado. Cada examinador arguiu a candidata pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando a mesma, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito a candidata, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado (orientador da
candidata/DOUTOR/UFMG) *Aprovado*
Conceito:.....

Prof.Dr. Joaquim Carlos Salgado (DOUTOR/UFMG)
Conceito: *Aprovado*.....

Prof.Dr. Danilo Ribeiro Peixoto (DOUTOR/UFMG)



Conceito: *Aprovado*.....

1000 (com) A Banca Examinadora considerou a candidata *aprovada*....., com a nota
...Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Ricardo Henrique Carvalho Salgado, Presidente da Mesa e Orientador da candidata, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente Ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto da candidata.

BANCA EXAMINADORA:

Salgado
Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado (orientador da candidata/DOUTOR/UFMG)

J. C. Salgado
Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado (DOUTOR/UFMG)

D. Ribeiro Peixoto
Prof. Dr. Danilo Ribeiro Peixoto (DOUTOR/UFMG)

Micaela Atonso
- **CIENTE:** Micaela Atonso Lamounier (Mestranda)

AGRADECIMENTOS

Inauguro meus agradecimentos dedicando essa conquista ao meu bom Deus e a minha mãe celestial, Nossa Senhora Aparecida, dos quais a Ciência e a Filosofia não são capazes de explicar. Lembro-me de todas as vezes que busquei respostas e que não as tive de plano, mas com o tempo percebi a razão da vida tomar os rumos que tomou.

Agradeço a era da atuação positiva do Estado brasileiro na busca pela efetivação do direito fundamental à educação, que alguns chamam de Estado do Bem-Estar Social, outros de Populismo “barato”, dentre inúmeras definições, técnicas ou não. Nesse momento de fala pessoal não importa a nomenclatura, através do Prouni em tempos de graduação na Universidade de Itaúna e do ensino público gratuito no mestrado nesta querida Casa de Afonso Pena, ambos de excelente qualidade, que cheguei aqui. Para alguns o Estado é o único meio, a única solução.

Ao meu orientador, Professor Doutor Ricardo Henrique Carvalho Salgado, por me presentear com sua orientação, pela confiança e pelos ensinamentos que generosamente me compartilhou. Ao Professor Doutor Paulo César Pinto de Oliveira, pela contribuição imensurável e pela paciência nos momentos de dificuldade na produção deste trabalho.

A todos professores que fizeram parte do meu caminhar, da formação inicial até os dias atuais, em especial ao Professor Doutor Joaquim Carlos Salgado por ser a inspiração deste trabalho. Sua filosofia desperta toda urgência da efetivação dos direitos fundamentais, ter a oportunidade de conviver com esse grande jusfilósofo, de participar de suas aulas e colher suas lições de modo direto, sem intermediários, é uma benção divina.

Ao Professor Doutor Paulo Adyr Dias do Amaral, por ter me aberto as portas da Universidade Federal de Minas Gerais, ao Professor Doutor Paulo Roberto Cardoso, pelo carinho e apoio certo, e aos funcionários, sempre atenciosos, da Vetusta. Agradeço, ainda, todos periódicos e bibliotecas que tornaram essa pesquisa possível, especialmente a Revista Brasileira de Estudos Políticos, a Biblioteca da Faculdade de Direito da UFMG e a Biblioteca Municipal Ataliba Lago, de Divinópolis/MG.

Aos meus pais, Maurício e Vanda, pelo amor e apoio, por terem dado o máximo pela nossa família e por nos conscientizar da importância do estudo sério e comprometido. Aos meus irmãos, Mauricio Júnior, Júlio César, Luiz Otávio, Emiliano e Carlos Eduardo, meus maiores exemplos de devoção diária ao conhecimento, pelas injeções de ânimo, pelos

momentos de alegria em casa e por sempre me fazerem lembrar da importância que é ter para onde voltar.

Ao Gabriel, pelo amor, cuidado e dedicação inigualável. A você, minha sustentação certa em dias difíceis, dedico esta vitória. Ao Flocos, meu lindo anjinho de quatro patas, pelo bem que me faz, por todo doce e desesperado reencontro.

Ao Professor Mestre Diego de Alcântara Borba por despertar em mim a noção que a UFMG também dá guarida aos sonhadores interioranos, nada afortunados, que precisam se manter na capital, mas que sonham, acima de tudo, em ser verdadeiramente acadêmicos.

Aos amigos e familiares, especialmente Bianca, Yaçanã, Kelly, Fernanda, Thaís, Fabiana, Gabriela e Rebeca, por toda palavra de conforto e solidariedade que deixa a jornada mais leve e esperançosa. Bi, minha irmã de coração, minha fiel amizade que carrego desde à infância, você não imagina o quanto contribuiu para cada uma das minhas conquistas.

E, por fim, à família PSFQM Advogados Associados, em particular ao Angelo e à Carol, pela contínua compreensão em relação aos horários das aulas e pela amizade construída.

Estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia. [...]
Chegamos! Esperamos a Constituição como o vigia espera a aurora. [...]
Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca.
Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a
Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas
para a cadeia, o exílio, o cemitério.
A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.
Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da
liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura.
Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações,
principalmente na América Latina. [...]
O povo passou a ter a iniciativa de leis. Mais do que isso, o povo é o superlegislador,
habilitado a rejeitar, pelo referendo, projetos aprovados pelo Parlamento. [...]
O Estado autoritário prendeu e exilou.
A sociedade, com Teotônio Vilela, pela anistia, libertou e repatriou. A sociedade foi
Rubens Paiva, não os facínoras que o mataram. [...]
Foi a sociedade, mobilizada nos colossais comícios das Diretas-já, que, pela transição e
pela mudança, derrotou o Estado usurpador. [...]
A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à
mudança.
Que a promulgação seja o nosso grito.
Mudar para vencer. Muda Brasil."

(Ulysses S. Guimarães)

RESUMO

A presente dissertação propõe analisar as razões pelas quais não é possível a efetivação dos direitos fundamentais nos Estados antidemocráticos e, por consequência, inconcretizável se torna a realização da justiça da forma que é posta pelo mestre e também marco teórico deste trabalho, Joaquim Carlos Salgado. Para tanto, dado o valor social que possui os direitos fundamentais e valendo-se da filosofia e da ideia de justiça desenvolvida por Salgado, busca-se aproximar a realização dos direitos fundamentais com a democracia, de tal modo que se investigará no presente trabalho o porquê que se a comunhão de ambos não é possível o alcance da justiça no mundo contemporâneo. Destarte, há no Estado Democrático de Direito a dificuldade no tocante à efetivação de direitos basilares previstos nas Constituições, contudo tal desafio não se compara ao obstáculo existente nos países despóticos, tendo em vista que, em tais conjunturas, não é possível exigir o cumprimento desses direitos. Nesse sentido, a obra Salgadiana explica que primeiro há o despertar da consciência popular acerca da existência de um acervo de direitos fundamentais aplicáveis a todo ser humano, para que após sejam positivados na ordem jurídica e, por derradeiro, a fruição por todo sujeito de direito universal. Decerto, sem a efetivação dos multicitados direitos não é possível a justiça hodierna, eis que segundo o autor supra, a justiça contemporânea se realiza através do *maximum* ético, onde os direitos fundamentais são previstos e efetivados no Estado Democrático de Direito. Desta forma, o propósito desta pesquisa é contribuir no sentido de trazer à luz do debate a concepção de que as nações despóticas não ofertam ao seu corpo social a efetivação dos direitos subjetivos considerados fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Estado Democrático de Direito; Estado Antidemocrático; Ideia de Justiça; Joaquim Carlos Salgado.

ABSTRACT

The present dissertation proposes to analyze the reasons why it is not possible to enforce fundamental rights in anti-democratic states and, consequently, inconceivable becomes the realization of justice in the way that is set by the master and also theoretical framework of this work, Joaquim Carlos Salgado. Therefore, given the social value of fundamental rights and the use of the philosophy and idea of justice developed by Salgado, it seeks to approximate the realization of fundamental rights with democracy, in such a way that the present study will investigate why, without the communion of both, the achievement of justice in the contemporary world is not possible. Thus, there is in the Democratic State of Law the difficulty regarding the enforcement of basic rights provided for in the Constitutions, however, this challenge is not comparable to the obstacle existing in despotic countries, taking into account that, in such situations, it is not possible to demand the enforcement of these rights. In this sense, the work *Salgadiana* explains that first there is the awakening of popular awareness about the existence of a collection of fundamental rights applicable to every human being, so that after they are positivized in the legal order and, ultimately, the enjoyment by every subject of universal law. Certainly, without the realization of the multiplied rights, today's justice is not possible, since, according to the author above, contemporary justice is realized through the maximum ethical, where the fundamental rights are foreseen and realized in the Democratic State of Law. Thus, the purpose of this research is to contribute in order to bring to the light of the debate the conception that despotic nations do not offer to their social body the effectiveness of subjective rights considered fundamental.

Key words: Fundamental Rights; Democratic state; Antidemocratic State; Idea of Justice; Joaquim Carlos Salgado.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. DIREITO, ESTADO E JUSTIÇA EM JOAQUIM CARLOS SALGADO.....	18
2.1. A ideia de justiça no pensamento de Joaquim Carlos Salgado.....	18
2.2. O Direito e o Estado como Maximum Ético.....	28
2.3. A posição dos direitos fundamentais no interior do Estado Democrático de Direito.....	35
3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	43
3.1. Evolução histórica dos direitos fundamentais.....	43
3.2. Conteúdo dos direitos fundamentais.....	50
3.3. As Constituições e os direitos fundamentais.....	60
4. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	64
4.1. A posição de Joaquim Carlos Salgado: consciência, positivação e fruição.....	64
4.2. Distinções conceituais: eficácia, efetividade e efetivação dos direitos fundamentais	69
4.3. Hermenêutica dos direitos fundamentais.....	75
5. ESTADOS DEMOCRÁTICOS E ANTIDEMOCRÁTICOS: O PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	81
5.1. Estados Democráticos: uma breve noção de Democracia.....	81
5.2. Estado Democrático de Direito em Joaquim Carlos Salgado.....	87
5.3. Os Estados Democráticos, os Antidemocráticos e o desafio da efetivação dos direitos fundamentais: um diálogo com Joaquim Carlos Salgado.....	90
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100

1. INTRODUÇÃO

Esta dissertação de Mestrado é apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, à linha de pesquisa Estado Razão e História, mais especificamente à área de estudo Teoria da Justiça.

Tem como temática os direitos fundamentais sob a perspectiva dos Estados Antidemocráticos mediante à ideia de justiça do Professor Doutor Joaquim Carlos Salgado, o grande marco referencial deste trabalho. Pretende, humildemente, responder a problemática posta, qual seja, o porquê que em Estados despóticos não há a preocupação fulcral de realizar os direitos subjetivos fundamentais e, por consequência, possibilitar aos sujeitos de direito o acesso às benesses da justiça contemporânea, notadamente na versão Salgadiana.

Insta ressaltar que o Professor Doutor Joaquim Carlos Salgado [1939-]¹, Catedrático da Cadeira de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, merece todos os méritos por ser o grande precursor da Escola Jusfilosófica Mineira na Faculdade de Direito da citada Universidade.

No que concerne ao desenvolvimento desta pesquisa, tem-se que está dividida em quatro partes, sendo a primeira delas e o segundo capítulo, o comunicado *Direito, Estado e Justiça em Joaquim Carlos Salgado*, que concentrará em dispor sobre a ideia de justiça de Salgado, com nascedouro nas concepções greco-romanas, onde a justiça para os gregos era temática da moral, ação moral de um indivíduo moral, vigente na consciência moral de um povo, enquanto que para os romanos, a justiça era assunto do Direito, presente no âmbito da consciência jurídica romana.

Nessa linha, o ideário de justiça do Professor Joaquim Carlos Salgado propõe uma justiça universal, na qual a todos devem ser asseguradas condições dignas de vida. Para tanto,

¹Joaquim Carlos Salgado nasceu em 1939, em Nepomuceno, Minas Gerais. Graduou-se em Direito em 1962, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e em 1973 em Filosofia, também na referida Universidade. Em 1976, tornou-se professor de Filosofia e de Teoria do Direito, em 1980, na mesma Faculdade. Finalizou o doutorado em 1985, desenvolvendo a tese *A ideia de Justiça em Kant: seu fundamento na Liberdade e na Igualdade*, que mais tarde seria uma das mais respeitáveis produções acadêmicas, fonte obrigatória para quem quer compreender Kant em sua profundidade. Em 1991, se assentou como Professor Titular de Teoria Geral e Filosofia do Direito com a obra *A ideia de Justiça em Hegel*, trabalho que o consagrou como uma das grandes referências nacionais e internacionais no estudo da Filosofia do Direito. Em 2006, publicou *A ideia de Justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do Direito como maximum ético*, que é a obra que dá fundamento ao presente trabalho e, por derradeiro, em 2018, lançou *A ideia de Justiça no Período Clássico ou da Metafísica do Objeto a Igualdade*.

os países ricos e desenvolvidos financiariam países emergentes a fim de garantir o alcance da justiça por cada indivíduo, de forma igual e universal.

Para o autor, não há que se falar em um mundo justo se, por exemplo, nos Estados Unidos da América seu povo tem garantido seus direitos considerados fundamentais, enquanto que nas favelas brasileiras, o indivíduo não compartilha da mesma realidade de efetivação dos direitos. Deste modo, a justiça deve ser pensada a partir de um contexto universal, e não individual, nos quais os direitos fundamentais serão usufruídos por todos².

Nesse sentido, tem-se que a referida ideia de justiça parte do pressuposto greco-romano de justiça até alcançar a sua forma mais avançada, a saber, nos direitos fundamentais, onde a moral é superada pelo direito em razão dos elementos morais, que antes eram compartilhados subjetivamente, até o momento em que a norma moral é universalmente partilhada, alcançando a objetividade da lei.

Tal concepção se dá no plano do Estado Democrático de Direito que é a face estatal que declara os direitos fundamentais e que se submete a sua própria norma. Muito embora, mais adiante, tal forma de Estado sofrera uma ruptura ética, dividindo o Estado em ético, que tem finalidade ética, e em poiético, regido por um grupo burotecnocrata que impõe seus interesses aos grupos políticos, jurídicos e sociais, em prejuízo do bem-estar social.

Nesta baila, surge a ideia do direito como *maximum ethicum* atribuindo, igual e universalmente ao sujeito de direito universal, um rol de direitos considerados essenciais à vida e à dignidade humana, assegurados constitucionalmente na Carta Constitucional de um país regido pela democracia. Isso se deve ao fato que o direito constitui a maior expressão dos valores éticos que passam a ser universais quando sobressaem a consciência moral, adentrando na consciência jurídica de determinado agrupamento social.

Aqui os valores centrais alcançam a universalidade formal e material em razão de um processo que inicia na Grécia antiga, com o cidadão da polis, que passa pelo sujeito de direito privado em Roma, portador de uma *actio*, até alcançar, por derradeiro, o sujeito de direito ou cidadão livre, possuidor de direitos público e privados, munido de uma *actio* representativa.

A ideia de justiça no mundo contemporâneo aceita a concepção kantiana e hegeliana, tendo em vista que prega a justiça como efetivação dos valores da igualdade e da liberdade, entendimento de Kant, inserindo, nesse contexto, o valor do trabalho, quesito de Hegel.

Dito isto, percebe-se o quão importante é obra do Professor Salgado no estudo da Filosofia do Direito, pois revisita as teorias de justiça anteriores para apresentar seu ideário

²SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 56.

próprio de justiça com vistas a atribuir a cada homem os direitos subjetivos fundamentais. Tal ideia resulta da consciência jurídica de que existe um elenco de direitos que devem ser atribuídos, da positivação desses direitos nas Constituições e da plena efetivação pela sociedade.

Com o Estado de Direito nasce o Estado Constitucional, responsável por dar fundamento aos direitos tidos como fundamentais, haja vista ser o paradigma do Estado que tutela as garantias individuais e coletivas, assim como, limita o poder, sujeitando o político ao direito. É justamente a declaração de referidas garantias que dá estrutura a um Texto Constitucional com raízes democráticas.

Após o Estado Liberal e o Estado do Bem-Estar Social, a personalidade estatal desemboca no Estado Democrático de Direito, estágio atual do Estado de Direito, onde a preocupação medular é a realização dos valores mais caros de uma cultura na forma de prerrogativas fundamentais. Valioso é o formato estatal hodierno, vez que proporciona à cada indivíduo poder por meio do voto, possibilitando que todos participem nas decisões políticas.

No que tange à discussão do terceiro capítulo denominado *Os Direitos Fundamentais*, infere-se que com o Direito Moderno surge o Estado de Direito e, com ele, a tradição do Constitucionalismo. Diante do Estado Liberal, se tem o Constitucionalismo clássico, responsável por retirar do ente absoluto o poder, a fim de dar-lhe ao povo, além de consagrar ao homem um catálogo de direitos individuais de primeira geração.

Conhecido como o Estado que pregava a não atuação do Estado na vida humana, o Estado Liberal passou a não mais ser suficiente para o corpo social, que exigia novos direitos que combatesse a desigualdade, onde o Estado interferisse no sentido de promover condições mínimas de sobrevivência.

Desse cenário surge o Estado do Bem-Estar Social, nascido na segunda fase do Direito Moderno, originando o Constitucionalismo social, que concedia à pessoa um repertório de direitos sociais de segunda geração, que tinha como cerne direitos sociais, culturais e econômicos.

Nessa baila, ante os anseios do século XX, novamente o modelo estatal que prevalecia à época se via impotente para atender a nova sociedade, sendo necessário, portanto, uma refiguração do Poder Público. Neste momento, se tem a terceira fase do Direito Moderno, própria do Constitucionalismo Contemporâneo Democrático, que oferta ao sujeito de direito garantias de terceira geração, chamadas de interesses ou direitos difusos.

Registra-se que apesar da evolução do Estado de Direito, a superação do um formato do Estado por outro jamais significou dizer em abandono dos direitos anteriormente

conquistados. O que houve foi que, à medida que se tinha por parte da comunidade o reclame por novas prerrogativas, se conservava as garantias dadas e se acrescentava outras, como se vê agora, por exemplo: o sujeito de direito contemporâneo permaneceu com o direito à liberdade, prerrogativa de primeira geração, auferiu o direito à educação de segunda geração e passou a dispor dos direitos difusos da terceira geração, enquanto componente de uma coletividade.

A história é responsável por apresentar novas gerações de direito fundamentais, sendo que tal fato nos permite dizer que o processo quantitativo e qualitativo de obtenção garantia, por ora, parece infundável.

Cabe ressaltar que Salgado preceitua que os direitos fundamentais são um conjunto de valores máximos, atribuídos a todos de forma igual e universal³, previstos na Carta Magna de um povo, além de constituir a base dos demais direitos⁴. Os direitos fundamentais de primeira geração, classificados como *status negativus* de Jellinek, são, exemplificativamente, o direito à liberdade, à vida, à propriedade, à segurança e à igualdade, que em nossa atual Constituição da República estão preditos no artigo 5º, *caput*.

Já os direitos sociais de segunda geração têm como anseio principal a busca pela igualdade, não apenas formal, mas material. Possuem como centro os direitos sociais, econômicos e culturais, constituindo o *status civitatis* de Jellinek, posto que exige do Estado uma atuação positiva em prol do cidadão. Se tem em nossa Constituição de 1988, o direito ao trabalho, à educação, à saúde, à previdência social, dentre outros, todos estes dispostos no artigo 6º.

Em sequência, há os direitos de terceira geração, peculiar em sua titularidade, eis que são garantias dadas à coletividade, aos grupos, como, *exempli gratia*, o direito ao meio ambiente saudável, à paz, ao desenvolvimento e à conservação do patrimônio histórico e cultural. Há, ainda, os direitos de quarta e quinta geração, tratados pelo Professor Doutor José Luiz Borges Horta como desdobramentos dos núcleos das três primeiras gerações⁵.

³ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 8.

⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 16.

⁵ 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 277.

Assim, é possível afirmar que o movimento Constitucionalista demonstra ser basilar para os direitos fundamentais, posto que é o meio pelo qual os valores de cumeada se revelam. Sabe-se a qualidade de uma Constituição através dos direitos que esta garante.

Nesta ordem de ideias, tem-se o quarto capítulo, *A Efetivação dos Direitos Fundamentais*, que iniciará discorrendo acerca da distinção entre consciência, positivação e fruição de direitos. Dito isto, primeiro é necessário que os direitos fundamentais sejam inseridos na consciência jurídica, que constitui um elemento interior que realiza a liberdade, em seguida, há a positivação desses direitos em uma ordem política posta democraticamente e, por fim, existe a verdadeira fruição pelo sujeito de direito. São esses os três momentos que alcançam a ideia de justiça do professor Salgado.

Há que se ter em vista também a diferença existente entre a eficácia, a efetividade e efetivação do direito. Eficácia é a possibilidade de uma norma surtir todos seus efeitos; já a efetividade, também conhecida como eficácia social, é a real concretização de uma lei, aproximando o dever-ser, que almeja a norma, do ser da realidade; e a efetivação que é quando se torna imperioso a ação do Poder Judiciário para a concretização de uma prerrogativa.

Ressalta-se que os preceitos normativos são divididos de acordo com sua eficácia em normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Outrossim, para a devida interpretação das normas que tratam dos direitos fundamentais, Salgado apresenta três princípios, quais sejam, *princípio da ponderabilidade ou do maior peso*, *princípio da extensibilidade maior* e *princípio da imediatidade*⁶. O primeiro preceitua que o Texto Constitucional deve ser interpretado segundo sua ideologia e valores, ao passo que o segundo diz que essas normas devem ser compreendidas de forma mais abrangente e o terceiro ensina que as regras que versam sobre direitos subjetivos fundamentais têm aplicação imediata.

O quinto e último capítulo intitulado *Estados Democráticos e Antidemocráticos: o problema da efetivação dos direitos fundamentais*, tem a função de apresentar o conceito e as características da democracia e da antidemocracia. No Estado democrático, há uma séria

⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 257.

busca pela garantia dos direitos humanos e pela tutela desses na ordem jurídica interna e externa, sendo a proposta mundial uma sociedade internacionalmente democrática⁷.

Isto posto, o Estado Democrático de Direito se revela o mais próximo do Estado de Direito, posto que mostra se guiar pela racionalidade e pela liberdade humana, onde o poder político é praticado pela sociedade, diferentemente do Estado despótico que é exercido por um representante ou por poucos⁸.

A democracia aplicável atualmente não é a direta, representada pelos debates na ágora das cidades-Estados, mas sim a representativa, eis que a primeira se mostrou inviável diante do alto número de votantes e da extensibilidade do espaço geográfico.

Quanto mais se confere poder a maior número de pessoas, mais se obsta o autoritarismo, isso ocorre, especialmente, uma vez que quem cria e executa a lei igualmente deve se sujeitar a esta, evitando, assim, o abuso por via da norma jurídica. O grande mérito da democracia é defender que o homem possui total capacidade para definir os rumos de sua vida, afastando a influência de um soberano.

A democracia é a forma de governo que permite que mais cidadãos participem das decisões políticas de seu país, prevalecendo a vontade da maioria sobre a da minoria. Tal fato é em razão do sufrágio universal, bandeira do Estado democrático, outorgando a todos o direito ao voto, salvo raras exceções.

Lado outro, na ideia de justiça contemporânea de Salgado, a garantia dos direitos fundamentais é defendida no texto normativo, tendo como povo uma sociedade de pessoas livres, além de ser a forma política que se submete às leis. Na democracia, é legítima a titularidade que aqui tem raízes na vontade popular e estruturada na separação de poderes. O jusfilósofo mineiro leciona que os direitos fundamentais são as previsões mais importantes de uma Constituição vigente em uma nação democrática, isso porque, através destes se concretizam os valores mais caros, como a liberdade.

Conquanto, faz parte também do escopo de trabalho desta dissertação investigar se os mesmos direitos subjetivos fundamentais são compatíveis com a antidemocracia. Em sua essência, a ditadura, a tirania e despotismo constituem termos distintos, nascendo a ditadura por meio de um magistrado que era nomeado legitimamente em circunstâncias atípicas por período limitado, ao passo que a tirania sempre foi ilegítima, atemporal e absoluta e, o

⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 4ª Edição. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007, p. 384-386.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Para uma teoria geral da política. 13ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 137.

despotismo era legítimo e não temporário. Seguindo o posicionamento dos autores que dão base à presente pesquisa, este texto não fará uso diferenciado das referidas nomenclaturas.

A democracia supera a antidemocracia em razão de sua essência ética. Explica Salgado que o direito também é o antidireito ultrapassado pelo direito racional e ético⁹. Sendo assim, a ditadura, apesar de cruel em seus efeitos, fora importante para alcançar o estágio democrático hodierno, não devendo ser negado sua existência, uma vez que impulsionou a formação do Estado vigente, tratando-se, portanto, de um movimento dialético do direito e do antidireito.

O déspota não possui consciência jurídica, mas sim poiética e política¹⁰, onde o direito tem a função única de garantir o poder. Enquanto a democracia lança suas bases em um acordo social, o *pactum societatis*, a ditadura decorre do *comando-obediência*, que impõe à coletividade o cumprimento das ordens de um soberano¹¹. Além disso, nos regimes autoritários, seus cidadãos não se veem como sujeito de direitos universais¹².

É nesse sentido que esta dissertação defenderá que, em que pese a grande dificuldade que se experimenta nos dias correntes no Estado Democrático de Direito, a saber, a real concretização dos direitos fundamentais, tal questão é infinitamente melhor do que viver sob as rédeas de um regime totalitário, no qual, comumente, não há a previsão de direitos, e mesmo quando são declarados, não podem ser reivindicados, sob pena destes irem de encontro aos interesses despóticos, gerando sérias ameaças à vida, à dignidade e à integridade.

Cumprido os objetivos dos capítulos ora explicitados, discorrendo sobre a ideia de justiça do Professor Doutor Joaquim Carlos Salgado, acerca da evolução do Estado de Direito e da impossibilidade de realizar os direitos subjetivos fundamentais no âmbito autoritarista, este trabalho apresentará suas considerações finais, que descreverá as ideias desenvolvidas, pretendendo responder o problema ora proposto nesta introdução, que deu origem à pesquisa.

Esperamos, de fato, contribuir para a experiência acadêmica do leitor. Vamos ao desenvolvimento.

⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3.

¹⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3.

¹¹ BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 98.

¹² BROCHADO, Mariah Ferreira. *Direito e Ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy, 2006, p. 252.

2. DIREITO, ESTADO E JUSTIÇA EM JOAQUIM CARLOS SALGADO

Trata-se este capítulo de uma breve explanação acerca do pensamento de Joaquim Carlos Salgado, destacando as questões imprescindíveis à compreensão da ideia de justiça proposta pelo autor. Salgado desenvolve sua ideia de justiça, amparada nos direitos fundamentais e entendida como valor fundante no desdobramento da racionalidade imanente do direito¹³.

A concepção de justiça apresentada por Salgado é encontrada mormente em sua obra *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*, muito embora o jusfilósofo tenha se dedicado à investigação do tema em inúmeros outros trabalhos.

No livro supra, o autor esclarece que a ideia de justiça se desenvolve por meio de uma matriz greco-romana, onde a justiça deriva de um conceito jurídico instituído pelos romanos, isto é, de uma consciência jurídica, e não da consciência moral proveniente dos gregos. Assim, o modelo jurídico atual se extrai da consciência jurídica dada pela experiência em Roma, através da processualidade histórica.

Os romanos foram os primeiros a dar ao direito *status* de ciência no ocidente, razão pela qual Salgado usa da filosofia destes como alicerce de sua teoria. À frente, buscar-se-á evidenciar os principais conceitos que cingem a ideia de justiça fundada por Salgado.

2. 1. A ideia de justiça no pensamento de Joaquim Carlos Salgado

A ideia de justiça no mundo contemporâneo apresentada por Salgado advém da processualidade histórica da jurística no Ocidente até chegar no seu ponto de cumeada, qual seja, a efetivação dos direitos fundamentais previstos nas Constituições que estão sob o pálio do Estado Democrático de Direito¹⁴.

¹³ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 8.

¹⁴ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1.

Segundo essa teoria, a efetividade dos direitos subjetivos tidos como fundamentais só se dá se analisada sob uma ordem *planetarizante*¹⁵: a concretização destes direitos deve ocorrer de um modo global, em todo mundo, de sorte que não há que se falar no alcance do *maximum* ético se em algumas regiões brasileiras há efetivação dos direitos fundamentais, mas nas favelas não, se nos Estados Unidos da América existe efetividade, porém não há nos países do continente africano.

Salgado defende que a concretização universal da justiça é possível apenas quando há efetivação da justiça para todos indivíduos. Assim, a justiça não pode ser considerada sob a singularidade de um país, pelo contrário, a justiça deve ser analisada a partir de um contexto global, tendo as nações desenvolvidas e economicamente prósperas o dever de auxiliar os países pobres e emergentes no alcance da equiparidade.

O propósito deste conceito é que toda a humanidade usufrua das benesses da justiça, de forma que os Estados ricos financiem para que os demais alcançassem condições materiais mínimas para a obtenção da justiça. Este é o conceito de realização de justiça social capaz de assegurar que cada indivíduo e sociedade tenham paridade de oportunidade, pois se assim não for, não há que se falar em justiça no mundo contemporâneo.

Cumprе esclarecer que o termo *ideia* de justiça usada por Salgado é objeto de um resultado dialético entre o que é justo e o que é injusto, processo esse no qual se origina a lei, sendo certo que tal expressão no presente uso não está relacionado ao sentido de ideal, sonho, fantasia, mas sim de realidade, de concretização: “A justiça aqui é entendida como uma ideia; ideia, porém, concebida na processualidade histórica, portanto como a racionalidade (inteligibilidade ou idealidade) imanente do direito positivo que se processa no tempo histórico (...)”¹⁶.

Na processualidade histórica do valor justiça, se destacam três momentos vitais para a sua realização dialética, quais sejam, (i) o período clássico, da Metafísica do Objeto, que vai de Thales de Mileto a Santo Tomás de Aquino, cujo o valor da justiça é a igualdade, (ii) o período moderno, da Filosofia do Sujeito, que parte de Descartes a Kant, onde se acrescenta à ideia de justiça o valor da liberdade, entendendo a justiça como desdobramento da igualdade e da liberdade e, por fim, (iii) o período contemporâneo, da Metafísica Especulativa, a começar de Hegel adiante, em que o valor do trabalho se junta aos valores da

¹⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 246.

¹⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1.

igualdade e liberdade para ampliar a justiça no prisma social sem abandonar a efetivação do bem jurídico particular.

Salgado define os três momentos como:

α) o período clássico da metafísica do objeto, em que o valor configurador da justiça é a igualdade e que, para todos os efeitos de um estudo de Filosofia do Direito, dirigido ao tema da justiça como ideia, vai de Thales de Mileto a Santo Tomaz de Aquino, compreendendo o desenvolvimento de três culturas: a cultura grega, a cultura romana e a cultura cristã, que assume a cultura pagã, greco-romana; β) o moderno, o da Filosofia do Sujeito, em que se insere na ideia de justiça o valor da liberdade como conteúdo da igualdade (de Descartes a Kant); e χ) o contemporâneo, o da Metafísica Especulativa, em que o valor do trabalho, juntamente com a igualdade e a liberdade aparece dimensionando a ideia de justiça no plano social, sem deixar de ser a realização do bem jurídico de cada um, isto é, da pessoa, o destinatário em que a justiça tem realidade, mesmo se se trata da denominada justiça social, caracterizada pela prestação (dever) de fazer do Estado (de Hegel em diante)¹⁷.

Insta dizer que na última fase, a contemporânea, a ideia de justiça se realiza nos três valores igualdade, liberdade e trabalho na forma dos direitos fundamentais como consciência, declaração e efetivação desses direitos:

A ideia de justiça nesse momento realiza esses três valores, a igualdade, a liberdade e o trabalho, na forma dos direitos fundamentais: como consciência (saber) da juridicidade desses valores (universal abstrato); como declaração (querer) desses valores como direitos, por ato de posição empírica (particular) na constituição; como efetivação desse direito na forma de fruição pelo sujeito de direito (universal concreto)¹⁸.

A justiça se realiza no Estado Democrático de Direito através dos direitos fundamentais, vez que nesses Estados o sujeito de direito goza da verdadeira liberdade. Na democracia é onde ocorre a consciência e a previsão dessas garantias, já que esse processo dialético de consciência, declaração e efetivação não pode ser imposto nas autocracias.

O direito se realiza na liberdade subjetiva e objetivada que começa com o cidadão grego, passa pelo homem livre que é a pessoa de direito em Roma até alcançar o indivíduo livre ou sujeito universal de direito na Revolução Francesa, onde a liberdade passa a ser universal¹⁹.

¹⁷ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1-2.

¹⁸ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 2.

¹⁹ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3.

A liberdade é inerente ao homem, todavia pode ser limitada pelo Estado por meio da coerção ou pelo direito, sendo o próprio Estado responsável por impor normas jurídicas para o emprego cerceado e legitimado da força, de modo que cada indivíduo é livre, não se submetendo a vontade de outrem, terminando a sua liberdade quando inicia a do outro, em um exercício de harmonização de liberdades.

Nos dizeres de Jose Luiz Borges Horta e Karine Salgado:

Ser livre é agir segundo a razão, o que exige, para além da capacidade de não se determinar por inclinações, a possibilidade de efetivar a ação. Para tanto, é necessário que os outros também se orientem segundo leis racionais, sob pena de mau uso do arbítrio impedir o exercício do livre-arbítrio dos demais. A liberdade é a mesma para todos porque todos são igualmente racionais, e tem como condição inafastável a limitação do arbítrio de cada um. O direito se encarrega, então, dessa limitação, como forma de garantir a liberdade. Como conjunto de leis exteriores, postas para todos, ele parece não se conciliar com a liberdade, tomada como autonomia. Daí a necessidade de ser o direito expressão da racionalidade, sob pena de não garantir a liberdade que o justifica²⁰.

É nesse sentido que se afirma que os romanos produziram dois momentos da liberdade de muito destaque, quais sejam, a liberdade de decisão ou livre-arbítrio e a autodeterminação ou autonomia da vontade. Os romanos foram os grandes responsáveis por introduzir a liberdade na ideia de justiça: a liberdade de decisão e de autodeterminação privada é ilimitada para si mesmo e limitada em relação ao outro²¹.

Cumprе ressaltar que o direito equivale a todo procedimento que inclusive se encontra o antidireito dos Estados antidemocráticos como fase que deve ser superada no direito positivado através da razão, constituindo forma de outorga universal da liberdade no Estado de Direito.

Nesses países onde não se predomina a democracia, subscritores da Carta das Nações Unidas, existe a declaração de direitos, mas não sua concretização, o que não significa que o despotismo deva ser visto como fase a não ser acolhida pelo direito, já que se trata de etapa comumente existente que será superada pelos princípios democráticos²².

O direito origina no mundo Ocidental como instituto a regular conflitos entre vontades livres, como agente que efetiva as mais diversas formas de liberdade. Ao ver dos romanos, a ideia de justiça está incorporada ao Direito. Embora para os gregos a justiça não

²⁰ HORTA, José Luiz Borges; SALGADO, Karine. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2017, p. 46/47.

²¹ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 59.

²² SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3.

fosse própria do direito, inegável é que a filosofia grega serviu de alicerce para que a concepção romana avançasse no sentido do estudo da justiça, fazendo imprescindível uma curta exposição sobre o tema.

Diferente dos romanos, a tradição grega acreditava que a justiça e o direito eram valores distintos. Platão entendia como justo aquilo que poderia ser conferido a cada indivíduo e, para tanto, usava da virtude como forma de parâmetro.

Aos gregos, considerados altamente virtuosos, cabiam os cargos de governantes, comerciantes e combatentes, sendo dos juristas o dever de indicar o que é justo. Nesse contexto, a justiça possuía viés político, competindo identificar o ofício de cada um, restando aos cidadãos da *polis* aceitar a sua sina.

Aristóteles parte da mesma premissa de que o justo é atribuído à pessoa através da virtude, todavia virtuoso era visto como aquele que realizava a virtude de modo mais frequente, compreendendo a virtude como um hábito a ser perseguido a fim de alcançar a *eudaimonia*²³. Com o autor grego, a justiça passou a ser aplicada como forma de solucionar conflitos na cidade, momento de chegada do conceito de equidade entendida como justiça no caso concreto.

Entretanto, apesar da contribuição de Aristóteles de patente importância, este não distinguiu direito da moral, bem como, cuidou da justiça na ética como virtude moral e não do direito²⁴, o que gerou penosas consequências para o estudo da filosofia, sobretudo para a ideia de justiça²⁵.

O direito e a moral são duas faces do ético, findando a moral na consciência moral após se ter ciência, dirimir e assumir o ato moral, onde o cerne está no sujeito do ato moral, isto é, no sujeito de dever. No direito, o sujeito de direito é o centro da relação, vez que é quem exige o cumprimento do dever, seja de forma espontânea, seja coercitivamente²⁶.

Tanto na realização espontânea do dever, quanto na coerção, existe a consciência jurídica, que no primeiro caso está no sujeito de dever e, no segundo, no terceiro neutro.

²³ Aristóteles entendia que a *eudaimonia*, isto é, a felicidade, como o bem principal do ser humano, que precisa se realizar como perfeição do ser no contexto social. A política, neste cenário, é o meio pelo qual se alcança a felicidade e, o Estado, possuidor do dever de garantir a felicidade ao seu povo. In: SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético, *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, n. 02 de 1998 – Ano XVI, p. 46.

²⁴ Não há dúvidas que a justiça deveria ter sido considerada por Aristóteles como conceito jurídico, já que a justiça nada mais é do que bem jurídico.

²⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 50.

²⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 51.

Os romanos, inspirados pelos gregos, também usavam da regra de atribuição para conferir a cada um o que é seu. Contudo, tal regra, passou a ser regida por critérios jurídico, de sorte que justo é aquilo que o direito definir que deve ser atribuído ao indivíduo.

Nesse momento, a justiça deixa de ser ação moral do indivíduo moral para ser ação jurídica do sujeito de direito, do pensamento moral para o jurídico da justiça, justiça essa entendida como bem universal revelado no sujeito de direito, exigível universalmente. A partir desse conceito, a justiça passou a pertencer ao direito.

Nas palavras de Salgado:

A justiça passa, assim, da ação moral do sujeito moral para a ação jurídica do sujeito de direito, da consciência moral para a consciência jurídica da justiça que surge não como virtude moral a ser cumprida pelo sujeito de direito do dever moral, mas como bem universalmente reconhecido ao sujeito de direito e por ele exigível universalmente. Em Roma, a ideia de justiça encontra a sua morada. A justiça é, aí, assunto do direito²⁷.

Vale dizer, o sujeito de direito universal é o sujeito do direito privado, no qual a universalidade se faz presente em razão da *actio*, isto é, no direito universal de ação que se realiza através da força irresistível estatal através da coerção, direito que permite exigir coercitivamente o cumprimento do dever violado. A individualidade desse sujeito permite atingir a universalidade da sociedade.

É por mérito do direito romano que se alcança a positivação dos direitos fundamentais e é possível sua exigibilidade e efetividade no Estado Democrático de Direito, sendo a ideia de justiça primordial para que a história avançasse até os direitos universalmente reconhecidos na qualidade de direitos fundamentais. Foi em Roma que a justiça passou a ser compreendida como ideia do direito, no qual todo sujeito de direito universal pode exigir a aplicação e fruição dos direitos tidos como essenciais.

Percebe-se, portanto, que a distinção entre a consciência jurídica romana e moral grega está no mover polar da ideia da justiça: para os gregos a ideia de justiça se concentrava no sujeito possuidor do dever moral da prestação da justiça como virtude, enquanto que para os romanos o cerne é o sujeito titular de um direito.

A consciência jurídica dos romanos firma a sua importância quando desloca o portador do dever moral para o sujeito de direito, o qual se passa exigir coercitivamente o cumprimento do dever, como anota Salgado:

²⁷ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 54.

O que caracteriza a jurística romana como momento decisivo da formação do direito ocidental e como teoria do direito suportada com bases filosóficas é o deslocamento da ideia de justiça do homem moral da ética grega para a pessoa de direito (já em si mesma sujeito de direito), que constituiu o fundamento para o riquíssimo desenvolvimento do direito em Roma. [...]. Com efeito, a justiça tão bem estudada pelos gregos como virtude moral do indivíduo, cujo o dever é de ser cumprido pelo portador do dever espontaneamente, pois trata-se de dever unilateral que se esgota na pessoa do devedor, é, para os romanos, pensada ou teorizada e praticada pelo deslocamento do polo passivo do devedor para o destinatário do ato de justiça, o qual não espera passivamente o cumprimento espontâneo do dever moral, mas exige-o por receber do direito-lei o direito-faculdade correlato do dever do polo passivo da relação, tornando portanto esse dever exigível.²⁸

É nesse sentido que a justiça deixa de ser dever unilateralizado no interior do sujeito moral para assumir a consciência jurídica de direitos privados que, *a posteriori*, passaram a ser entendidos como direitos fundamentais.

A transformação dos direitos humanos em fundamentais é possível por meio da declaração positiva desses direitos, assim se tornando exigíveis e universais nos Estados democráticos, momento no qual o homem é verdadeiramente livre, passando a ser *sujeito universal de direitos universais*²⁹.

O poder é universal e concreto, porém o seu exercício é posto na particularidade e fundamentado na razão. A razão é o instrumento pelo qual se legitima a força. Desta feita, a consciência política é o meio que proporciona a passagem da consciência moral para a jurídica, que exalta a moral até o direito.

É nesse cenário que se constata que o direito romano foi o precursor da ideia de justiça que atinge seu ápice no mundo contemporâneo através do *maximum* ético.

Nesse diapasão, a ideia de justiça de Joaquim Carlos Salgado dispõe a respeito da teoria da justiça desde seus primórdios até alcançar a sua forma revelada no mundo contemporâneo:

A ideia de justiça no mundo contemporâneo deve ser buscada a partir de uma teoria de uma teoria do Estado Democrático de Direito, portanto dos direitos fundamentais, como resultado de vetores dialeticamente opostos da história do Ocidente: o poder como liberdade unilateralizada e o direito como liberdade bilateralidade (ou pluralizada)³⁰.

²⁸ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no período clássico ou da metafísica do objeto: a igualdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p.193/194.

²⁹ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 56.

³⁰ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1.

A consciência jurídica do romano se desenvolve até chegar no núcleo dos direitos subjetivos fundamentais no mundo contemporâneo, momento em que se realiza a liberdade concreta presente nos direitos políticos declarados nas Constituições dos Estados Democrático de Direito hodiernos, que fora iniciada no direito privado romano.

A ideia de justiça concebida por Salgado é o ponto de cumeada de todo o desenvolvimento histórico do *ethos* ocidental, no qual os valores máximos revelados nesse ínterim foram declarados nos preceitos constitucionais de países democráticos.

Posto isto, Salgado vê o direito como estado mais elevado no processo ético, onde a consciência moral dos gregos é suprimida pela consciência jurídica em Roma. Nesse sentido, a consciência moral é o assentar da lei moral observada pelo indivíduo que aponta seu próprio dever moral.

Conquanto, a lei moral é vista como universal pela consciência moral dos gregos, constituindo uma lei particular. Tal fato dá abertura à usurpação da consciência moral por uma autoridade externa que passa a ditar as normas morais, que, em inúmeras vezes, era a religião.

Move-se a consciência moral para a jurídica quando a lei moral particular se objetiva alcançando a lei jurídica, lei esta observada por todos, inferindo, nessa ótica, que o direito sub-roga a moral. É dizer: “Para os gregos a justiça é assunto da ética, ao passo que para os romanos (o que Kelsen parece não ter percebido) é tema do direito; o conceito de justiça é jurídico”³¹.

Desta feita, a superação da moral pelo direito é possível em razão da universalização dos conteúdos morais que eram compartilhados de modo subjetivo e abstrato. A partir do momento em que a norma moral é por todos partilhada, ela alcança a real universalidade posto que é compartilhada por toda a coletividade, que a aceita, dando-a caráter objetivo.

Essa natureza objetiva da lei é dada em razão da sua positivação que desloca o indivíduo da prestação moral, regida pelo homem portador de um dever moral como exercício da virtude, ao sujeito titular do direito, onde lhe é devido a realização de uma obrigação por outro sujeito que pode ser reivindicada juridicamente, configurando esse caminhar da consciência moral grega à consciência jurídica romana a ideia de justiça de Salgado³².

³¹ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 4.

³² SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 53.

Decerto, o direito se distingue da moral em razão de ser positivado formalmente, ou seja, a diferença recai sobre um critério puramente formal, tornando a lei exigível a todos universalmente. Sendo assim, uma vez não observada a norma jurídica, esta deve ser posta coercitivamente, através do acesso aos instrumentos públicos do Estado, onde o sujeito de direito, usando da *actio*, coage o cumprimento de uma obrigação.

Logo, percebe-se que a consciência jurídica é o despertar de um nós que positiva valores universalmente considerados por um corpo social e que formalmente os reconhecem como direitos. Tem-se aqui a importância da consciência jurídica que universaliza valores morais que possuíam anteriormente um núcleo interior e subjetivo.

Representativo é o olhar de José Luiz Borges Horta e Karine Salgado sobre os valores de alta importância social:

Também o Direito adota e realiza valores considerado preponderantes num dado contexto histórico. Não só a assunção de valores caracteriza o objeto cultural. A ordem jurídica é construída gradualmente e sua evolução depende da comunicação das conquistas de cada geração³³.

Dito isto, a ideia de justiça do jusfilósofo mineiro é a universalização máxima do direito pelo sujeito universal de direito no Estado Democrático de Direito, momento no qual se realiza a justiça na forma que é vista hodiernamente. Este é um processo que tem um enorme significado filosófico e que revela o brilhantismo de Joaquim Carlos Salgado.

Com efeito, a ideia de justiça de Salgado tem no Estado Democrático de Direito seu paradigma estatal, além de se formar na processualidade histórica que tem por medida última a realização dos direitos fundamentais.

Nessa esteira, o Estado Democrático de Direito para o jusfilósofo é aquele que se sujeita formalmente ao direito e materialmente declara os direitos fundamentais em seu Texto Constitucional, sendo dever do Estado ético, que tem por essência e finalidade a eticidade, concretizar os direitos subjetivos fundamentais previstos em seu ordenamento jurídico.

O Estado Democrático é imprescindível para que a coletividade seja livre, tendo como sustentação a legitimidade do poder definido pelo direito, situação necessária para que se obtenha a pacificação mundial. Ressalta-se que o poder legítimo é o que procede da vontade popular como se um grande contrato social fosse³⁴.

³³ HORTA, José Luiz Borges; SALGADO, Karine. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2017, p. 115.

³⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 254-255.

A democracia exige que, para que o poder seja considerado legítimo, que tenha origem e exercício baseado no povo que é o seu único titular. É nesse sentido que se encontra a ideia de justiça no mundo contemporâneo, que se manifesta na efetividade do direito da estrutura social universalmente justa, que concretiza a legitimidade do poder oriunda da vontade popular por meios democráticos, objetivando a declaração de direitos fundamentais e sua plena concretização.

Entretanto, para que referido contrato social seja de fato democrático é preciso mais que a legitimidade do poder, aspecto puramente formal, é necessária, ainda, a análise racional de seu conteúdo, se ali estão presentes valores que devem ser positivados na ordem normativa da nação democrática e se são bens jurídicos tutelados às pessoas.

Dito isto, cumpre empreender uma exígua diferenciação entre o Estado ético e Estado poiético desenvolvido por Salgado³⁵. O Estado ético é aquele que tem como fim o ético e se realiza no político, ao passo que o Estado poiético, é o Estado que sofre uma ruptura e não alcança seus fins éticos, mantendo o poder pelo poder: “[...] dimensão ética e a poiética, isto é, o Estado cuja finalidade é realizar o bem comum, cumprindo os direitos fundamentais dos indivíduos, e o Estado de mero resultado econômico-monetarista manipulado por um núcleo burocrata³⁶”.

Assim, no Estado ético cabe ao Judiciário efetivar os direitos subjetivos, mormente quando os poderes Legislativo e Executivo não contribuem para que o Poder Público cumpra espontaneamente o imperativo de realizar os direitos fundamentais³⁷.

De fato, os direitos subjetivos declarados no Estado Democrático de Direito estão na consciência universal do sujeito universal de direito no mundo contemporâneo, embora não na sua plena concretização. Como visto, essa ideia de justiça apresentada por Salgado deve ser entendida a partir de uma base greco-romana e deve ser buscada a partir de uma teoria do Estado Democrático de Direito.

A partir disto, verifica-se que há três diferentes momentos de manifestação do Estado ao longo da história, quais sejam, (i) o Estado ético imediato que está presente na Antiguidade clássica e Medieval que tem como fim a realização do bem ao indivíduo, (ii) o Estado técnico da Modernidade, onde o poder é justificado em si mesmo a fim de alcançá-lo e garanti-lo e

³⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético, *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, n. 02 de 1998 – Ano XVI.

³⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Vol. 30, nº 1. Belo Horizonte: jan./mar. de 1999, p. 97.

³⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 261.

(iii) o Estado de Direito ou Estado ético mediato, cujo Estado de Direito se define pela legitimidade por meio de três quesitos, a justificação pela origem (vontade popular), a técnica (regras preestabelecidas) e a finalidade (declaração e efetivação de direitos fundamentais). Tais conceitos serão melhor explorados quando este trabalho tratar sobre os direitos fundamentais no interior do Estado Democrático de Direito.

2.2. O Direito e o Estado como *Maximum* Ético

Salgado traz à baila uma visão inovadora do direito, o direito visto como *maximum* ético, no qual todos os sujeitos universais de direito são titulares dos direitos fundamentais preditos nas Cartas Constitucionais dos Estados democráticos e reconhecidos de modo universal e igual a cada sujeito.

Assim, o direito toma forma de máximo ético e a justiça passa a ser compreendida como o desenrolar da liberdade na figura de direitos subjetivos e como justiça universal no Estado de Direito hodierno, onde há a positivação e a realização dos direitos fundamentais nas normas democráticas das sociedades civilizadas e na Carta das Nações Unidas:

A ideia de justiça no mundo contemporâneo, tal como tenho estudado nos últimos anos, é a universalização máxima do direito na forma de direitos fundamentais, um elenco de valores máximos reconhecidos universal e igualmente todos os seres humanos. Eis como o direito aparece no mundo contemporâneo, como o *maximum* ético, e a justiça como desdobramento da liberdade na forma de direitos subjetivos e, no Estado de Direito contemporâneo, como justiça universal, entendida como declaração e efetivação dos direitos fundamentais nas constituições democráticas dos povos civilizados e na Carta das Nações Unidas. Trata-se, portanto, de empreender uma teoria da justiça segundo a realidade histórica do mundo em que vivemos, caracterizada pelo Estado Democrático de Direito, que, por ser momento de chegada da cultura ocidental, põe-se como verdade do direito a englobar, portanto, todo o direito em todos os seus momentos históricos, ainda que aparentemente se manifeste com aspectos de irracionalidade³⁸.

Explica o jusfilósofo mineiro que o Estado de Direito, além de se subordinar ao seu próprio direito, declara os direitos fundamentais e os realiza por meio de uma estrutura democrática formal. Esta estrutura formal é legítima em razão da vontade popular e

³⁸ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

organizada no tocante ao exercício do poder, na separação das atribuições dos órgãos que efetivam esse mesmo poder, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário³⁹.

O direito é a maior manifestação universal dos valores éticos, não podendo se sujeitar a legitimidade regionalizada, isso porque, se postos de forma localizada como se fossem valores morais de apenas um grupo, os direitos não seriam, por mais que quisessem, valores de toda a sociedade, ou seja, não seriam universalmente exigíveis e conferidos a todos.

Esclarece Salgado:

Somente, porém, quando há valores éticos comuns a todos esses grupos ou sistemas, portanto quando se alçam materialmente à categoria de universalidade, como valores de todos os membros da sociedade, e como tais reconhecidos, podem esses valores éticos ingressar na esfera do direito: primeiro por serem considerados como universais na consciência jurídica de um povo, a exemplo dos direitos naturais, assim concebidos antes da Revolução Francesa; depois, formalmente positivados na declaração de direitos, ato de vontade que os normatiza universalmente, isto é, como de todos os membros da sociedade e por todos reconhecidos; por fim, efetivados na fruição de todos⁴⁰.

Continua Joaquim Carlos Salgado:

O direito é, nesse sentido, o *maximum* ético de uma cultura, tanto no plano de extensão (universal nesse caso significa de todos e reconhecidos por todos), como também “no plano axiológico – enquanto valores mais altos ou de cumeada, como tais formalizados”. Não se trata de contrapor essa concepção com a de mínimo ético de Jellinek, pois a noção de mínimo ético traz em si mesmo a sua própria oposição⁴¹.

Assim, em sua definição, o *maximum* ético deve ser entendido como o momento no qual determinados valores centrais de uma cultura atingem a universalidade material pela consciência ética-jurídica de uma sociedade e a universalidade formal mediante a posição e previsão destes valores por meio da vontade política deste povo, passando a ser reconhecidos como diretos fundamentais⁴².

Dessa forma, a ética máxima é o ápice do processo dialético do ético onde se dá a auto-intelegibilidade do espírito do Ocidente desenvolvido no tempo em que o indivíduo é, inicialmente, animal racional na Grécia antiga, posteriormente, pessoa de direito para os

³⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

⁴⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 9.

⁴¹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 10.

⁴² SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Vol. 30, nº 1. Belo Horizonte: jan./mar. de 1999, p. 98.

romanos e pessoa moral aos cristãos e, finalmente, sujeito de direito ou cidadão livre nas Constituições democráticas. Aqui o direito se apresenta como valor axiológico do ético que constitui ferramenta para a declaração dos direitos tidos essenciais, especialmente como ordem a realizar os mencionados direitos.

Passam a ser tratados, no âmbito do direito, os valores expostos durante todo o percorrer histórico, no qual, de acordo com o processo de realização do direito, podem se renovar e se concretizar. Nesse sentido “A ideia do direito é, pois, a racionalidade imanente ao direito positivo, que se revela processualmente no tempo histórico da cultura ocidental e que denominamos justiça⁴³.”

Para os romanos, além do direito, a justiça também se materializa no *maximum* ético em razão de ser, igualmente, modo de atribuição universal de bens. A justiça é vista como o próprio direito posto pelo homem no processo histórico.

Nessa ótica, o direito advém de uma relação dialética, no qual é posicionado o dever ser e o ser negado, o justo e o injusto, originando desta relação a lei racionalmente posta por ato de vontade popular, assim como, pela valorização de um fato que a sociedade entendeu como merecedora de regulação normativa com o objetivo de proporcionar a liberdade de todos enquanto sujeito de direitos⁴⁴.

Esta liberdade é a racionalidade transcendente do indivíduo que prossegue conscientemente na história mediante o dever ser. Ressalta-se que o dever ser não é entendido como um conjunto de concepções que acredita que tal posição é melhor para determinada temática; na realidade, ele se origina da universalidade, do máximo de racionalidade, de modo que dessa racionalidade nasce, em primeiro plano, a lei natural, posta pela razão cósmica, pelos deuses ou inferida pela matemática, depois os direitos humanos e, finalmente, os direitos fundamentais⁴⁵.

O *maximum* ético de Salgado se concretiza com a positivação dos direitos fundamentais em um contexto democrático, de modo que a declaração dos referidos direitos constitui o procedimento histórico da ideia de justiça. Assim, o *maximum* ético é definido como declaração e fruição dos direitos subjetivos fundamentais conferidos ao sujeito de

⁴³ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no período clássico ou da metafísica do objeto: a igualdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 10.

⁴⁴ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

⁴⁵ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13.

direito universal, caracterizando, tal fato, o ponto de chegada do direito e o processo histórico da ideia de justiça no âmbito contemporâneo⁴⁶:

Para o eminente jurista, o direito posto é o termo final de um processo que envolve a atividade política, e que decorre de valores jurídicos universalmente construídos pela cultura (universalidade material) que desemboca na declaração universal de direitos (universalidade formal), destinadas à todas as pessoas, iguais e livres, portanto enquanto pessoas. O paradigma universal do direito positivo constitui para o autor o ideal de justiça de cada momento histórico considerado⁴⁷.

De se registrar que o homem livre hodierno é o resultado do cidadão ateniense, tornando, após, a pessoa de direito em Roma até alcançar o sujeito de direito que é o indivíduo livre na teoria da justiça atual. Salgado apresenta de forma moderna a fundamentação do direito como máximo ético derivado de um pensamento dialético.

Esse pensamento deriva da dialética da experiência da consciência humana criada por Hegel, dialética que permite que uma ação seja analisada em suas mais diversas formas até mesmo em sua negação. A partir da eticidade de Hegel, que vê o homem como sujeito moral, prossegue o autor mineiro desenvolvendo sua teoria por meio do Estado Democrático de Direito, momento no qual não experimentou Hegel devido o tempo histórico que viveu.

O direito é aqui entendido como *maximum* ético em virtude de regular de forma qualitativamente⁴⁸ diferenciada os valores mais fundamentais à experiência jurídica no Ocidente, o que demonstra a primordial importância do *maximum* ético no percurso do pensamento ético Ocidental⁴⁹.

Salgado faz o inimaginável, compreende e instrui sobre as teorias da justiça discutidas em tempos anteriores, supera-as e desenvolve a sua própria ideia de justiça, atual, brilhante e alinhada com os conceitos até então apresentados, sem que isso signifique deixar de refutá-los, até apresentar um novo viés, qual seja, revelar o direito contemporâneo como máxima eticidade.

⁴⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 18.

⁴⁷ BROCHADO, Mariah. O direito como mínimo ético e *maximum* ético. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 52, jan./jun. 2008, p. 239.

⁴⁸ Salgado formula sua ideia de justiça como ética máxima por meio de um entendimento qualitativo “como momento diferenciado de realização da totalidade ética da vida humana”. In BROCHADO, Mariah. O direito como mínimo ético e *maximum* ético. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 52, jan./jun. 2008, p. 246.

⁴⁹ BROCHADO, Mariah. O direito como mínimo ético e *maximum* ético. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 52, jan./jun. 2008, p. 237.

O Estado Democrático de Direito trouxe um novo significado ao direito, o de universalização de valores éticos, ou seja, mencionados valores deixam o caráter regionalizados e passam a ser universais. Deste modo, esses valores ingressam no âmbito do direito, transformando-se em garantias comuns e exigíveis por todas as pessoas, o que acontece por meio da consciência, declaração e fruição pelo sujeito de direito:

Numa sociedade pluralista podem e devem conviver sistemas éticos dos mais diversos com as respectivas escalas de valores mais ou menos aproximadas, ou mesmo distanciadas umas das outras. Somente, porém, quando há valores éticos comuns a todos esses grupos ou sistemas, portanto quando se alcançam materialmente à categoria da universalidade, como valores de todos os membros da sociedade, e como tais reconhecidos, podem esses valores éticos ingressar na esfera do direito: primeiro, por serem considerados como universais na consciência jurídica de um povo, a exemplo dos direitos naturais, assim concebidos antes da Revolução Francesa; depois, formalmente positivados na Declaração de direito, ato de vontade que os normativiza universalmente, isto é, como de todos os membros da sociedade e por todos reconhecidos (universalidade formal decorrente da universalidade material). O direito é, nesse sentido, o *maximum ético* de uma cultura, tanto no plano da extensão – universal (reconhecido por todos) – como no plano axiológico – enquanto valores mais altos ou de cumeada, como tais formalizados. É o que marca a objetividade do direito no sentido kantiano. Então, quando certos valores, constituindo um núcleo da constelação axiológica de uma cultura, alcançam a universalidade material reconhecida na consciência ético-jurídica de um povo e a universalidade formal pela sua posição e normatização através da vontade política desse povo, é que adquirem a natureza de direitos⁵⁰.

Infere-se, portanto, que quando valores éticos se tornam materialmente reconhecidos na consciência jurídica de um povo e formalmente universais como valores declarados e normatizados é que são considerados essencialmente direitos.

Salgado, inspirado em Kant, parte de uma ideia de justiça como efetivação dos valores da igualdade e da liberdade, movendo-se, ainda, para a concepção hegeliana, no qual se inclui aos valores citados, o valor do trabalho, concluindo que a justiça se concretiza com a criação de estado social que verdadeiramente proporcione a igualdade entre as pessoas por meio dos direitos sociais. Esse processo finda com a elaboração da ideia Salgadiana de justiça de nosso tempo.

O *maximum ethicum* se dá em razão dos efeitos e o alcance que leva a todo corpo social, já que atribui a cada ser humano, sem distinção, um rol de direitos tidos como fundamentais, sendo vitais para a sociedade e sua organização. Nessa esteira, Mariah Brochado esclarece o porquê de o idealizador da ideia de justiça contemporânea optar por escrever *maximum* em latim, senão vejamos:

⁵⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Vol. 30, nº 1. Belo Horizonte: jan./mar. de 1999, p. 97.

Daí o autor preferir grafar a palavra **máximo** em latim, ao considerar que o *maximum* representa essa ideia *qualitativamente* diferenciada, experimentada na versão pragmática do direito romano. Não se trata de máximo como *quantidade* de tutelas, mas como *a tutela* mais expressiva e inafastável, que é a viabilizada pela experiência *jurídica* em seu sentido mais amplo, efetivada na forma da *actio*⁵¹.

Salienta-se que Salgado inicia o desenvolvimento de sua teoria analisando a justiça como virtude moral, conceito advindo dos gregos, como manifestação do fenômeno jurídico. Após, evolui para a formulação de uma ideia de justiça atual, no qual se aborda a compreensão da justiça em Roma vista como direito, levando à referida ideia aspecto do jurídico e não de virtude moral como se defendia na Grécia antiga.

Assim, o direito é o meio no qual se realiza o *maximum* ético, vez que o direito seguiu os mais variados avanços da liberdade revelados na história. Com a Revolução, os sujeitos de direito, que passaram assim ser identificados, tornaram-se detentores do direito e do poder, usando da coerção como forma de manutenção da ordem, o que permite que todos exerçam suas prerrogativas sem ingerência injusta de terceiros.

Cumprе ressaltar que os nossos direitos públicos fundamentais são o ápice do direito privado em Roma, pois nasceram do direito privado romano e são sua revelação jurídica de maior elevação, sendo o Estado o meio no qual se é possível realizar os direitos atuais.

É nessa linha que o *maximum* ético é considerado um conjunto de valores máximos de uma cultura, valores esses universais por ser declarados, aplicados e reconhecidos a todos justamente por constituírem ponto de chegada do direito. Essa ideia Salgadiana contrapõe a teoria de Georg Jellinek de que o direito é o mínimo ético, onde o direito é um aglomerado de normas que, por meio da coerção, ordenam a sociedade a partir de um conteúdo moral mínimo, de modo que apenas são positivados os preceitos que são necessários e que não podem deixar de ser regulamentados⁵².

Já na teoria de justiça no mundo contemporâneo, o máximo ético se factua com a declaração dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, atribuídos a todos os sujeitos de direitos universais. Destaca-se que essa materialização da máxima eticidade é a verdade do processo histórico que constitui a ideia de justiça contemporânea.

Nesse diapasão, Salgado entende que a declaração desses valores tão caros a uma cultura não é o ponto de chegada dessa sequência ética, que a verdadeira fruição pelo sujeito universal de direito é que o último passo desse sistema ético. Assim, a consciência jurídica

⁵¹ BROCHADO, Mariah. O direito como mínimo ético e *maximum* ético. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 52, jan./jun. 2008, p. 249/250.

⁵² SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 10.

se dá na aplicação propriamente dita, no qual o direito deixa a esfera abstrata da posituação nas Constituições democráticas para que, de fato, se torne concretização e fruição por todas as pessoas, sem distinção.

O direito é o *maximum ethicum* e a consciência jurídica é o instrumento no qual se realiza a ideia de justiça contemporânea por meio dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, Estado que é a finalidade de todo esse processo ético, pois é o suprassumo dos valores morais particularizados que se tornou a universalidade de princípios aplicados à toda sociedade, técnica iniciada em Roma, mas que teve sua plena aparição nas declarações de direitos das Constituições democráticas.

O direito é resultado do processo dialético na história da cultura ocidental, ordenado para atingir o justo por meio do movimento do justo e do injusto, do justo e do seu contrário, esse é o papel da lei, que é posta como direito e como justiça. Assim, tendo o direito como fenômeno dialético, tem-se o direito como realização de um máximo ético, como efetivação dos direitos fundamentais⁵³.

Preceitua Salgado:

É certo que o Direito não pode conhecer o justo sem contrapô-lo ao injusto. Ao por o justo, segue-se o injusto que se lhe opõe, e vice-versa. Entretanto, esses conceitos não se posicionam dialeticamente a exigirem a passagem para um terceiro momento, porém, como conceitos correlatos que poderiam ser também interpretados como polaridade na forma preconizada de Miguel Reale. Não, contudo, sem uma dialética de concepção hegeliana. Como ciência, e não como filosofia, o conhecimento do direito é sempre analítico, sem a superação de oposições⁵⁴.

Nesse sentido, explica o jusfilósofo que o direito é resultado não apenas do ser, mas também do dever ser:

O direito não é apenas o que é dado, mas o que deve ser, o em que se deve tornar pela valoração dos fatos e por meio da reavaliação do próprio direito, que é também um fato, pela razão prudencial; é posto por ato de vontade, não dado, mas posto como deve ser, portanto racionalmente posto, fundamentado, negando o fato dado, que é. É assim, um processo permanente, *in fiere*, do **dado** e do **posto**, do ser do dever, mas que preserva constantes, as quais, a do seu próprio conceito: uma forma de ordenação racional da vida social com vistas à realização das liberdades das pessoas; e desse modo que ele pode ser compreendido no movimento histórico da cultura ocidental⁵⁵. (Grifos no original).

⁵³ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.12.

⁵⁴ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no período clássico ou da metafísica do objeto: a igualdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 8.

⁵⁵ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 12.

Idealizar o direito como *maximum ethicum* é elevá-lo a sua condição mais excelsa, na forma dos direitos subjetivos fundamentais, declarados no Estado ético, isto é, nos Estado Democrático de Direito, atribuindo-os a todos os sujeitos de direito universal.

Vejam, pois, como se dá os direitos fundamentais no núcleo dos Estados democráticos.

2.3. A posição dos direitos fundamentais no interior do Estado Democrático de Direito

Os direitos fundamentais, que fundamentam os demais direitos outorgados pelo sujeito de direito, nascem da Constituição, legitimam e validam as demais garantias, fundamentais ou não. O Estado Constitucional nasceu para dar base aos direitos fundamentais, já que é este Estado que dá voz a vontade do povo e que restringe os poderes dos representantes estatais⁵⁶.

Decerto, como bem registrou Joaquim Carlos Salgado, a história dos direitos fundamentais se confunde com o próprio Constitucionalismo, com a limitação do poder e com o autoritarismo dos soberanos que alegavam desejo celestial para justificar seus arbítrios⁵⁷.

Salgado conceitua os direitos subjetivos fundamentais como valores mais caros de uma sociedade, surgidos e desenvolvidos na cultura ocidental sob a ótica do Estado de Direito, este definido como um *fato político de natureza planetarizante*. Tal Estado tem por fim último a efetivação dos direitos fundamentais⁵⁸.

Assim, esses direitos essenciais têm em seu interior os princípios mais estimados como conteúdo e a declaração de direitos universalizantes como modo jurídico. Em última análise, todos os direitos garantidos neste formato de Estado são a realização da liberdade objetivada (ordem normativa) e subjetivada (enquanto direitos subjetivos)⁵⁹.

⁵⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 16.

⁵⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 17.

⁵⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 246.

⁵⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 246.

O conceito do Direito também é a liberdade evidenciada subjetivamente na forma das garantias da pessoa⁶⁰. A positivação dos direitos tidos como fundamentais é justamente o cerne de uma Constituição com bases democráticas, já que é através da concessão desses direitos que há a realização da liberdade e dos demais valores centrais de uma determinada comunidade.

Nessa esteira, com o Estado de Direito, adveio o Constitucionalismo como forma de conter o poder absoluto, buscando sujeitar o político ao direito, de tal modo que o Estado Constitucional apresentou uma nova preocupação medular, qual seja, de conceder direitos às pessoas.

Para se opor ao Estado Absolutista, surge a partir do Constitucionalismo, o Estado Liberal, que tem como norte um poder limitado, no qual o político também se submete ao direito. Aqui, há a limitação do poder por intermédio do direito e a gradativa admissão da existência de um rol de direitos fundamentais que devem ser atribuídos a todas as pessoas, embora sua atuação para a efetivação destes seja a mínima.

O Liberalismo, originado dos levantes burgueses⁶¹, constituiu um relevante avanço na história do Estado de Direito, já que sucedeu a *voluntas regis* pelos ditames legais, sendo este o paradigma que até então mais se assemelhava à democracia.

Por nascer das revoltas burguesas, o Estado Liberal era reflexo de princípios alinhados a essa nova forma de poder e aos interesses não financeiramente intervencionistas, fundado em uma atuação mínima do Estado.

De se registrar que pelo fato do Liberalismo ter nascido da revolução burguesa, não quer dizer que apenas os burgueses foram favorecidos com a nova realidade do Estado, já que a cada indivíduo foram atribuídos os direitos revelados naquele tempo histórico.

Nessa linha, tal posição de mínima intervenção arguida pelo modelo Liberal fora ultrapassada pelo Estado do Bem-Estar Social, porquanto o Liberalismo não se mostrava mais suficiente para abranger as demandas sociais que se revelavam no corrente contexto, senão vejamos:

O Estado Liberal se mostrou como modelo histórico que se aproximava da ideia de democracia. No entanto, as novas exigências desencadeariam a longa passagem da democracia governada, na qual há primazia da liberdade individual, da autonomia, até a democracia governante, ponto de chegada do processo histórico do Estado de

⁶⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 255.

⁶¹ HORTA, José Luiz Borges; SALGADO, Karine. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2017, p. 121.

Direito, onde a liberdade de participação tem prevalência. Essa passagem, contudo, não se dá sem intermédio do Estado Social⁶².

Ao passar do tempo, o Liberalismo revelou um sistema econômico que não se sustentava, extremamente desigual, que mais contribuía para um contraste financeiro social do que para a harmonização coletiva. Logo, a própria sociedade passou a exigir um modelo no qual o Estado agiria diretamente, através de políticas públicas, para a realização dos direitos públicos universais fundamentais com maior paridade de oportunidades.

Enquanto que no Estado Liberal se tinha os direitos individuais que impunha ao Estado a não interferência na sociedade, o Estado Social pregava a atuação positiva do Estado na concretização dos direitos sociais e buscava sanar os conflitos sociais derivados das referidas desigualdades, suprindo as necessidades postas. Porém, o Estado Social, em algumas situações, cedeu lugar à forma de governo despótica, que excediam em sua influência estatal para obter controle absoluto sobre os governados⁶³.

O Estado Social requer a centralização do poder no Estado, situação que favorece a contextura totalitária, visto que concentra o poder nas mãos de um só dirigente, tanto que países antidemocráticos usavam da nomenclatura de Estado do Bem-Estar Social, mas que em nada guardavam relação com seus ideais.

É nesse sentido que se posiciona José Luiz Borges Horta:

Constitui, a nosso juízo, grave impropriedade considerar Estado social quaisquer formações intervencionistas e trabalhistas, como no senso comum que Nelson Saldanha desnuda e denuncia. A história do Estado de Direito não se presta a tais deturpações. Formações estatais autocráticas são definitivamente incompatíveis com o Estado de Direito⁶⁴.

O Estado de Direito do Bem-Estar Social, assim como o Liberal, também se submete ao direito, isso explica o porquê de não se coadunar com a tirania, dado que se tem por meta a comunhão do poder por todos, razão pela qual o Estado Social não é compatível com a antidemocracia, ao descontentamento de alguns⁶⁵.

⁶² HORTA, José Luiz Borges; SALGADO, Karine. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2017, p. 120.

⁶³ HORTA, José Luiz Borges; SALGADO, Karine. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2017, p. 121.

⁶⁴ 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 157.

⁶⁵ HORTA, José Luiz Borges; SALGADO, Karine. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2017, p. 121.

Estado de Direito é aquele que declara e garante os direitos fundamentais nas Constituições, cuja a referida garantia é proporcionada pelo Poder Judiciário. Uma vez instituída uma Constituição por via democrática, seguindo a vontade popular, o Judiciário tem que agir ativamente para garantia desses direitos; nenhum outro poder, tanto o Legislativo, quanto o Executivo, não tem a função precípua de garantir esses direitos como o Judiciário⁶⁶.

No Estado de Direito seus órgãos têm competências e limites estabelecidos por lei, além de dispor e garantir os direitos previstos no ordenamento jurídico: "O direito aparece, assim, como momento universal de declaração na ordem normativa (no plano abstrato) e como momento efetivo de existência (no plano concreto) ou como direito dos indivíduos⁶⁷".

É em razão disso que o Estado Democrático de Direito se mostra o mais capaz na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, haja vista que proporciona poder a cada indivíduo por meio do voto, pondo todos em situação de igualdade na escolha política, no mesmo momento em que universaliza os direitos humanos:

Num Estado democrático, a primeira norma é a da participação igualitária na formação da vontade estatal. A vontade popular não age sem norma prévia. Essa norma que ordena e organiza a vontade torna possível o Estado. Essa norma pode ser, por exemplo, a regra de decisão da maioria e regra de respeito à minoria⁶⁸.

A democracia garante a legitimidade formal e material do poder, de modo que tanto o processo de formação, quanto à execução desse poder, são legítimos. A todos é permitido a participação efetiva no comando do Estado. Explica Salgado:

Estado Democrático de Direito é aqui entendido como necessário para a existência de uma sociedade livre, vale dizer, de cidadãos livres, com suporte na legitimidade do poder (*pouvoir constituant*), de caráter jurídico por se definir a partir de uma situação de direito (*Rechtszustand*)⁶⁹.

Conforme já tratado, o Estado democrático não se restringe à legitimidade formal, eis que busca a efetiva autonomia de vontade dos cidadãos. Essa autonomia de vontade está

⁶⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*(nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 261.

⁶⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. Ancilla Iuris. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, UFMG, v. 34, 1994, p. 84.

⁶⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 16.

⁶⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 254.

presente na criação do ente estatal, que é a legitimidade formal, e na participação real dos sujeitos de direito, que constitui a legitimidade material.

Salgado esclarece que o Estado Democrático de Direito contemporâneo é o ápice, após várias rupturas de Estado. Como parte a legitimidade formal deste Estado da autonomia da vontade, o fundamento se encontra nos valores postos racionalmente como decisório desta vontade e da finalidade ética do regime democrático⁷⁰.

Assim, o Estado Democrático de Direito é a supressão do modelo de Estado que supera o Liberal e Social, mas sem antes deixar de preservar os aspectos liberais e sociais mais adequados às imposições sociais atuais. Anotam José Luiz Borges Horta e Karine Salgado: “O Estado democrático não só assume direitos individuais e sociais conquistados anteriormente, como também declara outros direitos fundamentais, além de buscar sua efetivação universal”⁷¹.

A democracia é o ponto de cumeada do Estado de Direito que reúne os direitos adquiridos *a priori*, não abdicando de prerrogativas já conquistadas em prol de outras igualmente logradas à base de sacrifícios e revolta popular, como por exemplo, o direito à liberdade, grande conquista do Estado Liberal, preservada no modelo Social e no Estado Democrático de Direito⁷².

O Estado democrático é um arranjo de leis que tem como finalidade a concretização da liberdade, não se tratando apenas de um mero agrupamento de normas para o exercício do poder. O político, neste Estado, é meio pelo qual os valores mais caros de uma determinada cultura ganha roupagem jurídica, sendo que o político é sempre meio ético que efetiva a liberdade pelo direito⁷³.

Nesse sentido, é possível afirmar que o objetivo do político é o direito; é o direito também o fim de todo um sistema que inicia na consciência da existência de um acervo de garantias pelo sujeito de direito, passa pela positivação dessas prerrogativas até chegar seu estágio último que é a plena realização destes direitos⁷⁴.

⁷⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 256.

⁷¹ HORTA, José Luiz Borges; SALGADO, Karine. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2017, p. 122.

⁷² HORTA, José Luiz Borges; SALGADO, Karine. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2017, p. 123.

⁷³ SALGADO, Joaquim Carlos. *Ancilla Iuris. Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, UFMG, v. 34, 1994, p. 83.

⁷⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. *Ancilla Iuris. Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, UFMG, v. 34, 1994, p. 83.

É no Estado de Direito que a *voluntas* do ordenamento jurídico encontra a vontade do povo de determinada nação, de forma que está em eterna conciliação com a ética, na medida em que quando surgem novos direitos, a sociedade precisa adotar novas posturas de acordo com a natureza desses direitos.

A Revolução Francesa permitiu que o pensar da liberdade na filosofia se concretizasse no direito, na figura dos direitos universais do sujeito, previstos no sistema normativo de um povo⁷⁵.

Na Constituição há a junção do político, que é o poder, com o jurídico, que é a norma, de modo que no Texto Constitucional democrático atual, ocorre a sobrelevação da dicotomia entre poder e liberdade por meio da organização do poder e de uma ordenação da liberdade: “Direito (ordenamento jurídico) é inseparável do poder (Estado) e vice-versa; formam um todo, mas esse todo é estudado em aspectos diferentes, inconfundíveis.”⁷⁶

Nessa acepção, se faz mister elucidar acerca da história da cultura ocidental que foi dividida em três momentos:

Podem-se distinguir três planos teóricos na busca da justificação do poder ou do Estado, vale dizer, podemos distinguir na história do ocidente, então considerada como história da revelação e da realização da liberdade através da dialética do poder e da liberdade, portanto da revelação e realização do poder político democrático de direito, três momentos fundamentais: o período clássico, o moderno e o contemporâneo, que poderíamos designar como Estado Ético Imediato, Estado Técnico e Estado Ético Mediato ou Estado de Direito⁷⁷.

O primeiro a ser destacado é o período clássico ou Estado ético imediato, cujo Estado e o poder tem razão de ser no fim do Estado. O Estado se justifica pela sua finalidade, sendo que para os gregos era considerada finalidade ética.

Vai do período greco-romano até a Idade Média, onde o poder existe para realizar o ético que constitui o bem para uma pessoa dentro de um contexto comunitário, restando evidenciado que o poder não é em si mesmo, que sempre possuirá uma função ética.

Os representantes do pensamento político daquela época eram autores como Sócrates, Platão, Aristóteles, Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, que defendiam “a perfeição

⁷⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. *Ancilla Iuris*. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, UFMG, v. 34, 1994, p. 85.

⁷⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 24, n. 2, abr.-jun. 1998, p. 39.

⁷⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 24, n. 2, abr.-jun. 1998, p. 44.

ou bem do indivíduo no Estado Grego, a garantia do direito de cada um, o justo, no Estado Romano”⁷⁸.

A segunda fase chamada período moderno ou Estado técnico, surge a partir das obras de Maquiavel no século XVII, onde há o poder pelo poder, sem nenhuma finalidade ética como defendia o período anterior. Seguindo a lógica do Estado técnico, existem apenas justificativas técnicas para obter e preservar o poder, tal ato é conhecido como princípio da inércia do poder.

Aqui se tem a preocupação fulcral de elaborar técnicas para alcançar e conservar o poder. Para Maquiavel o Estado não tem finalidade de efetivar a felicidade de seu povo, o poder político se justifica em si e por si⁷⁹.

Finalmente, o período contemporâneo ou Estado de Direito, em que o Estado ou o poder político se fundamenta pela sua legitimidade que se dá por meio da origem (consentimento), pela técnica com o que o poder se efetiva (procedimentos preestabelecidos) e pela finalidade ética que é a positivação e concretização dos direitos fundamentais pelo sujeito de direito universal:

Esta ideia de justiça tem seu ponto de chegada no *Estado de direito contemporâneo, democrático*, Estado esse *mediatamente ético* (em estágio superior ao *Estado ético imedito greco-romano-cristão* e ao *Estado técnico moderno*), marcado pela tripla legitimação: enquanto à *origem*, através da soberania e da vontade popular – decorrência da experiência da Revolução Francesa - como origem do poder; enquanto à *técnica* ou exercício do poder, através do princípio da legalidade; e quanto à *finalidade* do poder, que é ética, justa: a declaração, garantia e fruição dos direitos fundamentais (SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético, *cit.*, p.5/12), um “elenco dos *valores de cumeada* da constelação axiológica de uma dada comunidade”⁸⁰.

A origem se legitima no poder que está no homem, na vontade de cada um que constitui um povo, pelo seu consentimento; pela técnica com que o poder se factua com base em procedimentos pré-estabelecidos, com o voto popular, com as regras de decisão da maioria e de aceitação com que deseja a minoria; e na finalidade, que retorna a ser ética com a composição do poder pela previsão e fruição dos direitos subjetivos fundamentais⁸¹.

⁷⁸ HORTA, José Luiz Borges; SALGADO, Karine. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2017, p. 119.

⁷⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 24, n. 2, abr.-jun. 1998, p. 49.

⁸⁰ OLIVEIRA, Paulo César Pinto. *Filosofia do Direito e Hermenêutica Filosófica: do caráter hermenêutico da Filosofia do Direito*. Tese. (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2017, p. 9.

⁸¹ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 24, n. 2, abr.-jun. 1998, p. 51.

Na concepção de Joaquim Carlos Salgado, o período contemporâneo ou Estado de Direito:

não é apenas o que garante a aplicação do direito privado, como no Estado romano, mas o que declara os direitos dos indivíduos e estabelece a forma do exercício do poder pelo povo, reconhecido como seu único detentor, de tal forma que a estrutura de poder traçada pela Constituição do Estado é montada tendo em vista essa declaração e garantia, como ocorre com a divisão da competência para o exercício do poder do Estado⁸².

Destarte, a justificação deste terceiro e atual período se põe racionalmente na legitimidade, na legalidade e na justiça ou ético. A legitimidade do poder diz respeito ao vínculo com seu povo: é legítimo quanto à origem, quanto ao exercício do direito e sua finalidade.

Quanto à legalidade que é o poder em sua relação com o direito, o Estado se justifica pela sua estrutura normativa e sua função orgânica⁸³. Legal é ato de autoridade que está em conformidade com a lei, de modo que apenas a autoridade, assim definida por lei, pode criar norma ou executá-la seguindo os ditames legais.

No que tange à justiça ou ético, tem-se que o Estado de Direito se justifica no concretizar da liberdade. A liberdade nesse ponto é entendida tanto como livre arbítrio, quanto autonomia, o que significa que o homem é capaz de reger sua vida a partir da razão prática nas questões privadas, públicas e/ou políticas, já que é ele o grande responsável por criar leis que irão dispor sobre sua própria conduta:

A legitimidade do Estado está na vontade do povo, que dá origem ao poder, mas está também no exercício do poder, permanente ação do povo na relação de poder, quer através de instrumentos políticos (como plebiscito, destituição, resistência, etc.), quer através de mecanismos administrativos, do que se chama administração participativa, que é um direito fundamental⁸⁴.

Como se verá no próximo capítulo, os direitos individuais têm como cerne a liberdade, e os direitos sociais, o trabalho, de modo que esses dois núcleos se dão em um locomover-se dialético, de tal sorte que não existe liberdade senão em um quadro social, universal e de trabalho e, nem mesmo, trabalho afastado do trabalhador que o realiza⁸⁵.

⁸² SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 24, n. 2, abr.-jun. 1998, p. 51.

⁸³ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 24, n. 2, abr.-jun. 1998, p. 52.

⁸⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 24, n. 2, abr.-jun. 1998, p. 53.

⁸⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 18.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo trataremos de modo mais amplo dos direitos fundamentais, arguindo acerca de sua evolução histórica, seu conteúdo e sua relação com as Constituições.

Examinar tal tema exige tecer especificamente sobre o desenvolvimento do Estado em suas três dimensões, quais sejam, o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito, apontando as angústias sociais que levaram a cada um desses e os direitos fundamentais revelados neste ínterim.

Assim, será possível verificar que a evolução da história do Estado constitui peça fundamental para o atual elenco de direitos, evolução essa que jamais foi usada como fundamento para extinção ou redução de prerrogativas, apenas para a ampliação destas.

Será abordado, ainda, os valores primordiais que ensejaram a criação de novas garantias e os direitos que nasceram a partir destes, bem como, a interação dos direitos fundamentais com as Cartas Constitucionais.

Vejamos, primeiro, como os direitos fundamentais se deram no caminhar da história.

3.1. Evolução histórica dos direitos fundamentais

Desde a Idade Média, os interesses estatais passaram a se subordinar à razão. O direito inicia o processo de abandonar os imperativos arbitrários para se transformar em um conjunto de mandamentos determinados pela razão humana, pela lógica. A partir da Revolução Francesa, nasce um novo Direito, sendo este o primeiro momento do Direito Moderno, que se expandiu até a Primeira Guerra Mundial. Ressalta-se que o Direito Moderno foi o elemento que mais tarde deu origem ao Estado de Direito.

Em todas as suas faces, o Constitucionalismo exige a submissão do poder político à lei, buscando limitar a ação estatal. O Constitucionalismo clássico corresponde ao Estado Liberal, formação originária do Estado de Direito.

Esclarece José Luiz Borges Horta que as constituições liberais tinham duas funções principais: “proclamar os direitos dos cidadãos e organizar o poder do Estado, limitando-o de tal forma que aqueles possam ser usufruídos”⁸⁶.

Nesse modelo de Constitucionalismo, há a divisão da Constituição em letra de lei, positivada, uma parte dedica à previsão dos direitos fundamentais individuais e, por derradeiro, a organização do poder, dispondo sobre órgãos e sua competência⁸⁷. Esses órgãos foram guiados pelos ideais liberais e democráticos, isso porque, em observância à teoria da separação dos poderes de Montesquieu, retira de um só governante o poder absoluto e concede ao povo, para que passe a determinar a vontade estatal⁸⁸.

Tal teoria de separação dos poderes faz a divisão entre o direito e a política, de tal modo que estabelece quem possui legitimidade para realizar determinado ato dentro da esfera do Poder Público.

Nesse diapasão, pelos direitos fundamentais previstos na Constituição de uma nação, é possível verificar o carácter moral de seu povo, tendo em vista que o Texto Constitucional é o espelho de uma sociedade.

É como anota brilhantemente Harold Laski: "Os direitos [...] constituem a base do Estado. Os direitos representam a qualidade que destaca no exercício de seu poder um determinado carácter moral [...]. Representa-se e se reconhece o Estado pelos direitos que mantém”⁸⁹.

O Constitucionalismo do Ocidente é consagrado pelos direitos individuais concebidos no Estado Liberal de Direito, onde indivíduo se torna núcleo deste modelo estatal, ganhando fundamental importância e passando a ser reconhecido como tal. O Estado, a partir daí, tem sua razão de ser na garantia de um elenco de direitos às pessoas⁹⁰.

⁸⁶ 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 105.

⁸⁷ 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 108.

⁸⁸ 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 108.

⁸⁹ LASKI, Harold Joseph. *El Estado Moderno: sus instituciones políticas y económicas*. Trad. Teodoro González García. Barcelona: Bosch, 1932. p. 33 apud 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 111.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 581.

São direitos oponíveis ao Estado, à política e aos grupos, de modo que a ninguém é permitido restringi-los, exceto quando o uso da liberdade de um ultrapassa a liberdade de outrem, de tal sorte que a liberdade se revela o valor medular dos direitos individuais: “Os direitos de primeira geração são, sem sombra de dúvida, manifestações normativas do valor liberdade, transformado em fundamento último da vida social”⁹¹.

Desse modo, é possível afirmar que os direitos fundamentais individuais de primeira geração são tidos como direitos de liberdade⁹². Tais direitos foram os primeiros inseridos nas Cartas Constitucionais, sendo desdobrados em direitos civis e políticos, sendo que não há, de fato, Constituição se seu texto não disponha sobre tais garantias.

Existem os direitos individuais fundamentais para obter a garantia da liberdade do indivíduo. Até o valor igualdade só é possível se a liberdade concedida a cada pessoa for igual a dos demais; sem isso não há que se falar em efetivação da igualdade.

Insta salientar que os direitos individuais são resultado de um processo evolutivo fomentado pelos anseios sociais que reivindicavam a positivação de valores liberais e democráticos tornando, a partir da declaração no acervo normativo, direitos do homem.

Nesse sentido, leciona José Luiz Borges Horta:

O contexto político, de rejeição revolucionária ao absolutismo, e o econômico, de evidente transformação nos modos de produção e nas classes dirigentes, exigiram uma mudança radical na estrutura jurídica. O valor liberdade é consagrado, pelos filósofos da Modernidade, como fim incontestado do Estado, exigindo o planejamento de um arcabouço normativo apto a concretizá-lo⁹³.

Já na segunda fase do Direito Moderno, notadamente no século XX, tem-se o direito com viés social, onde não mais se repele a atuação do Estado, ao contrário, o Estado se torna componente essencial na viabilização da vida em sociedade, dando a todos, condições mínimas de manutenção.

Com efeito, o Estado Social não rompeu por completo com o modelo Liberal, isso porque conservou a estrutura do Estado e do poder, mas alterou os valores até então

⁹¹ 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 118.

⁹² 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 113.

⁹³ 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p.122.

defendidos: ao novo paradigma se atribuiu a função de proteger os grupos marginalizados diante dos interesses do capital.

A Constituição de Weimar, na Alemanha, marcou o início do Estado Social, onde se prevalecia a intervenção estatal na economia, buscando fortalecer o Estado na medida em que se tem a realização dos direitos e garantias instituídas por essa nova fase. Assim, foram refletidas nas Constituições desse período as aspirações de todo um corpo social que exigia mais igualdade e justiça social. No Estado Social se buscava concretizar os direitos fundamentais sociais de segunda geração, cujo âmago são os direitos sociais, culturais e econômicos, sendo que tais direitos vieram para complementar o elenco de direitos já existentes.

Desse modo, houve a superação do Estado Liberal pelo Estado Social sem, contudo, haver uma troca de direitos ou diminuição destes, o que de fato se teve foi um aumento quantitativo de direitos. A sociedade como instituição organizada passou a pleitear do ente público maior igualdade entre as pessoas diante de um contexto de imensurável desigualdade, passou a reivindicar dignidade a cada indivíduo.

A grande camada cidadã não conseguia, por si só, alcançar condições mínimas de sobrevivência digna. Diante disso, nasce o Estado de Bem-Estar Social para suprir as demandas que o Liberalismo não atendeu, de modo que as Constituições dessa ideologia refletem os novos direitos reclamados.

De se registrar que com o advento do Estado Social, o Poder Público aumentou excessivamente suas despesas, já que são direitos que necessitam que o ente intervenha materialmente na sua concretização, por isso, que em parte, se tratam de direitos ainda sem efetivação, o que não retira a importância de sua positivação no ordenamento jurídico e possibilidade de um dia concretizá-los em sua integralidade⁹⁴.

Nessa esteira, no fim do século XX, o mundo passava por guerras constantes e pelo crescimento desgovernado do processo de globalização. Desse contexto origina o Estado Democrático de Direito, que é o terceiro momento do Direito Moderno que, assim como os formatos estatais anteriores, também revela novos direitos alinhados aos recentes ideais, constituindo a terceira geração de direitos fundamentais, chamados de interesses ou direitos difusos, assentes no valor da fraternidade.

⁹⁴ 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 186.

Versa, brilhantemente, José Luiz Borges Horta:

Mas as prestações positivas do Estado social não bastaram. Foi preciso mais: foi preciso instituir e estabelecer um novo paradigma de Estado, que, para além de garantir os direitos fundamentais de primeira geração (individuais e políticos), e de segunda geração (sociais), tivesse a percepção da necessidade de assegurar direitos a toda a Humanidade.

O Estado Democrático de Direito surge, assim, não apenas com a perspectiva de internacionalização das conquistas, mas também com o compromisso de permitir ao cidadão participar, cada vez mais, das conquistas da vida em sociedade, tornadas o cerne da cidadania⁹⁵.

Ressalta-se que no Estado contemporâneo há uma ruptura em seu interior, no qual há a divisão entre o Estado poético, gerido pelos burocratas econômicos, e o estado ético, que tem por fim a realização dos direitos fundamentais⁹⁶.

Não há no Estado Democrático de Direito o abandono das normas já consagradas, o que há é a criação de novos direitos, a ampliação no acervo de garantias e o aperfeiçoamento e o fortalecimento das prerrogativas existentes.

Eis o Constitucionalismo Contemporâneo Democrático, cujo os direitos transcendem à pessoa e passam a ser considerados universais, isso porque os direitos deixam o caráter de individualidade mediante à Declaração Universal de Direitos Humanos.

Internacionalizam os direitos declarados nas constituições de diversos países, ganhando proteção internacional, passando a ser entendidos, a contar de então, como direitos humanos que, como o próprio nome propõe, são atribuídos a todo indivíduo independente de sua nacionalidade.

Países signatários da Declaração Universal de Direitos Humanos possuem o dever de ratificar e concretizar os direitos e garantias previstos no referido sistema, de modo que seus cidadãos passam a ter no mínimo os direitos ali positivados, que têm por destinatários toda a humanidade.

Aqui, o direito passa a se abrir para o estudo hermenêutico dos fenômenos que o cinge, recaindo a preocupação em temas centrais como soberania estatal, atenção às normas comunitárias e ao mercado de circulação de pessoas, bens e serviços.

A terceira geração de direitos fundamentais apresenta diferenças significativas em comparação às gerações anteriores, como a titularidade dos direitos. Como é esperado, todos os indivíduos gozam de um rol de direitos fundamentais, mas não somente estes: se inclui

⁹⁵ HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007, p. 16.

⁹⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 24, n. 2, abr.-jun. 1998.

também a coletividade, a família, a nação, o povo; enfim, todos os grupos humanos são titulares dos direitos fundamentais de terceira geração.

Como bem explica José Luiz Borges Horta, os direitos desta terceira geração não decorrem apenas da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Ora, nem todos os direitos de terceira geração estão elencados na Declaração de 1948, mas em constituições, convenções e tratados que a ela se seguiram, embebidos de seu espírito”⁹⁷.

De se registrar que os direitos de terceira geração são inspirados pela “utopia humanista e universalista da fraternidade”⁹⁸.

Desta feita, infere-se que os direitos fundamentais refletem o posicionamento do Estado e as urgências postas pela humanidade em um dado momento histórico, revelando os ideais e os princípios que norteiam a sociedade em um tempo.

Decerto, a evolução histórica dos direitos fundamentais se materializa nas gerações de direitos: na primeira, existe a necessidade máxima de defender a liberdade do indivíduo; nos direitos de segunda geração, a premência era concretizar a igualdade entre as pessoas por meio dos direitos sociais e; na terceira geração, foi oferecido um elenco de direitos fundamentais consagrados em uma ordem normativa internacional, passando a ser tutelados como direitos humanos destinados à toda a coletividade.

Dá análise do desenvolvimento do Estado, se ajuíza que tais formas estatais experimentadas derivam de um movimento dialético na busca pelo melhor paradigma estatal.

Vejamos:

Não deixa de ser viável interpretar como uma tríade dialética os 3 estágios (podem dizer-se os três *momentos*) do Estado moderno.

Num primeiro estágio (que contudo já constituía uma 'contradição' em face da ordem medieval), o poder se concentra e se afirma por cima das instâncias que anteriormente teriam podido controlá-lo, como os parlamentos por exemplo. No segundo, ele nega a concentração, divide-se em poderes e se submete a uma regulamentação jurídica escrita, que inclusive o faz conviver com os direitos inatos dos súditos. No terceiro ele retoma a tendência a concentrar-se, nega a limitação social que o impediria de interferir na vida concreta dos súditos, e submete a vida destes a uma série cerrada de programações e regulamentações⁹⁹.

⁹⁷ 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 268.

⁹⁸ 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 270.

⁹⁹ SALDANHA, Nelson Nogueira. O chamado "Estado Social". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 62, p. 55-81, jan. 1986. p. 56.

A história se incumbiu de revelar novas gerações de direitos fundamentais que estivessem de acordo com os interesses sociais de cada época, de modo que o acervo de direitos fundamentais se mostra um processo infundável que constantemente terá avanços em seus objetos.

Registra Paulo Bonavides que a história dos direitos fundamentais se confunde com a história de valores revelados na sociedade:

A história dos direitos humanos – direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos - é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal¹⁰⁰.

Parte da doutrina admite a existência de direitos de quarta e quinta geração. Todavia este trabalho segue a posição do Professor Doutor José Luiz Borges Horta, cuja a defesa é no sentido que tais gerações são o desenrolar dos núcleos dos direitos centrais das três primeiras gerações¹⁰¹:

Como o processo generacional é muito mais complexo que a simples idealização de direitos - interação com transformações fáticas e axiológicas, que reestruturam de modo amplo o Estado de Direito e o Direito (como ordenamento e como saber) —, não há que se falar em uma quarta ou uma quinta geração de direitos fundamentais; são apenas e evoluções da tríplice geração¹⁰².

Em conclusão, verifica-se que os direitos fundamentais se manifestaram em três gerações que apresentaram um processo acumulativo de direitos: “Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo [...]”¹⁰³.

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 593.

¹⁰¹ Em que pese o posicionamento do Professor Doutor José Luiz Borges Horta, cabe mencionar que os direitos de quarta geração compreende o biodireito e decorrem da evolução científica e da pesquisa genética, bem como, são garantias advindas da globalização política, a citar, direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Os direitos de quinta geração são os direitos concernentes à cibernética, como a evolução da tecnologia e a realidade virtual, do mesmo modo que também são as liberdades inerentes ao homem como a da orientação sexual¹⁰¹.

¹⁰² 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 277.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 581.

3.2. Conteúdo dos direitos fundamentais

Joaquim Carlos Salgado conceitua os direitos fundamentais como aqueles “que são suporte a todos os direitos que temos, são garantidos pela lei fundamental que dá origem e validade a todas as demais leis que criam ou garantem os demais direitos”¹⁰⁴. Essa lei fundamental é a Constituição, que serve de alicerce maior para as demais normas jurídicas.

Nessa mesma linha, em outra oportunidade, Salgado define direitos fundamentais como “um elenco de valores máximos reconhecidos universal e igualmente a todos os seres humanos”¹⁰⁵.

Em sequência, se apresenta o pensamento de Uadi Lammêgo Bullos sobre os direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. [...]. Os direitos fundamentais são conhecidos sob os mais diferentes rótulos, tais como direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas etc¹⁰⁶.

Já Paulo Bonavides, após rico intercuro pela obra de Carl Schmitt, dispõe que os direitos fundamentais “corresponde assim, por inteiro, a uma concepção de direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam “segundo o critério da lei” ou “dentro dos limites legais”¹⁰⁷.

Como anotado no tópico anterior, os direitos fundamentais se dividem em gerações de garantias que se revelaram dada às necessidades sociais: “Lembre-se, aliás, de que o desenvolvimento dessa teoria geral não nasceu da noite para o dia. Foi fruto de lenta e gradual maturação histórica, das lutas, dificuldades, alegrias e tristezas que circundam a própria existência terrena”¹⁰⁸.

¹⁰⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 16.

¹⁰⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 8.

¹⁰⁶ BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 525.

¹⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 579.

¹⁰⁸ BULLOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 525.

Inicialmente, temos os direitos fundamentais de primeira geração, que são os primeiros direitos positivados e que impõe a limitação da ação do Estado na sociedade.

Buscava-se implantar a autonomia do indivíduo frente o poderio estatal em pleno crescimento, por isso que nessa fase foi exigido a abstenção do Estado, surgindo obrigações de não fazer, de não intervir na vida pessoal de cada um dos componentes de seu povo, não existindo, nesse primeiro momento, a preocupação com a desigualdade social¹⁰⁹.

Segundo Paulo Bonavides:

Os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente¹¹⁰.

Não há apenas a limitação do Estado, há, ainda, a restrição do poder e o refreamento da competência e da matéria das leis pelo Texto Constitucional, de tal sorte que o Estado não se ocupava com questões sociais e econômicas¹¹¹.

Compõem a classificação de *status negativus* de Jellinek, no qual se concebe uma clara separação entre Estado e sociedade, dando aos direitos desta geração natureza *antiestatal*. Nesse contexto, o homem é visto como ente particularizado, componente de um quadro social, possuidor de liberdade imaterial¹¹².

De modo exemplificativo, se apresenta um rol de direitos fundamentais individuais de primeira geração, a saber, o direito à liberdade, à vida, à propriedade, à segurança e à igualdade, todos estes dispostos no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dos quais esta dissertação passará a abordar sucintamente.

O direito à liberdade, direito individual fundamental de primeira geração, se desdobra em diversas espécies, *vide* liberdade de locomoção, de consciência, de expressão, de religião, de imprensa, de reunião e de associação. Talvez o mais importante destes seja o direito de locomoção, previsto no artigo 5º, inciso XV, da *Lex Mater*, no qual dispõe sobre a livre locomoção no território nacional em tempo de paz, possuindo como remédio para a restrição da liberdade de ir e vir, a impetração de habeas corpus.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/2159-Curso-de-Direito-Constitucional-2017-Gilmar-Ferreira-Mendes-e-Paulo-Gustavo-Gonet-Branco.pdf>>. Acesso em 15 out. 2019.

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 581.

¹¹¹ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 25/26.

¹¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 582.

No que tange ao direito à vida, este sustenta as demais prerrogativas, já que não há que se falar em garantia à honra e até mesmo à liberdade, se não há vida. Sendo assim, se trata do bem maior de um indivíduo que é protegido pelo Estado inclusive com sua força maior, o direito penal, tanto que as maiores sanções penais são destinadas aos crimes de ofensa à vida humana¹¹³.

Em outra linha, o direito à vida e à inviolabilidade do corpo humano é prerrogativa da qual seu titular deve reivindicar não apenas diante de um terceiro que vá em contramão de sua integridade física e/ou mental, mas também do Estado e de seus representantes, de forma que constitui verdadeiro direito de defesa em face do próprio Poder Público¹¹⁴.

Decorre de tal direito a repulsa pela tortura, por isso que nenhuma ordem civil hodierna reconhece tal instrumento de terror, muito embora se admita a pena de morte, mas que são penalidades totalmente distintas em suas essências: a primeira serve para desqualificar o indivíduo como ser humano, para retirar sua dignidade; enquanto a pena de morte, não admitida pelas sociedades culturalmente mais avançadas, não se retira a natureza humana do indivíduo, mas o condena em razão de sua ação injusta em detrimento de outrem, sem submetê-lo a tratamento ultrajante como ocorre na tortura.

Quanto ao direito à propriedade, infere-se que a Revolução Francesa o tratou como valor imprescindível ao homem, já que é através dele que, na época, se procurou viabilizar a efetivação do direito à liberdade e à igualdade através da concessão da propriedade aos desapropriados, numa espécie de reforma agrária. O objetivo desta ação era realizar a justiça por meio de desapropriação de imóveis de titularidade dos *contrarrevolucionários* e do clero, que possuíam a maior parte da terra produtiva do território francês¹¹⁵.

A propriedade é uma concepção jurídica que expressa uma relação jurídica, e não um vínculo direto com o bem em si, de modo que o proprietário de um imóvel pode ser assim considerado, mesmo que jamais tenha conhecido o local, tal fato não retira o caráter jurídico de dono da coisa, tampouco os direitos inerentes à propriedade¹¹⁶.

¹¹³ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 27.

¹¹⁴ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Trad. Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 187.

¹¹⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 28.

¹¹⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 30.

A discussão sobre propriedade é tão importante e remota que Rousseau tratou a propriedade como causadora dos problemas sociais¹¹⁷.

Como explica Salgado, a propriedade é dividida em propriedade dos bens de consumo, como por exemplo, casas e automóveis, e propriedade dos meios de produção como terras, indústrias, instituições financeiras, dentre outros, fazendo mister destacar que no socialismo se garante a propriedade de bens de consumo e não a dos meios de produção, o que inclusive é ratificado pela Carta das Nações Unidas¹¹⁸.

Além disso, as Constituições modernas passaram a introduzir em seu texto a função social da propriedade como, por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que em seu artigo 5º, inciso XXIII, dispõe que a propriedade atenderá a sua função social¹¹⁹.

Assim, nos dizeres do mestre Joaquim Carlos Salgado: “o direito de propriedade do indivíduo tem limites, destinação e uso estabelecidos em função do bem-estar da sociedade”¹²⁰.

Em outra toada, o direito à segurança, presente no rol de primeira geração, se relaciona com as garantias de inviolabilidade do domicílio e ao sigilo da correspondência, três direitos constitucionalmente previsto em nossa Carta Maior (artigos 5º, *caput*, incisos XI e XII), de modo que a nenhuma pessoa ou ao Estado, exceto quando em estrito cumprimento de ordem judicial, é permitido adentrar no domicílio ou a ter acesso às cartas sem o devido consentimento.

Lado outro, no tocante ao direito de igualdade, desde os estoicos já se falava da referida prerrogativa, aduzindo que todas as pessoas são iguais porque são todas racionais e, por consequência, são igualmente livres.

A igualdade é dividida em várias dimensões, a primeira é a igualdade jurídica, que versa que todos são iguais perante à lei (artigo 5º, *caput*, da CRFB/88), ideal já previsto no direito clássico, mas que ganha força no Estado Democrático contemporâneo. Ninguém, independentemente de sua condição social-econômica, pode receber tratamento diferenciado

¹¹⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 30.

¹¹⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 28.

¹¹⁹ BRASIL. Senado. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília. DF: Congresso Nacional, 1988.

¹²⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 30.

com que prega a lei, independentemente se o tratamento desigual conduz à vantagens ou prejuízos para este.

Já a igualdade política, que veda o privilégio político, foi determinante para que os nobres deixassem de ser privilegiados pelo voto, que tinha força qualitativa à época. Com a Revolução Francesa, veio o sufrágio universal pregando que todos são livres e têm direito de participar do processo de decisão política através do voto que, deixa de ter força qualitativa, para ser agente quantitativo.

Por derradeiro, a igualdade social e econômica, no qual, o social, se traduz no direito de todos de participarem ativamente na vida comunitária, sem qualquer distinção, e a igualdade econômica, que prega condições dignas de sobrevivência à cada indivíduo.

Noutro giro, os direitos de segunda geração, os chamados direitos sociais, surgem com o Estado Social e têm como valor fundante a igualdade. Surge após a Primeira Grande Guerra, tendo por núcleo os direitos sociais, econômicos e culturais e exigem do ente estatal uma prestação positiva, isto é, impõe ao Estado o dever legal de agir em prol do indivíduo, constituindo tais direitos o status positivo (*status civitatis*) de Jellinek¹²¹.

Como anota Paulo Gustavo Gonet e Gilmar Ferreira Mendes, tais direitos surgem a partir da reivindicação coletiva que pleiteava maior igualdade e justiça social, sendo acolhidos pelo sistema normativo:

O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o État Gendarme, associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social. O ideal absentista do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais. Daí o progressivo estabelecimento pelos Estados de seguros sociais variados, importando intervenção intensa na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social. Como consequência, uma diferente pleora de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc¹²².

¹²¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 528.

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/2159-Curso-de-Direito-Constitucional-2017-Gilmar-Ferreira-Mendes-e-Paulo-Gustavo-Gonet-Branco.pdf>>. Acesso em 15 out. 2019.

Salgado explica que são viáveis tais direitos em razão da valorização do trabalho pelo desenvolvimento industrial: “Os direitos sociais estão, portanto, ligados ao conceito de trabalho e, mais rigorosamente, ao de trabalhador”¹²³. O Estado Social tem por razão última a justiça social, cujo o critério de avaliação é o esforço ou o trabalho de cada um em sociedade.

Desta geração decorrem os direitos previstos no artigo 6º, da CRFB/1988, a saber, o direito ao trabalho, à educação, à saúde, à previdência social, à assistência aos desamparados, dedicando, este trabalho, ao estudo dos direitos sociais do trabalho, da saúde e da educação.

Do direito ao trabalho, que é aquele que permite a manutenção do trabalhador, não só visto como o direito que constitui meio de riqueza de uma sociedade, decorre vários outros direitos como, *verbi gratia*, direito às férias, ao repouso semanal remunerado, garantia no emprego, remuneração justa e associação sindical¹²⁴

No tocante ao direito à saúde, trata-se de um direito individual e coletivo, vez que configura direito público subjetivo atribuído à generalidade de cidadãos que passam a ter com um Estado uma relação jurídica obrigacional, no qual estes são os beneficiários¹²⁵.

Aborda Salgado com seu brilhantismo de sempre, fazendo uma crítica contundente no que tange ao direito à saúde na experiência brasileira, crítica que permanece nos dias de hoje:

Trata-se, no direito à saúde, de atender, segundo o avanço da medicina, às necessidades de saúde no sentido mais geral, de modo igual tanto ao trabalhador quanto ao mais bem situado cidadão. O assunto saúde, contudo, é no Brasil tão grave, que os limites deste esboço não permitem desenvolvê-lo¹²⁶.

No que refere ao direito à educação, tem-se que este é um dos alicerces mais importantes da sociedade civil, eis que uma sociedade que não preza pela educação está fadada a não evoluir interna e externamente. É dever da Carta Constitucional não só prever tal direito, como dispor de mecanismos para concretizá-lo, assim como faz nossa Constituição de 1988, que propõe medidas para realização da educação através das tutelas

¹²³ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 40.

¹²⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 47.

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional* (Série EDB), 4ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 565.

¹²⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 52.

individuais e coletivas, concedendo natureza de cláusula pétrea e prevendo aplicação imediata de tal garantia.

O indivíduo tem acesso à educação para desenvolver dois de seus maiores direitos, quais sejam, o trabalho e a liberdade, ou seja, a educação não serve como instrumento de dominação social em massa, mas sim para fomentar a liberdade, a crítica e o pensamento. A educação não está a serviço de uma ou outra ideologia, mas apenas e absolutamente do homem, de sua formação crítica diante da realidade que lhe é revelada.

A educação tem por um dos seus prismas o trabalho justamente para que os educandos sejam proficientes na vida em sociedade, para que seu conhecimento possa acrescentar no quadro fático e para que seja meio que possibilite seu sustento e de sua família.

Desse modo, explana, José Luiz Borges Horta, acerca da importância da educação no desenvolvimento da cidadania humana:

Como um direito fundamental de segunda geração, o direito à educação é indispensável para a conquista de verdadeiro e pleno exercício da cidadania humana. Para tal, outra não pode ser a postura da doutrina senão a de cada vez mais voltar seus olhos para tão relevante campo do Direito, buscando não somente o conhecimento jurídico, mas uma correta integração com os demais setores que se dedicam ao estudo do processo educacional: Educação, Psicologia, Sociologia, Política, Filosofia¹²⁷.

Mais uma vez, nosso autor em estudo, Joaquim Carlos Salgado, versa sobre a realidade brasileira no que concerne à educação, uma elucidação que aparenta ter sido produzida no contexto hodierno, mas não, fora elaborada em 1996, o que prova que a educação no Brasil não avançou como deveria, sobretudo no que diz respeito ao ensino fundamental e médio:

No caso concreto do Brasil, isso significa uma severa revisão, ou mesmo revolução na política, nas técnicas e nos instrumentos de ensino (aí compreendidas as unidades escolares). E a premissa maior do encadeamento lógico de um plano de reestruturação do ensino em um país subdesenvolvido é, sem dúvida, a de que a educação não seja considerada como simples mercadoria sujeita à lei da oferta e da procura e relegada à iniciativa e ao interesse privado, ou à contingência do jogo comercial da livre concorrência, mas seja obrigação primeira do Estado social¹²⁸.

Continua, tão magnificamente Salgado, com uma colocação mais que atual:

¹²⁷ HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007, p. 183.

¹²⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 53.

Educação como formação de indivíduos livres significa mais do que mera instrução ou aparelhamento do indivíduo para receber informações. Significa dotar as pessoas do poder de refletir sobre essas informações criticamente. Não basta, por exemplo, que alguém aprenda a ler bem, ou a exercer uma profissão com perfeição. É preciso que aprenda que é livre, que saiba detectar as amarras da sua liberdade, as formas de dominação e de violência que ocorrem na sociedade e, não só detectar, mas também lutar pela liberdade. Nesse sentido, o fato de alguém saber ler não é suficiente e pode servir até para aliená-lo conforme o conteúdo da informação que recebe¹²⁹.

Nesses tempos, muito se tem falado em contingenciamento de verbas destinadas às universidades públicas, sem que os representantes políticos percebam que sem educação não há pesquisa e, sem pesquisa, não há ciência e tecnologia. O que se vê atualmente é uma forte depreciação da educação e da pesquisa, especialmente por parte do governo e da própria sociedade civil, o que nos leva, quase que inevitavelmente, a um futuro de trabalhos mecânicos¹³⁰.

Além disso, inadmissível é que o Estado limite o objeto de estudo dos pesquisadores sob a escusa que é necessário suprir as necessidades iminentes, pois põe em risco a liberdade do indivíduo e condena o povo brasileiro a exercer mão de obra barata, que se preocupa com o número de atividades desenvolvidas e não com a sua qualidade: “O país desenvolvido dos nossos dias é muito mais o que produz tecnologia e ciência avançada e exporta suas aplicações sob forma de “knowhow”, etc., do que os que abarrotam os porões dos navios de seus produtos”¹³¹.

Assim, o Brasil deve desenvolver ciência e tecnologia para que não fique em posição inferior e ultrapassada em relação às demais nações. Terá que ser competitivo no mercado global, sob pena de ser condenado ao permanente subdesenvolvimento, ocupando a população de funções de subempregos, como prestadores de serviço de baixíssima remuneração, já que deixou de produzir pesquisa, enquanto outros Estados investiram fortemente no desenvolvimento tecnológico.

Lado outro, no que diz respeito aos direitos de terceira geração, estes possuem titularidade difusa ou coletiva, de modo que não são imputados ao homem apartadamente, mas sim às coletividades, aos grupos. Nesse rol de direitos, além de outros, há o direito à

¹²⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 54.

¹³⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 55.

¹³¹ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 55.

qualidade do meio ambiente, à paz, ao desenvolvimento e conservação do patrimônio histórico e cultural.

No que tange aos direitos fundamentais de terceira geração, tem-se:

A terceira geração, por alguns chamada de novíssima dimensão, engloba os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade (Karel Vasak).

Tais direitos têm sido incorporados nos ordenamentos constitucionais positivos e vigentes de todo o mundo, como nas Constituições do Chile (art. 19, § 8º), da Coreia (art. 35, 1) e do Brasil (art. 225).

Os direitos difusos em geral, como o meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso, a autodeterminação dos povos, o avanço da tecnologia, são alguns dos itens componentes do vasto catálogo dos direitos de solidariedade, prescritos nos textos constitucionais hodiernos, e que constituem a terceira geração dos direitos humanos fundamentais¹³².

De se registrar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a primeira, segunda e terceira geração de direitos fundamentais:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações

sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade¹³³.

Previsto no artigo 225, da Constituição Federal de 1988, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma garantia de todo o homem, de toda a coletividade, constituindo essa uma das maiores demandas sociais contemporâneas. Cabe ao Estado e à sociedade agirem pela realização desse direito e preservá-lo para as próximas gerações.

Quanto à quarta geração de direitos fundamentais, as prerrogativas que merecem maiores destaques são as decorrentes da biociência, da engenharia genética, alimentos transgênicos, inseminação artificial, clonagens e internet¹³⁴, além do direito ao pluralismo, à

¹³² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 528/529.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.164/SP, Relator: Ministro Celso de Mello. 30 out. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em 15 out. 2019.

¹³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 529.

informação e à democracia¹³⁵. São direitos postos pela globalização política, representando a última fase do Estado Social:

A democracia é um direito fundamental, porque o arbítrio não se irmana com o regime das liberdades públicas, que se opõe à força, à brutalidade, ao abuso de poder.

O direito de informação, por sua vez, é outra liberdade pública da coletividade. Não se personifica, muito menos se dirige a sujeitos determinados. Conecta-se à liberdade de informação, porque todos, sem exceção, têm a prerrogativa de informar e de ser informado. O acesso ao conhecimento não pode ser tido como privilégio de uns, em detrimento de outros.

Já o pluralismo político é a composição da sociedade pelos seus diversos segmentos, sendo outro direito fundamental de grande envergadura, no panorama das liberdades públicas¹³⁶.

Leciona Paulo Bonavides acerca dos direitos fundamentais de quarta geração:

Os direitos de quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *principal, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico¹³⁷.

Avança na discussão:

Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, *concretizam-se*. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação¹³⁸.

Por derradeiro, os direitos de quinta geração “são os direitos relacionados com a cibernética; a preocupação com o mundo virtual e o futuro da humanidade”¹³⁹.

Paulo Bonavides defende que o direito à paz, além de direito de terceira geração, igualmente é direito de quinta geração, isso porque não foi devidamente desenvolvido, possuindo lacunas no que tange ao debate sobre as razões que enaltecem a paz à categoria de direito fundamental¹⁴⁰.

¹³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 589/590.

¹³⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 531.

¹³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 590.

¹³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 590/591.

¹³⁹ MESSA, Ana Flavia. *Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Rideel, 2011, p. 401.

¹⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 598.

Diante do exposto, tem-se que as gerações de direitos fundamentais surgem com o reclame popular que passa a buscar garantias mínimas de vida após não mais tolerar as repressões das ações do Estado Absolutista. Cumpre ressaltar, ainda, que a experiência brasileira nos revela que a Constituição da República que hodiernamente nos rege, tratou de acompanhar as demandas populares, instituindo em seu texto a tutela aos direitos fundamentais.

Analisemos, pois, como as Constituições influenciaram no processo de formação de direitos e como elas são reflexos das lutas sociais por mais direitos.

3.3. As Constituições e os direitos fundamentais

As Constituições possuem papel precípua para os direitos fundamentais, vez que é por meio destas que os direitos mais caros a uma sociedade se revelam. Os direitos fundamentais positivados nas respectivas Constituições apontam a natureza, os princípios e objetivos de cada Carta Constitucional, demonstrando para que veio determinada declaração constitucional.

Decerto, o Constitucionalismo é um instituto próprio do Estado de Direito, muito embora é possível falar em constitucionalismo anterior a essa fase, em *constitucionalismos pré-modernos*.¹⁴¹

O Estado Liberal de Direito corresponde ao Constitucionalismo clássico, responsável pelas constituições liberais que tinham como funções primeiras declarar os direitos individuais e limitar os poderes estatais, de modo que o Estado restou cerceado em suas ações em benefício dos direitos de seu povo. Há, aqui, a racionalização do Estado em prol dos direitos de liberdade do homem.

As Constituições liberais consagravam os valores liberais e democráticos de sua época, tendo como uma de suas bases a teoria de separação de poderes de Locke e

¹⁴¹ 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 104.

Montesquieu¹⁴². Tais Constituições buscavam tutelar os direitos fundamentais de primeira geração declarados em seus sistemas normativos.

O propósito era limitar o poder do Estado, muitas vezes autoritário, através da promulgação de Constituições que dispunham dessa delimitação na atuação estatal, bem como, reconhecer expressamente os direitos supremos do homem corolários “da igualdade, da fraternidade, da legalidade, da liberdade e da democracia”¹⁴³.

O Constitucionalismo clássico ergueu-se a partir da necessidade de tutelar constitucionalmente direitos como, a título de exemplo, a liberdade de locomoção e a liberdade de expressão.

O chamado constitucionalismo começa por ser uma tentativa de construção racional aplicável aos governos dos povos civilizados. Apesar de entrevisto em algumas tentativas anteriores poderemos situar o seu aparecimento, e o seu sucesso, nos escritos do inglês John Locke, que foi o primeiro, em começo do século XVIII, a justificar juridicamente o individualismo e o liberalismo como sendo as bases naturais da estrutura das sociedades humanas¹⁴⁴.

Já o segundo momento do Constitucionalismo, chamado de Constitucionalismo social, inicia com a Constituição da República de Weimar, deixando de ter apenas a natureza formal de previsão de direitos, para incluir o caráter material por meio de suas declarações intervencionistas.

O Estado passa a possuir obrigações para com seus cidadãos, de modo que o Poder Público age positivamente para a concretização das novas angústias sociais representadas pelos direitos fundamentais que passaram a ser demandados pelo corpo social.

Nas palavras do Professor Doutor José Luiz Borges Horta:

O Estado Social traria novas conquistas e uma preocupação permanente em fazer do Estado agente do desenvolvimento social. É criado o chamado *welfar estate*, o Estado do Bem-Estar Social do mundo europeu, que se expande a extremos (e portanto se corrompe) na versão autoritária do Estado paternalista e na versão autocrática do Estado socialista, expressões estatais que vão se consolidar de modo visível no mundo ocidental¹⁴⁵.

¹⁴² 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 108.

¹⁴³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66.

¹⁴⁴ MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *O constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*. Ministério da Justiça: Arquivo Nacional, 1972, p. 1 apud BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

¹⁴⁵ HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007, p. 16.

Posteriormente, é a vez do Constitucionalismo democrático vigente até os dias atuais, cujo ponto central é a “interface entre os estudos jusfilosóficos e constitucionais”¹⁴⁶. Nesse contexto, os princípios têm papel fundamental no constitucionalismo atual, vez que são normas de alto poder de abstração usadas como forma de integração e interpretação hermenêutica do conteúdo constitucional.¹⁴⁷

No tocante ao conteúdo dos Textos Constitucionais que nasceram no seio do Constitucionalismo democrático, Uadi Lammego Bullo aduz que:

Em verdade, as constituições contemporâneas firmaram o compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo estatal. Isso fez com que ocorresse um alargamento dos textos constitucionais, isentando os indivíduos das coações autoritárias em nome da democracia política, dos direitos econômicos, dos direitos dos trabalhadores. Daí o conteúdo social das constituições de onde deriva a ideia de constituição dirigente, que encontra no Professor português José Joaquim Gomes Canotilho sua expressão maior¹⁴⁸.

Na realidade brasileira, afigura-se que o Constitucionalismo clássico esteve presente nas Constituições de 1824 e 1891; ao passo que nas Cartas Constitucionais de 1934, 1937, 1946, 1967-1969 prevaleceu o Constitucionalismo social e; na Constituição de 1988, o Constitucionalismo democrático¹⁴⁹.

Frisa-se que o movimento do Constitucionalismo e das Constituições se traduzem na história do Estado que, em suma, é a conquista de direitos, revelando uma natureza quantitativa de direitos, sem o abandono dos direitos já existentes:

Para muitos, cada mudança de fase na história do Estado representaria radical ruptura com o passado: a luta pelos direitos encerraria fases distintas e contraditórias, nitidamente opostas às fases anteriores. Não pensamos assim. Preferimos pensar dialeticamente: há na realidade um aprofundamento gradual de todas as conquistas. Cada modelo de Estado, nesse sentido, aprofunda as conquistas daquele que o antecede¹⁵⁰.

¹⁴⁶ 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 258.

¹⁴⁷ 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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, p. 258.

¹⁴⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 77.

¹⁴⁹ HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007, p. 21.

¹⁵⁰ HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007, p. 15.

Portanto, tem-se que são as várias expressões do Estado de Direito, provocadas pela vontade popular, que ditam as Constituições a serem promulgadas e os respectivos direitos por elas positivados. Com efeito, coube às Constituições dispor de um acervo de garantias mínimas à sobrevivência do indivíduo, sem que isso fosse sinônimo de renúncia dos direitos já consagrados, o que foi notavelmente desempenhado pelas Constituições.

4. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No capítulo anterior, os direitos fundamentais e suas gerações foram o cerne da problemática, todavia, tão necessário quanto discorrer sobre o direito em si, é tratar de sua efetivação. Assim, com vistas a clarear os apontamentos dados até então, esse trabalho se dedicará a explanar sobre o movimento de concretização desses direitos, especialmente, no que se refere aos pontos centrais que levam à realização desses direitos, a saber, a consciência, a positivação e a fruição de prerrogativas fundamentais.

Além disso, se faz mister diferenciar conceitualmente a eficácia, a efetividade e a efetivação dos direitos fundamentais, bem como, razoar acerca da hermenêutica dos direitos fundamentais, sobretudo no que diz respeito ao modo de interpretar e aplicar as normas que regulam os direitos fundamentais.

Nesse sentido, vejamos.

4.1. A posição de Joaquim Carlos Salgado: consciência, positivação e fruição

Ora, se até aqui se buscou aludir sobre os direitos fundamentais propriamente ditos, resta questionar como se buscar a efetiva realização dessas garantias. O direito é o meio mais eficiente de universalização de valores considerados éticos, vez que este permite que o valor moral de um grupo abandone o caráter de regionalizado para alcançar justamente a universalidade, podendo, assim, ser reconhecido e exigido como tal.

Foi a partir da preocupação com a temática da ética que o estudo da consciência jurídica de um povo passou a ser tão importante sob o ponto de vista de compreender o caminho da universalização dos direitos subjetivos fundamentais. O direito é o meio pelo qual se universaliza valores éticos, haja vista que enquanto tais valores permanecem como valores locais pertencentes a um só grupo e não de toda sociedade e, assim reconhecidos, não podem atingir a categoria jurídica¹⁵¹.

Em um contexto social, há valores éticos comuns ou não à integralidade de pessoas pertencentes àquele meio. Todavia, somente quando são compartilhados por todos, é que se

¹⁵¹ SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Vol. 30, nº 1. Belo Horizonte: jan./mar. de 1999, p. 98.

alcança à universalidade material e adentram ao direito, ou seja, passam a entrar no debate do estudo jurídico, o que notavelmente explica Salgado:

Numa sociedade pluralista podem e devem conviver sistemas éticos dos mais diversos com as respectivas escalas de valores mais ou menos aproximadas, ou mesmo distanciadas uma das outras. Somente, porém, quando há valores éticos comuns a todos esses grupos ou sistemas, portanto quando se alçam materialmente à categoria da universalidade, como valores de todos os membros da sociedade, e como tais reconhecidos, podem esses valores éticos ingressar na esfera do direito: primeiro, por serem considerados como universais na consciência jurídica de um povo, a exemplo dos direitos naturais, assim concebidos antes da Revolução Francesa; depois, formalmente positivados na declaração de direitos, ato de vontade que os normativiza universalmente, isto é, como de todos os membros da sociedade e por todos reconhecidos. O direito é, nesse sentido, o *maximum* ético de uma cultura, tanto no plano da extensão – universal (reconhecido por todos) – como no plano axiológico – enquanto valores mais altos ou de cumeada, como tais formalizados. É o que marca a objetividade do direito no sentido kantiano¹⁵².

É através da universalidade de valores ético, no qual são por todos partilhados, é que podem esses valores introduzir-se ao direito, inicialmente, por se tratarem de valores vistos como universais na consciência jurídica de determinada comunidade como, por exemplo, os direitos naturais, assim entendidos antes da Revolução Francesa; após, formalmente previstos no ordenamento jurídico, que é o ato de vontade normativizado, comum a todos; e, finalmente, fruídos por cada cidadão¹⁵³.

Em razão disso que Salgado dispõe que o direito é o máximo ético quanto à extensão, isto é, a universalidade de valores é para todos, bem como, é axiológico, como valores centrais e por isso formalizados¹⁵⁴. Quando os valores atingem a universalidade material encontrada na consciência jurídica de um corpo social e a universalidade formal que é a positivação, através da vontade, passam esses valores terem natureza de direitos.

Cabe ressaltar que o direito nasce do movimento dialético do dever ser e do ser por este negado, o movimento do justo e do injusto, revelando a evolução da racionalidade. Para que um valor tenha destaque suficiente para alcançar o patamar de direito é necessário o uso da razão, da razão prudencial, isso tudo com o fito de se realizar a liberdade humana¹⁵⁵.

¹⁵² SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Vol. 30, nº 1. Belo Horizonte: jan./mar. de 1999, p. 98.

¹⁵³ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 9.

¹⁵⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 9.

¹⁵⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 12.

Se realiza a liberdade sob duas óticas, a saber, o conhecimento da liberdade, já que o indivíduo que não sabe que é livre, por óbvio, não é, de fato, livre, e o agir livre, que se revela na concretização dos direitos subjetivos fundamentais. Isto é, a justiça contemporânea se traduz na realização da liberdade como um direito fundamental atribuído a todos por um sistema normativo democraticamente situado¹⁵⁶.

A consciência jurídica, para alcançar o *maximum ethicum*, separou a liberdade em poder e em direito, e apenas entendeu a liberdade que possuía como direito no momento em que a perdeu na escravidão e que a reconquistou na *liberdade absoluta do terror*¹⁵⁷. Em seguida, após vivenciar a liberdade plena, foi imprescindível a positivação do mencionado direito em uma ordem política-jurídica democraticamente posta.

Salgado explica o método de composição da consciência: “é um processo de formação e informação do homem. Esse processo só é possível em um ser que se transforma segundo suas potencialidades, não só do ponto de vista ontogênico, mas também do filogenético¹⁵⁸”.

Prossegue Joaquim Carlos Salgado:

Assim, o homem como ser imediato ou pura potencialidade que é negada na sua própria dialética ou tensão, é negado pela sua essência ou dever ser, ser mediato, que deve tornar-se ato, realizando concretamente a sua liberdade como saber teórico e prático, atende tanto ao percurso ontogenético, como filogenético, mas na história, ao processo dialético que vai da sua pura abstração imediata de ser, passando pela negação da essência ou ser mediato, para o ser em ato, ou seja, na sua efetividade ou, na acepção de Hegel, no seu conceito. Ser (potência abstrata), essência (dever como dever ser que nega a pura abstração inerte do ser) e conceito, realização plena do que tem de ser, mas como o que deve ser, são os momentos da sua formação, que só é possível porque o homem não é concebido como um dado que tem de permanecer como tal ou que é determinado exteriormente, mas como um dado que dever ser negado, realizando-se com essa negação o seu ser posto, ou seja, o que ele deve ser, segundo o projeto que de si faz, ou segundo uma realização livre¹⁵⁹.

A formação da consciência humana é um elemento interior, eis que é uma ação que realiza a liberdade. A formação, nada mais é que educar-se, um movimento que sai de si ao encontro de um outro, não deixando de ser o que é, isso tudo através da consciência¹⁶⁰.

¹⁵⁶ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 15.

¹⁵⁷ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 16/17.

¹⁵⁸ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 19.

¹⁵⁹ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 20.

¹⁶⁰ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 21/22.

De se registrar que a consciência jurídica precisa da dialética da consciência teórica para se realizar a razão prática, no qual se encontra a consciência moral e a jurídica, esta última derivada da consciência ética¹⁶¹.

Experiência da consciência jurídica, portanto no nível fenomenológico, é o processo pelo qual a consciência jurídica é consciência de uma coisa considerada como bem jurídico, depois consciência que volta sobre si, refletidamente, como pessoa de direitos e, finalmente, como razão jurídica ou consciência jurídica universal intersubjetiva em que o bem jurídico se reconhece como próprio do sujeito de direito numa ordem normativa universal. É o processo pelo qual ela se sabe como um nós ou razão jurídica¹⁶².

Esse processo de consciência jurídica se revela nos três momentos essenciais da história ocidental, a saber, o homem da civilização grega (animal racional), a pessoa de direito da cultura romana e o sujeito de direito na visão hodierna, constituindo a dialética do indivíduo livre, titular de direitos fundamentais, positivados na declaração de direito como vontade universal.

A consciência jurídica *supera* a consciência moral subjetiva através da positivação do direito, consubstanciando a totalidade ética. Tal consciência inicia na subjetividade da consciência moral, onde a lei é imaterialmente universalizada pelo indivíduo (Kant) ou interiorizada a partir do momento em que é posta objetivamente sob o ponto de vista moral positiva; passando pelo reconhecimento da lei ou do valor jurídico, ambos universalmente postos; até se materializar na efetivação, de fato, dos direitos atribuídos¹⁶³.

A ideia de justiça do mestre Joaquim Carlos Salgado alcança, exatamente, a consciência, a declaração e a fruição dos direitos subjetivos fundamentais, de modo que referido ideário de justiça contemporânea é concebida na civilização ocidental por meio da consciência ética que chega à consciência jurídica.

Esse processo de consciência, previsão e realização dos direitos fundamentais se materializa por *uma estrutura transcendental da consciência* e por meio da experiência na criação de valores ocidentais, como bem esclarece Salgado: “Trata-se da experiência da consciência jurídica, que se projeta na história do Ocidente como um processo de formação do homem livre, cujo veículo é a educação¹⁶⁴”.

¹⁶¹ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 22.

¹⁶² SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 23.

¹⁶³ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 24.

¹⁶⁴ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 26.

A consciência moral vai além do sentimento moral, considerada como a virtude que procura o bem fora de si. A consciência moral se recolhe para si e forma uma lei própria. A consciência jurídica, por sua vez, defende a sociedade organizada juridicamente diante da nova realidade que se impõe.

Na consciência jurídica, a lei é dada objetivamente como por um nós, passando a possuir objetividade e universalidade como lei imposta por todo o corpo social, afastando a subjetividade e a universalidade abstrata. O próximo passo é objetivar o direito natural por meio da declaração como consciência de um nós, isto é, por meio de um processo de previsão de direitos que declara valores do direito natural como consciência jurídica.

Pelo prisma formal, a consciência jurídica origina da consciência ética, na qual a fase inicial é a consciência moral interna, que alcança a universalidade abstrata através do eu transcendental de Kant ou da consciência, de tal forma que a consciência jurídica ultrapassa a separação direito-moral, no qual o direito é entendido como finalidade do processo ético iniciada na interioridade da consciência moral¹⁶⁵.

A dicotomia existente entre a interioridade da moral e a exterioridade do direito finaliza na eticidade do direito, no qual o justo é a temática axiológica da consciência jurídica, onde passa ter força de um nós, tornando a lei fruto da objetividade e da universalidade concreta.

Cumprir registrar que os valores do Ocidente, vistos pela consciência jurídica como universais e exigíveis com força coercitiva, tornam-se jurídicos na declaração de direitos ou na forma de direitos fundamentais, ou seja, pelo desenrolar da liberdade¹⁶⁶.

A consciência jurídica é marcada pelo deslocar da justiça, do portador do dever moral para o sujeito de direito. Os valores vistos como direitos naturais, após o reconhecimento destes pela consciência jurídica, através da *juridicidade dos seus conteúdos axiológicos*, precisam avançar no sentido da declaração nas constituições dos direitos fundamentais nas constituições, passando, assim, a ser exigíveis e fruídos por cada sujeito de direito. A partir da experiência da consciência jurídica do romano que se tem a ideia de pessoa como sujeito universal de direitos¹⁶⁷.

¹⁶⁵ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 36.

¹⁶⁶ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 38.

¹⁶⁷ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 56.

Define-se, pois, que a realização da justiça inicia com a consciência da atribuição de valores por todos, valores esses declarados na ordem normativa de um povo, sendo efetivado na fruição pelo sujeito de direito: “É, contudo, o direito o fim do político ou o fim do processo que começa pela consciência dos valores como direito e termina na sua declaração universal como norma jurídica, realizando-se no momento concreto como direitos do sujeito”¹⁶⁸.

4.2. Distinções conceituais: eficácia, efetividade e efetivação dos direitos fundamentais

Salgado em seu artigo *Os Direitos Fundamentais* define a eficácia como a necessidade dos direitos fundamentais serem garantidos na ordem normativa constitucional, posto que não tem valia a Constituição que é limitada por norma inferior ou que possua omissões em seu teor¹⁶⁹.

O autor defendeu no referido trabalho que as normas programáticas¹⁷⁰ não podem ser empregadas no âmbito dos direitos fundamentais, o que, inclusive, foi ratificado por este em oportunidade diversa, dispondo que¹⁷¹:

Longe vai ficando da doutrina e do Direito Constitucional contemporâneo o engodo da norma programática no texto constitucional que declara direitos. Norma programática não tem penetração na área de outorga de direitos; poderá justificar-se quando necessárias medidas não jurídicas, insuperáveis pela atividade jurídica para a aplicação das normas.¹⁷²

Peter Häberle também comunga da posição que os direitos fundamentais ultrapassam o postulado programático, tendo por exigência, imediata realização e, para isto, usa da “a

¹⁶⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. *Ancilla Iuris*. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, UFMG, v. 34, 1994, p. 83.

¹⁶⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 65.

¹⁷⁰ Joaquim Carlos Salgado explica que as normas programáticas “teriam a finalidade de traçar diretrizes de ação política ou administrativa e que para serem aplicadas dependeriam de leis específicas”. (SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 65-66).

¹⁷¹ Tal posicionamento do Professor Salgado está de pleno acordo com o disposto no artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição da República de 1988, que prevê a aplicabilidade imediata às normas relativas aos direitos e garantias fundamentais.

¹⁷² SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 258-259.

eficácia mediata frente a terceiros, quer dizer, sua eficácia também diante de particulares, bem como para efeitos fiscais, e suas consequências em relações de *status* especial”¹⁷³.

Quando os direitos subjetivos fundamentais são previstos constitucionalmente, estes são *auto-executáveis*, ainda que dependentes de regulamentação ulterior e esta não tenha sido feita, vez que, se assim não fosse, se estaria diante de verdadeira afronta aos dizeres da *Lex Mater*, postergando a intenção da declaração constitucional¹⁷⁴.

Nessa esteira, os direitos fundamentais são garantidos pelos instrumentos jurídicos, políticos e sociais:

- a) Por instrumentos jurídicos – pela criação de órgãos independentes para sua defesa, eleitos pelo povo, pela autonomia do judiciário e sua vinculação apenas à vontade popular, e pela auto-aplicabilidade das normas constitucionais.
- b) Por instrumentos políticos – condicionando-se, por exemplo, as emendas constitucionais, a lei orçamentária, a remuneração dos representantes do povo e as leis que se refiram aos direitos fundamentais, ao plebiscito ou a *referendum* popular, cada vez mais possíveis pelo desenvolvimento da educação, dos meios de comunicação e da informática.
- c) Por instrumentos sociais – através das associações de base que atuem perante os poderes constituídos, ou através da imprensa¹⁷⁵.

Em página lapidar, Paulo Bonavides: “Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”¹⁷⁶. Desse modo, os direitos subjetivos fundamentais não necessitam de lei para que possam ter eficácia normativa e sim o revés, a lei é que prescinde de tais direitos para ter eficácia¹⁷⁷.

Lado outro, no sentir de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a eficácia é a chance que a norma tem de produzir, de fato, todos os seus efeitos, eis que presentes os requisitos exigíveis para o ato:

[...] uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica)¹⁷⁸.

¹⁷³HÄBERLE, Peter. *Efectividad de los Derechos Fundamentales em el Estado Constitucional de los Derechos Fundamentales*: Alemanha. España, Francia e Italia, Madri, 1991, p. 265-266 apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 628.

¹⁷⁴SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 66.

¹⁷⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 68-69.

¹⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 628.

¹⁷⁷HÄBERLE, Peter. *Efectividad de los Derechos Fundamentales em el Estado Constitucional de los Derechos Fundamentales*: Alemanha. España, Francia e Italia, Madri, 1991, p. 264 apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 628.

¹⁷⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 203.

No magistério de referido autor, a eficácia diz respeito à capacidade de gerar *efeitos*, aptidão essa que necessita cumprir determinadas condições fáticas e técnico-normativas. Fáticas no sentido do preceito legal ser socialmente eficaz, ou seja, a norma achou na realidade dos fatos os quesitos imprescindíveis para surtir efeitos, para tanto usa-se da nomenclatura *efetividade* das normas, também conhecida como eficácia social, que nada mais é do que uma espécie de eficácia¹⁷⁹.

Urge ressaltar que quando a norma não tem efetividade, não deixa ela de ter validade, vez que é válida por ter sido inserida no ordenamento jurídico, mesmo que jamais produza resultados. Porém, se o mandamento não é aplicado por grande intervalo temporal, este perde seu significado enquanto norma, é ineficaz, entra em desuso.

A efetividade pode se dar em razão da *observância espontânea* ou pela *observância por imposição de terceiros*¹⁸⁰, sendo que a ineficácia da norma é verificada quando qualquer uma das formas não é aplicada.

No tocante aos requisitos técnico-normativos, tem-se que é necessária a vigência de outra norma para que a primeira surta efeitos, posicionamento este divergente ao entendimento acima exposto do professor Joaquim Carlos Salgado. Um exemplo seria a Constituição Federal vedar o crime de racismo dispondo que a lei infraconstitucional regulará as condutas que ensejam o delito de racismo, motivo pelo qual, enquanto inexistir norma posterior, no exemplo dado, não há que se falar em delito de racismo.

Em erudito ensaio, Luís Roberto Barroso dispõe sobre a eficácia jurídica:

A eficácia dos atos jurídicos consiste na aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para o qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos *típicos*, “ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma”¹⁸¹.

Barroso também diferencia a eficácia jurídica da efetividade da norma, nos seguintes termos: “Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”¹⁸².

¹⁷⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 199.

¹⁸⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 200.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81.

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82.

Avança Barroso:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social¹⁸³.

Se espera que uma norma seja espontaneamente cumprida, não obstante, quando inobservada, especialmente quando se trata de mandamento legal que desafia o comportamento preponderante da sociedade, a propensão é que esta deixe de ser usada ou que o Estado aja como agente coercitivo, o que certamente prejudica a efetividade do preceito em questão¹⁸⁴.

Noutro giro, José Afonso da Silva explica a diferença existente entre eficácia e eficácia social, a saber:

A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao “fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”. É o que tecnicamente se chama *efetividade* da norma. *Eficácia* é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador¹⁸⁵.

Nesse contexto, se infere que a eficácia é a expectativa de que determinada norma jurídica gerará efeitos, ao passo que a efetividade, ou eficácia social, é quando o resultado desejado pela norma se materializa no quadro social no qual ela se destina.

José Afonso da Silva alerta que não há disposição constitucional que não careça de eficácia. Toda norma deve ser aplicada, não há preceito tão-somente de natureza aconselhatória, de caráter moral, que dispense aplicação, todas têm por objetivo sua plena realização. Contudo, os efeitos aguardados podem ser limitados pela falta de regulamentação legal, razão pela qual se justifica a divisão das normas constitucionais em normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.¹⁸⁶

¹⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82/83.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 83.

¹⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 65-66.

¹⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 80-82.

Normas constitucionais de eficácia plena são todos os preceitos que de imediato, leia-se, que desde o momento que passou a vigorar a *Lex Mater*, produzem os efeitos pretendidos, que não necessitam de norma regulamentadora, eis que são autoaplicáveis, de *aplicabilidade direta, imediata e integral*¹⁸⁷. Tratam-se de preceitos que:

a) contêm vedações ou proibições; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados¹⁸⁸.

Já as normas constitucionais de eficácia contida, igualmente são normas que independem de outra lei, pois produzem efeitos incontinentes. Sem embargo, quando necessário, tais normas podem ser restringidas em seus efeitos jurídicos por outra previsão legal, tornando sua aplicabilidade *direta, imediata, porém não integral*¹⁸⁹.

Enquanto o legislador não restringe a norma constitucional contida, esta surtirá normalmente seus efeitos. A restrição da eficácia dessas normas se devem “para manter a ordem, a segurança pública, a defesa nacional, a integridade nacional etc., na forma permitida pelo direito objetivo”¹⁹⁰.

De se registrar a crítica terminológica que Virgílio Afonso da Silva faz ao termo *contidas* vez que para mencionado doutrinador, a melhor expressão seria *contíveis, restringíveis ou redutíveis*, tendo em vista que tais normas podem ou não ser restringidas, sendo assim se refere a uma alternativa e não uma certeza que haverá uma normatividade ulterior que a restringirá¹⁹¹.

As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, diferentemente das normas ora apresentadas, não produzem consequências jurídicas com sua entrada em vigor e possuem *aplicabilidade indireta, mediata e reduzida*. O constituinte deixou a cargo do legislador infraconstitucional o múnus de regulamentar a matéria através da elaboração de

¹⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 82.

¹⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 101.

¹⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 82.

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 116.

¹⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácias*. 2ª ed. São Paulo Malheiros Editores, 2010, p. 220.

nova lei, de modo que a regulamentação legislativa vai agir no sentido de ampliar sua eficácia¹⁹².

Por seu turno, parte da doutrina entende que as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida foram separadas em normas programáticas e normas de legislação. A primeira categoria concerne aos dizeres constitucionais que tem teor social em seu núcleo, ao passo que as normas de legislação se destinam à sistematização e organização do Texto Constitucional.

É função precípua do operador do direito prever meios para efetividade da lei, fazendo uso, quando necessário, da imposição de uma sanção jurídica para sobrepor a efetividade.

Não há dúvida que a efetividade das normas fundamentais ainda é a maior dificuldade deste contexto¹⁹³. Para tanto, a própria Constituição prevê meios para solucionar a presente provocação, tais como, a aplicabilidade imediata das regras de caráter fundamental, tratamento de cláusula pétrea aos mandamentos constitucionais que versem sobre direitos fundamentais e, proteção por meio de ações individuais e coletivas.

Em outra toada, quando para o cumprimento das normas jurídicas é necessário a interferência do Poder Judiciário, ou seja, há a incidência aparelhada da Jurisdição para a realização dos direitos subjetivos fundamentais, tem-se o conceito de efetivação. Cabe ao Judiciário a eficácia dos direitos fundamentais, eis que referido órgão tem o dever de aplicar a lei no momento em que o jurisdicionado roga seu direito no caso concreto, mormente no que diz respeito aos preceitos da Constituição.

Salgado defende que tanto os membros do Poder Judiciário, quanto os do Ministério Público, sejam frutos da escolha popular para que seja dada ao povo a prerrogativa de escolher quem deve representá-lo no propósito de dar eficácia às normas reconhecidas como fundamentais¹⁹⁴.

¹⁹² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 82/83.

¹⁹³ HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007, p. 26.

¹⁹⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, 1996, p. 68-69.

4.3. Hermenêutica dos direitos fundamentais

Antes de adentrar ao estudo da hermenêutica dos direitos fundamentais, faz mister realizar uma breve introdução no processo interpretativo em si. Salgado explica que a interpretação já era objeto de análise de Aristóteles com fundamento na lógica.

No *Organon*¹⁹⁵, Aristóteles compreendia a hermenêutica como a descoberta da verdade através de *palavras* ou *signos interpretativos*, de modo que, nas palavras de Salgado, interpretar é “buscar o significado verdadeiro das palavras, na medida em que essas palavras se articulem em proposições”¹⁹⁶.

Signo está relacionado à procura pelo significado das coisas, de modo que a coisa só passa a ter significado, definição, quando visto pelo olhar humano, sendo o homem ponto referencial a observar a coisa, o objeto. Em outra oportunidade, versa Salgado: “O processo de conhecimento é um processo de interpretação do mundo; esse processo só se dá pela mediação do signo”¹⁹⁷.

Paulo César Pinto de Oliveira, após transcorrer a obra do emérito Professor Salgado, dispõe:

SALGADO, na mesma esteira, afirma que a interpretação é um comércio entre mentes, cujo ponto de partida são os signos. Signo é o que aponta para, representa algo. Significar, assim, é representar uma coisa por outra. O signo é composto pela sua estrutura, o significante, e pelo seu conteúdo, o significado. O significante é o meio para que o significado apareça (é sempre para o outro). Já o significado é a representação de algo, é o conceito, a ideia, o pensamento, que areja (pneuma) o sinal. Interpretar é buscar o significante, a representação de algo. Por isso, a interpretação se desenvolve no plano da razão – a linguagem é trânsito, meio, e remete para o absoluto, o plano do pensamento – a liberdade¹⁹⁸.

Exclusivamente cabe ao homem, ser racional, representar por meio do método de interiorizar a coisa analisada no pensamento, local em que se dá a interpretação, posto que é no pensamento que a realidade, a verdade, surge na forma de signos.

¹⁹⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 246.

¹⁹⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 246.

¹⁹⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. Semiótica estrutural e transcendentalidade do discurso sobre justiça. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, v. 1, n. 37, 2000, p. 92.

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. *A formação histórica da hermenêutica jurídica e filosófica*, Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018, p. 41.

Nessa toada, o mestre Ricardo Henrique Carvalho Salgado explica como Aristóteles, ainda no *Organon*, cria as bases de sua filosofia:

No *Organon*, Aristóteles vai desenvolver um modo de se reconhecer a realidade. Nele, Aristóteles exibirá um estudo sobre os conceitos e as preposições que apresentam uma característica de verdade. Ele, portanto, preocupa-se com o fato de serem as preposições formadas de conceitos verdadeiras ou falsas. [...]. Essa preocupação se deve ao fato de que, para ele, o conhecimento só se dá através da sensibilidade e da razão¹⁹⁹.

Para tanto, Aristóteles usa da lógica, da retórica e da hermenêutica:

Aristóteles, então, vai-se utilizar da lógica, da retórica (descrita fora do *Organon*) e da hermenêutica, em que a lógica estuda as conexões de ideias do pensamento, e a retórica se preocupa com o estudo do efeito das palavras no interlocutor. Vale a pena lembrar que, enquanto a lógica convence, a retórica persuade²⁰⁰.

Dito isto, a hermenêutica pode ser compreendida pela perspectiva lógica ou ontológica, de modo que a vertente ontológica, por sua vez, se divide no aspecto fenomenológico de Heidegger e a dialético-especulativa de Hegel.

A hermenêutica pelo enfoque da ontologia fenomenológica de Heidegger estuda o dualismo, de modo que “o que se procura em todo o pensamento de Heidegger será sempre o sentido de compreensão do ser”.²⁰¹

Ser é um componente natural que se relaciona com o componente espiritual do dever ser, isto é, a liberdade. Para vencer essa dicotomia, Heidegger discute o significado do *ser de um ente*, onde o ente é o ser-aí ou *Dasein*. Nas palavras de Salgado:

Hermenêutica é, portanto, a fenomenologia do "Dasein", interpretação do ser, do "Dasein", da estrutura do seu próprio ser, tornando "conhecida para si a natureza do ser". Ora, se a "linguagem é a morada do ser" e se é "pelas palavras e pela linguagem que as coisas ganham ser e existência", essa ontologia da linguagem tem como ponto de partida a interpretação, pois a palavra ou o "logos" (λογος) é o que deixa ver, deixa algo ser visto, podendo ser verdadeiro ou falso, e que, sendo verdadeiro, é o que torna possível desocultar-se o ser do ente, descobrir-se, revelar-se. A fenomenologia é, assim, esse método pelo qual "o que se mostra, na medida em que se mostra a partir de si mesmo", deixa-se ver, revela-se por si mesmo (αποφαινεδαταφαινομενα). O que está oculto e se mostra é o ser do ente, e a fenomenologia é o modo próprio do caminho de Husserl, repetido por Heidegger; "Zuden Sachen Selbst" (às coisas mesmas). O "logos" não tem de estruturar o ser,

¹⁹⁹ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018, p. 20.

²⁰⁰ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018, p. 21.

²⁰¹ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018, p. 66.

categorizá-lo ou qualificá-lo, mas simplesmente de ser abertura para que ele se desoculte²⁰².

Tem-se, pois, que a compreensão de *Dasein* é dada por meio da hermenêutica, termo esse pouco utilizado por Heidegger²⁰³. Destarte, o que Heidegger faz é *superar* a dicotomia existente entre sujeito e objeto por meio do ser e não de um método²⁰⁴.

Já a hermenêutica, sob a ótica do processo dialético-especulativo de Hegel, esclarece que o especulativo constitui a dialética da superação dos opostos, cujo o movimento se desdobra na identidade da identidade e da não-identidade²⁰⁵.

O ser se revela no processo dialético constituído na posição, na negação da posição e negação da negação da posição, sendo esta última fase o especulativo: superação dos contrários que desvenda a totalidade, onde se mostra o absoluto (o Espírito), no qual é possível inferir que Hegel criou a ontologia do infinito. É nesse campo espiritual que o Direito se mostra como vontade livre, onde a liberdade se mostra essencial à vontade e ao Direito²⁰⁶.

Nesse sentido, a interpretação é citada no texto de autoria de Hegel chamado *A Efetividade*, presente na terceira seção do segundo volume da *Ciência da Lógica*, denominado *Lógica Objetiva ou Teoria da Essência*. Salgado explica o conceito de interpretação para Hegel:

O processo de interpretação é, em Hegel, o revelar-se da essência como verdade que se tornou certeza na consciência. Estar na consciência é representar, e representar é revelar a forma. Entretanto, o conteúdo é que se manifesta na forma da representação da consciência. O trabalho do Espírito na história, na forma da Religião, da Arte e da Filosofia é um só: levar à consciência o que está no conteúdo dessas formas de expressão do Espírito, levar para a forma do "para si", o que apenas "em si" se contém. Quem escreve um livro pode não se dar conta de todo o pensamento que nele está. A verdade do seu conteúdo tem de ser revelada²⁰⁷.

²⁰² SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 250.

²⁰³ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018, p. 74.

²⁰⁴ SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018, p. 80.

²⁰⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 252.

²⁰⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 252.

²⁰⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 253.

Diferentemente da filosofia heideggeriana que é uma filosofia do finito que não consegue dá à hermenêutica jurídica *principios superiores* ou *fins últimos do Direito*, necessários para a interpretação do Direito, ou seja, para efetivação da liberdade, a filosofia hegeliana é aquela que proporciona à hermenêutica jurídica orientação e fundamento radical²⁰⁸.

Para se aplicar a lei é necessário conhecê-la, deixando de interpretá-la segundo convicções subjetivas do intérprete, mas sim de acordo com que foi interiorizado, se fazendo necessário um aprofundamento no espírito, na vontade da lei, com vistas a alcançar a decisão justa no conflito de interesses. Não se trata de mera observância da letra da lei.

Nesse sentido, a hermenêutica deve ser entendida como “a abertura na lei, feita pelo intérprete para revelar-lhe todo o conteúdo de significação com a finalidade prática de uma decisão justa, comprovada nos efeitos justos da aplicação: a atribuição do direito, a imputação do dever ou da sanção”²⁰⁹.

No magistério de Paulo César Pinto de Oliveira, o autor dispõe acerca do conceito de hermenêutica jurídica, vejamos:

A Hermenêutica Jurídica é uma disciplina de caráter fronteiro entre a Ciência do Direito e a Filosofia do Direito, cujo objeto é a sistematização de processos lógicos destinados a promover a interpretação, a aplicação e a integração do Direito, ou seja, recorre à dimensão dogmática do conhecimento jurídico: ao Direito, pelo menos como ponto de partida, posto, mas que não prescinde de construções lógicas e reflexões filosóficas, escapando aos limites da Ciência do Direito rumo à jusfilosofia²¹⁰.

A hermenêutica se faz imprescindível para a realização dos direitos previstos na Constituição e, em razão disso, que é imprescindível uma hermenêutica alinhada aos direitos fundamentais prescritos constitucionalmente e que tenha objetivo principal a concretização da liberdade:

Ora, a declaração dos direitos fundamentais é exatamente a parte central de uma constituição democrática, porque é através da outorga e efetivação dos direitos subjetivos fundamentais que o Direito realiza a liberdade e outros valores nele reconhecidos.

²⁰⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. Principios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 255.

²⁰⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 187.

²¹⁰ OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. *A formação histórica da hermenêutica jurídica e filosófica*, Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018, p. 39.

Assim sendo, a realização da liberdade através da realização dos direitos fundamentais é o princípio diretor de toda hermenêutica de uma constituição democrática, cuja razão de ser é a própria declaração de direitos.²¹¹

Para nortear a hermenêutica dos direitos fundamentais, Salgado discorre sobre três princípios, a saber, *princípio da ponderabilidade* ou do *maior peso*, *princípio da extensibilidade maior* e o *princípio da imediatidade*. Tais princípios permitem interpretar a Constituição segundo seus dizeres próprios, objetivamente, vez que as normas ali presentes possuem peso²¹² distintos de acordo com um critério de hierarquia²¹³.

Essa hierarquia de normas ocorre porque certas previsões possuem valor superior quando analisado pelo prisma cultural ou em razão da ideologia presente em seu interior ser considerada predominante sobre as demais. Cultural no sentido de que a declaração de direitos predomina sobre os outros preceitos no Estado Democrático de Direito e, ideológico considerando a organização da ordem econômica com base em um comando universal existente ou por todos aceitado naquele tempo histórico, seja capitalista, seja socialista²¹⁴.

Nesse esteira, o princípio da ponderabilidade ou do maior peso dispõe que a interpretação material de um Texto Constitucional Democrático deve ser orientado pela ideologia e valores que constituem seu conteúdo²¹⁵.

Assim, sob o ponto de vista cultural, segundo referido princípio, a Constituição deve ser interpretada, com maior peso, observando as normas que declaram os direitos fundamentais, em detrimento dos demais mandamentos, em um Estado Democrático de Direito que, por sua vez, é aquele que prevê e garante tais direitos subjetivos.

Pelo viés ideológico, o sistema constitucional deve se nortear e se hierarquizar através da ideologia introduzida em seus artigos, que traduz a vontade de seu povo. Em um Estado capitalista, a ideologia presente é a propriedade privada dos meios de produção, enquanto que no socialista, a propriedade coletiva destes meios é que orienta a ideologia ali defendida.

Lado outro, o princípio da extensibilidade maior determina que as normas que dispõe sobre direitos subjetivos fundamentais devem ter interpretação mais abrangente, haja vista

²¹¹ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 256.

²¹² A expressão peso deve ser lida pela perspectiva de conteúdo.

²¹³ As normas constitucionais sob o enfoque formal possuem a mesma força normativa.

²¹⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 257.

²¹⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 257.

se tratarem de “a) valores que não podem ser mutilados ou restringidos, e b) direitos universalmente reconhecidos e universalmente destinados, ou seja, a todos outorgados”²¹⁶.

Já o princípio da imediatidade versa que o comando legal referente aos direitos fundamentais independe de norma regulamentadora, posto que são regras de aplicação imediata, cabendo ao Poder Judiciário a pronta realização desses direitos.

Ressalta-se que, embora seja dever primeiro do Judiciário, tanto o Executivo, quanto o Legislativo, não podem inibir, por ato comissivo ou omissivo, a plena realização da norma que trata dos direitos em comento que, nada mais é que a vontade suprema do constituinte. Na hipótese de omissão na realização de determinado direito fundamental por qualquer dos poderes, deve ser impetrado o mandado de injunção, ação mandamental apta a solucionar a questão posta.

De se registrar, ainda, que a lei regulamentadora, nesse caso, servirá apenas para orientar sua aplicação, vez que não é admitido a restrição no que tange à realização de tais direitos. Não basta a previsão de direitos, é necessária a sua garantia que se consubstancia pela atuação do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

²¹⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 258.

5. ESTADOS DEMOCRÁTICOS E ANTIDEMOCRÁTICOS: O PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Até agora, este trabalho se dedicou a discorrer acerca dos direitos fundamentais e suas implicações, sendo necessário, neste momento, tratar sobre a relação desses direitos com a democracia e como esta age no sentido de realizar os direitos subjetivos fundamentais.

Nessa esteira, urge depreender, em resumo, sobre a democracia na visão do mestre Joaquim Carlos Salgado e de demais autores, a fim de estabelecer pontos de igualdade e de discordância em suas teses, bem como, aludir sobre os Estados democráticos e antidemocráticos e a dificuldade de se fazer realizar os direitos, objeto de estudo dessa dissertação, no campo temerário da antidemocracia.

Posto isto, comecemos.

5.1. Estados Democráticos: uma breve noção de Democracia

De acordo com o pensamento de Karine Salgado e José Luiz Borges Horta, o Estado Democrático de Direito é o mais eficiente no que tange à garantia dos direitos humanos, eis que é a forma estatal que protege a participação igualitária do poder, onde cada sujeito de direito exerce uma parcela do controle das decisões tomadas pelos entes públicos. Além disso, é o Estado que admite a universalização de tais direitos, e não roga pela outorga no plano tão-somente interno²¹⁷.

Nesta baila, já fora observado nesta dissertação que o Estado democrático é a superação do Estado Liberal e Social, preservando a tutela dos direitos mais importantes consagrados nas duas formas anteriores de Estado, isso porque, no âmbito democrático, se ampara os direitos individuais e sociais já conquistados, além de declarar novos direitos.

Em razão do Estado democrático não se satisfazer apenas com a legitimidade formal, buscando uma legitimidade material real, de modo que a população participe efetivamente das deliberações estatais, é que a doutrina entende que este é o mais devoto aos ideais do Estado de Direito:

²¹⁷ HORTA, José Luiz Borges; SALGADO, Karine. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2017, p. 122.

É em função dessa estruturação e da conseqüente legitimidade que o Estado democrático se mostra mais próximo da ideia de Estado de Direito que as formas anteriores. A vontade impessoal da lei que governa o Estado desde o início da história do Estado de Direito encontra seu ápice neste momento, em que se torna correspondente à vontade de seus cidadãos.

Na democracia, o poder se mostra quase palpável, extremamente visível, exposto, fato que poderia até gerar certa estranheza, já que a ideia de visibilidade, concretude do poder, sempre esteve mais ligada a Estados totalitários²¹⁸.

O Estado Democrático de Direito é a manifestação mais fiel às convicções do Estado de Direito, pois “é a mais alta expressão de racionalidade na história do Estado de Direito”. A declaração e a garantia dos direitos fundamentais, pelo Estado Democrático, é a concretização do valor máximo que é o ser humano, ser racional e livre, objeto de proteção do princípio da dignidade humana²¹⁹.

Paulo Bonavides faz uma crítica construtiva em relação ao uso do termo “democracia”, dispondo que a maioria dos países se dizem democráticos, mas que em nada possui afinidade com a democracia²²⁰.

Em outra toada, Norberto Bobbio define democracia como “a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo”²²¹. Continua o autor, “é a forma de governo na qual o poder é exercido por todo o povo, ou pelo maior número, ou por muitos, e enquanto tal se distingue da monarquia e da aristocracia, nas quais o poder é exercido, respectivamente, por um ou por poucos”²²².

Bobbio ensina que, para os gregos, configurariam vantagens da democracia o fato do governo ser favorável a participação de muitos e não de poucos cidadãos; por ser a lei aplicada a todos sem distinção de raça, sexo, camada social, gênero, dentre outros aspectos; e o respeito a liberdade. De outro lado, ainda para os gregos, a democracia era vista, para alguns, como uma forma de governo *degenerada*, vez que para os opositores da democracia, este é um governo dos miseráveis contra os afortunados, no qual a liberdade é usada de forma desmedida, inexistindo princípios morais que possam conter as ações populares.²²³

²¹⁸ HORTA, José Luiz Borges; SALGADO, Karine. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2017, p. 124.

²¹⁹ HORTA, José Luiz Borges; SALGADO, Karine. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2017, p., 126.

²²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 287.

²²¹ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Para uma teoria geral da política. 13ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 135.

²²² BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Para uma teoria geral da política. 13ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 137.

²²³ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Para uma teoria geral da política. 13ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 141.

Referido autor expõe a importância das alegações de Rousseau para a defesa da democracia:

O tema rousseauiano da liberdade como autonomia, ou da liberdade definida como “a obediência da cada um à lei que se prescreveu”, torna-se após as revoluções americana e francesa, e após o nascimento das primeiras doutrinas socialistas e anarquistas, um dos argumentos principais, se não for o principal, em favor da democracia frente a todas as demais formas de governo que, se não são democráticas, não podem não ser autocráticas²²⁴.

Inegável é que cada vez que é conferido a um número maior de pessoas o direito de participar das decisões políticas, mas se afasta a tirania. Por ser o legislador e o receptor da norma jurídica a mesma pessoa na democracia, tem-se que não há abuso em mesmo grau que ocorre na ditadura, onde o elaborador da lei não é o mesmo que se sujeitará ao regramento normativo.

Insta salientar que democracia direta se mostrou manifestamente inviável em razão do tamanho geográfico do Estado hodierno²²⁵, uma vez que não é possível, sua aplicação quanto se trata de extenso território. Sendo assim, somente a democracia por representação se faz praticável, eis que em localidade vasta não é possível que todos opinem de forma direta nos rumos políticos estatais. O mesmo ocorre se o número de habitantes é alto²²⁶.

Nota-se que a democracia direta não tem aplicação prática, constituindo apenas um conceito teórico, no qual, possivelmente, nunca se alcançará. Segundo Bobbio, não faz diferença se a democracia em determinado Estado seja direta ou por representação, posto que:

O que conta é que o poder esteja de fato, diretamente ou por interposta pessoa, nas mãos do povo, que vigore como “a lei das leis” o princípio da soberania popular, donde “ a sociedade age por si só sobre si mesma” e “não existe poder fora dela e não há ninguém que ouse conceber, e sobretudo exprimir, a ideia de buscá-lo em outro lugar”²²⁷

Neste sentido, infere-se que a democracia conhecida nos tempos antigos e esta que é posta atualmente são distintas, de modo que, anteriormente, a democracia que prevalecia era

²²⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Para uma teoria geral da política. 13ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 145.

²²⁵ Cumpre dizer que, na Grécia, antiga a democracia direta era possível em virtude de se tratar de cidade-Estado e não de Estado no formato que temos contemporaneamente, com todas as suas implicações sociais, culturais e jurídicas.

²²⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Para uma teoria geral da política. 13ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 151.

²²⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Para uma teoria geral da política. 13ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 152.

a democracia direta, ao passo que hoje a única democracia acessível é a democracia por representação²²⁸.

A democracia não paira tão somente sobre a política, mas sim acima da sociedade. Não só as questões políticas devem ser democráticas como também o quadro social, haja vista que as ações políticas interferem diretamente na sociedade.

O processo de democratização, antigamente, representava a imagem de uma ágora, onde se realizavam as assembleias políticas para que os cidadãos pudessem se expressar e decidir sobre questões que lhe eram pertinentes, além de ser exercida pessoalmente e não por representantes através de mandado político²²⁹.

Em um comparativo da democracia antiga e atual, verifica-se:

[...] Mas a eleição era considerada uma necessária e útil correção do poder direto do povo, não como ocorre hoje nas democracias modernas, para as quais a eleição constitui uma verdadeira alternativa em relação à participação direta, salvo pela introdução, em casos específicos expressamente declarados, do referendo popular. Nas duas formas de democracia, a relação entre participação e eleição está invertida. Enquanto hoje a eleição é a regra e a participação direta a exceção, antigamente a regra era a participação direta, e a eleição, a exceção. Poderíamos também dizer da seguinte maneira: a democracia de hoje é uma democracia representativa às vezes complementada por formas de participação popular direta; a democracia dos antigos era uma democracia direta, às vezes corrigida pela eleição de algumas magistraturas²³⁰.

O próprio Rousseau, defensor da democracia direta, confessava que se tornava cada vez mais impossível tal forma de democracia, eis que já não mais se tratava de *ciudades-Estados*, mas sim de Estados com extensas áreas²³¹.

Registra-se as três fases da democracia, na qual a primeira se trata do fato de que, inicialmente, a democracia existiu no âmbito das cidades, para após, se transformar em sistema de governo nos Estados, buscando na atualidade a universalização da democracia no mundo todo, fase essa ainda não concretizada²³².

Nesse sentido, com vistas a realizar a terceira fase, ora exposta, não pode um Estado ser considerado democrático se mantiver relações com Estados antidemocráticos; é necessário que todos os Estados sejam efetivamente democráticos, o que Bobbio chama de *sociedade internacional democrática*²³³.

²²⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 369.

²²⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 372.

²³⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 374.

²³¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 376.

²³² BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 420.

²³³ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 384-386.

Na obra *Teoria Geral da Política*, Bobbio diz que entre os inúmeros conceitos que tem a democracia, a definição *poder em público* é a mais apropriada, pois demonstra o dever daqueles que recebem o encargo da representação popular de dar publicidade a todos os seus atos e decisões²³⁴.

Há que se destacar que a educação é fundamental para a consagração de um regime democrático, já que não há verdadeira democracia se o corpo social não possui a devida instrução para avaliar o modo no qual governa os seus representantes políticos. Para os políticos que não se orientam pela razão ética do Estado, é preferível um povo que em nada reclamem seus direitos do que aqueles que reivindicam, ao passo que, para a democracia, é melhor uma sociedade ciente do exercício político e de quão prejudicial é o fato do cidadão que se mostra omissos ou ignorante na matéria em debate.

Nesse mesmo sentido, ressalta-se a estreita relação entre a ciência livre e a democracia, vez que um instituto não sobrevive sem a presença do outro: viver sob a ótica de um Estado democrático é a garantia que o conhecimento será desenvolvido livremente; por sua vez, o livre conhecimento apenas prospera em campo democrático²³⁵.

A democracia persegue a liberdade e a igualdade do homem, porém estes são valores conflitantes entre si em um Estado democrático, já que quando o Estado confere todos os tipos de liberdade, inclusive, a econômica, outro fim não há senão surgir uma sociedade bastante desigual: “Uma sociedade na qual estejam protegidas todas as liberdades, nelas incluída a liberdade econômica, é uma sociedade profundamente desigual, não obstante o que digam sobre ela os fautores do mercado”²³⁶.

O grande préstimo da democracia a toda humanidade é defender que o homem seja o próprio definidor de seus interesses e de suas escolhas, vez que quem melhor do que ele mesmo para definir os rumos de sua vida? Tal preceito diverge com o disposto pelo autoritarismo que defende justamente o contrário.

Para o governo tiranos, existem outras pessoas consideradas superiores para determinar os rumos da sociedade que, por questão financeira, berço, por serem considerados enviados por Deus, se julgam mais capazes de fazer escolhas em nome de toda a coletividade²³⁷.

²³⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 386.

²³⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 398.

²³⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 422.

²³⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 424.

A democracia é justamente o regime que busca conceder a prerrogativa de decidir quanto ao futuro do país para maior número de cidadãos, sendo que para decidir as demandas postas, se faz uso da regra da decisão da maioria, vinculando toda a sociedade a partir da forma na qual a maioria escolheu dirimir a questão em debate.

Constata-se que o mundo evoluiu quanto à participação popular no jogo democrático. Em comparação ao século passado, mais pessoas têm direito ao voto, participando ativamente na escolha de seus mandatários políticos que representem seus interesses e que ajam em estrita observância aos poderes que lhes foram outorgados²³⁸.

O sufrágio universal nada mais é que a extensão do direito fundamental à liberdade, isso porque, apenas se garante a liberdade controlando o poder que recai inclusive sobre os direitos políticos e sobre os representantes estatais. Em contrapartida, há um crescente aumento na quantidade de abstenção de votos, o que é negativo, mas não fatal para a democracia.

Para os políticos, a abstenção é um ponto positivo, tendo em vista que quanto menor a soma de eleitores que exercem seu direito ao voto, menos cobranças haverão. A única preocupação dos maus políticos é o receio de aquele que esteja se ausentando na votação seja seu eleitor e não dos demais candidatos.²³⁹

Vale destacar, que não é o indivíduo em si que atua no gerenciamento do Estado, como fora pleiteado inicialmente pela democracia, se mostrando inatingível quando se percebeu que era impossível a participação direta do sujeito. É o grupo no qual está inserido o sujeito que tem voz e vez na democracia, como, por exemplo, os grupos de associações, sindicatos, partidos políticos, etc.:

Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo, na qual não existe mais o povo como unidade ideal (ou mística), mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com a sua relativa autonomia diante do governo central (autonomia que os indivíduos singulares perderam ou só tiveram num modelo ideal de governo democrático sempre desmentido pelos fatos)²⁴⁰.

²³⁸ BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 19.

²³⁹ BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 70.

²⁴⁰ BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 23.

De se registrar que a democracia não afastou a presença das oligarquias no poder, o que é uma questão extremamente delicada, posto que, como advertido por Bobbio, baseado nas ideias de Joseph Schumpeter, em *O futuro da democracia*, “a característica de um governo democrático não é a ausência de elites mas a presença de muitas elites em concorrência entre si para a conquista do voto popular”²⁴¹.

Além de não distanciar as oligarquias, um dos problemas de fácil confirmação no Estado Democrático de Direito é a efetivação dos direitos fundamentais. Não obstante, é melhor um Estado que disponha de um amplo acervo de direitos e garantias conferidas a todos e que tenha compromisso real com a busca pela concretização de direitos, do que um Estado antidemocrático que, independentemente que tenha ou não previsão de garantias mínimas, não proporciona ao seu povo a liberdade de exigir eventuais prerrogativas.

Nessa esteira, Mariah Brochado Ferreira expõe que nos países despóticos seu povo não se vê como detentor de direitos: “Nos Estados totalitários, a sociedade não se identifica com a figura do sujeito de direitos”²⁴².

Mesmo que se trate de uma democracia que enfrente desafios para concretizar direitos, isto não a conduz à antidemocracia²⁴³. Se não há a efetivação dos direitos fundamentais, não há a realização da justiça nos moldes postos pela ideia Salgadiana, o que implica dizer que é impossível a concretização da justiça em um cenário ditatorial, posto que no Estado ditatorial não há sequer a previsão, razão pela qual um Estado que preze pelos direitos e garantias fundamentais de seu povo deve existir sob o prisma democrático, sob pena de jamais alcançar a justiça contemporânea.

5.2. Estado Democrático de Direito em Joaquim Carlos Salgado

Este trabalho já se dedicou a expor acerca da ideia de justiça no mundo contemporâneo, notavelmente criada e demonstrada pelo Professor Salgado em sua obra *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como*

²⁴¹ BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 27.

²⁴² BROCHADO, Mariah Ferreira. O direito como mínimo ético e como *maximum* ético. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 52, p. 237-260, jan./jun. 2008, p. 252.

²⁴³ BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 37.

maximum ético, todavia, nesta oportunidade, buscar-se-á dispor como a referida ideia apenas se consubstancia no Estado Democrático de Direito, afastando a possibilidade que a antidemocracia seja também considerada campo fértil para a aplicação da teoria de justiça Salgadiana.

Nesta toada, tem-se que a ideia de justiça em comento deve ser passada no contexto do Estado Democrático de Direito, que nada mais é, que o Estado que tem por propósito principal a garantia e a declaração dos direitos fundamentais. Tal teoria é o resultado de questões dialeticamente opostas no percurso histórico do Ocidente, qual seja, o poder e a liberdade, onde o poder se desdobra na liberdade *unilateralizada* e o direito como manifestação da liberdade *bilateralizada ou plurilateralizada*²⁴⁴.

Dispõe Salgado que o Estado Democrático de Direito é o Estado que “declara e garante os direitos fundamentais, realizando os valores que constituem esses direitos”²⁴⁵. É no Estado Democrático de Direito que se faz a unidade do poder e da liberdade, através da concepção de autonomia privada e de autonomia pública, conceito esse que permite que o povo participe diretamente na elaboração do regramento jurídico que disponham sobre suas condutas²⁴⁶.

Salgado explica o movimento dialético existente entre poder e liberdade:

O embate "poder e liberdade" tem dimensões bem diferentes na cultura ocidental, que é por excelência, ou pelo menos assim se mostrou, uma cultura da liberdade ou que revela e realiza a liberdade, pois esses dois termos aparecem no mundo ocidental não como oposições abstratas, mas dialéticas, isto é, não cristalizadas e afastadas uma da outra, como incompatíveis, de modo a sujeitar o poder à liberdade, mas como momentos que apontam um momento posterior e superior à sua oposição, pela sua superação. O poder e a liberdade, após cumprirem uma trajetória de lutas na história do ocidente surgem como faces de uma mesma realidade, o poder político na sua forma democrática ou do Estado de Direito contemporâneo²⁴⁷.

Eis que nesta perspectiva, o Estado Democrático de Direito é visto como o epílogo de todo um processamento histórico do *ethos* ocidental, que engloba o Direito em todas as suas faces, inclusive a de ausência da razão como é a antidemocracia. Mencionado Estado se

²⁴⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 1.

²⁴⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 257.

²⁴⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 24, n. 2, abr.-jun. 1998, p. 44.

²⁴⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 24, n. 2, abr.-jun. 1998, p. 44.

sujeita ao seu direito e dispõe de um arcabouço normativo que declara os direitos fundamentais.

Por ser democrático, é legítimo quanto à titularidade do poder fundada na vontade popular e devidamente estruturada na separação de poder, a ser exercido pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, além de possuir estreito compromisso com a ética: “Define-se, pois, como o Estado ético por excelência, cuja finalidade ética é realizar os direitos fundamentais declarados na sua constituição, tarefa específica de um Judiciário independente”²⁴⁸.

Joaquim Carlos Salgado conceitua o Estado Democrático de Direito nos seguintes termos:

[...] O Estado Democrático de Direito põe o direito no seu interior, formalizando-o na declaração de direitos, a qual se posiciona acima da própria estrutura constitucional do Estado, que a serve. O político, desse modo, entendido como instrumento, é procedimental, com a finalidade de guardar e realizar o direito, pois “democrático”, como já salientado, outra coisa não significa senão proceder o poder da vontade do povo, quanto à sua origem ou titularidade e organizar-se na forma da divisão das competências quanto ao seu exercício, tudo em vista dos direitos fundamentais das pessoas²⁴⁹.

O núcleo do Estado Democrático de Direito é o próprio direito. O direito aqui se revela na sua aparência mais avançada, como *maximum ethicum*, isto é, como positivação e concretização dos direitos subjetivos tidos como fundamentais outorgados ao sujeito de direito universal, sendo este o processo da ideia de justiça no período hodierno²⁵⁰.

Nosso referido mestre mineiro explica que o Estado Democrático de Direito é imprescindível para uma sociedade que tem como povo pessoas livres, fundado na legitimidade do poder e originado da vontade deste mesmo povo²⁵¹.

O Estado Democrático une a *vontade política e a razão ética*, onde o povo é a sua razão de ser: é ele o legítimo, o titular e quem exerce o poder. Contudo, não apenas a vontade popular é importante neste processo, vez que suas bases, igualmente, devem estar fincadas na razão em consonância com a dignidade da pessoa humana²⁵².

²⁴⁸ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 8.

²⁴⁹ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 15/16.

²⁵⁰ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 18.

²⁵¹ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 254.

²⁵² SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 256.

A declaração de direitos é o cerne das constituições dos países democráticos, sendo a democracia o sistema político que declara e garante os direitos fundamentais e sua constituição a que consagre o poder legítimo e a razão:

O Estado Democrático de Direito contemporâneo é desse modo o momento de chegada, após a sua cisão no processo do seu desenvolvimento histórico – que planta suas origens na cultura helênica-, na medida em que a autonomia de vontade que gera a validade formal do direito, pelo diálogo, portanto pelo consenso, encontra o conteúdo do direito nos valores racionalmente postos como determinantes dessa vontade e desses fins éticos do Estado Democrático.²⁵³

Tal posição é inclusive ratificada pelo brilhante autor em seu artigo *Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais*, onde explica que a previsão dos direitos fundamentais é a declaração de maior relevância em uma Constituição com fins democráticos, vez que é por meio dessas prerrogativas que o Direito concretiza a liberdade e outros princípios reconhecidos pelo próprio Direito²⁵⁴.

Desta feita, Salgado defende que o Estado Democrático de Direito é a última expressão de Estado, alcançado após o processo dialético entre o poder e a liberdade e que tem como fim primeiro a plena efetivação dos direitos fundamentais pelo sujeito de direito universal.

5.3. Os Estados Democráticos, os Antidemocráticos e o desafio da efetivação dos direitos fundamentais: um diálogo com Joaquim Carlos Salgado

Após breve explanação sobre a democracia, é imprescindível discorrer a respeito dos Estados antidemocráticos, com o fim de verificar o porquê que não é possível a aplicação dos direitos subjetivos fundamentais nos referidos Estados. O primeiro ato a ser feito é distinguir os termos que em regra são usados como sinônimos, quais sejam, a ditadura, a tirania e o despotismo.

A ditadura, assim como os demais termos, possui origem no período clássico, no qual o ditador era um magistrado extraordinário, nomeado legitimamente em situações atípicas,

²⁵³SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 256.

²⁵⁴ SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (nova fase), Belo Horizonte, n. 34, 2001, p. 256.

por exemplo, no caso de guerra, possuindo grandes poderes executivos (não exercia a função legislativa) dentro e fora da cidade e por limitado período. Essa restrição temporal que o ditador tinha para exercer a função, perdurava durante seis meses ou durante o tempo em que o cônsul que o nomeou ficasse no cargo²⁵⁵.

Já o tirano é ilegítimo e muitas vezes não é temporário, além disso exerce o poder de forma absoluta e monocrática. O déspota, por sua vez, é legítimo, mas não temporário, ao revés, são regimes longos que também exercem o poder monocraticamente²⁵⁶. Registra-se que este trabalho seguiu o entendimento doutrinário majoritário de não fazer uso diferenciado dos referidos termos.

Karine Salgado e José Luiz Borges Horta explicam que o Estado Democrático supera o despotismo em razão de uma essência *ética no político*²⁵⁷. Joaquim Carlos Salgado vai além. Dispõe, o autor, que o direito também é o antidireito dos Estados antidemocráticos superado pelo direito disposto pela razão ética, sendo que, mesmo em países despóticos, há a outorga de garantidas, todavia não sua efetivação²⁵⁸.

Desse modo, o autoritarismo também deve ser entendido como momento importante para que se avance até a democracia, razão pela qual não se deve negar sua existência:

Não há, portanto, que excluir do direito a sua manifestação na forma arbitrária e até mesmo criadora de privilégios, pois que pertence, como mero momento; ao processo de sua própria superação, a dar-se no plano do Estado Democrático de Direito, em que o saber da liberdade e o agir livre formam uma unidade²⁵⁹.

A ideia supra nos remete aos ensinamentos hegelianistas que não existem momentos ruins na história, pois todas as fases, mesmo as mais críticas da tirania, são necessários para a formação do Estado, isto é, tudo é visto positivamente e como força motriz a guiar a sociedade para um melhor momento posterior.

A formação do Estado, derivado do movimento dialético, tem no terror dos Estados antidemocráticos a força que conduz até seu modelo estatal contemporâneo. Vale dizer, que o tirano não tem consciência jurídica, mas sim política e *poiética*, no qual a posição do direito

²⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Para uma teoria geral da política. 13ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 159-161.

²⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Para uma teoria geral da política. 13ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 159-160.

²⁵⁷ HORTA, José Luiz Borges; SALGADO, Karine. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2017, p. 122.

²⁵⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3.

²⁵⁹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3-4.

e do poder se invertem: o poder não mais atua para a concretização do direito, o direito é que passa a ser ferramenta para o exercício do poder.

O autoritarismo se opõe diretamente a República, vez que, nesta última, a sociedade é regida pelo direito, de modo que há um consenso social envolvendo a lei e o direito, que agem como instrumentos que dão unidade ao povo como formador da sociedade. Salgado ensina que o Estado romano insurgiu contra a ideia de antidemocracia, já que sua estrutura política defendia que o povo era o verdadeiro possuidor do poder, afastando a concepção de que o poder advinha de Deus e que suas instituições deveriam ser instrumentos para as vontades divinas na Terra²⁶⁰.

A democracia origina do acordo feito por toda a sociedade, de um grande contrato social celebrado por cada cidadão com os demais, conhecido como *pactum societatis*, ao passo que na tirania, o que vigora é um nexa *comando-obediência*, no qual o soberano impõe ordens aos seus súditos, cabendo ao povo somente obedecê-las²⁶¹.

Muito embora se tenha resistentes obstáculos para se efetivar os direitos fundamentais nos Estados democráticos, tal fato não pode sequer cogitar que se trata de situação igual ou inferior no que tange conviver sob o severo regime do despotismo:

Existem democracias mais sólidas e menos sólidas, mais invulneráveis e mais vulneráveis; existem diversos graus de aproximação com o modelo ideal, mas mesmo a democracia mais distante do modelo não pode ser de modo algum confundida com um estado autocrático e menos ainda com um totalitário²⁶².

Na democracia, se estiver o povo insatisfeito com seu governante, respeitado os preceitos legais pertinentes, pode retirá-lo do poder sem que isso seja um estopim para uma guerra civil, um levante popular. Episódio bem diferente é no Estado autoritário, no qual, para livrar-se de um ditador, é necessário que muitos arquem as consequências com sua própria vida.

Bobbio, em um tom de desabafo, fala de sua experiência no regime fascista, expondo que não restam dúvidas que é melhor a pior das democracias do que o melhor autoritarismo:

²⁶⁰ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 154.

²⁶¹ BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 98.

²⁶² BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 37-38.

“[...] uma má democracia (e a italiana é inegavelmente má) é sempre preferível a uma boa ditadura (como ditadura, a mussoliniana foi certamente melhor que a hitleriana)”²⁶³.

Outra intensa diferença entre os regimes democráticos e os totalitários é o fato do primeiro ser conhecido como *regime do poder visível*²⁶⁴, já que a regra que incide sobre seus sistemas normativos é o da publicidade de seus atos, onde o segredo é meramente exceção, constituindo esse um dos fundamentos centrais da democracia.

Enquanto isso, no Estado antidemocrático, as ações de seu soberano são sigilosas:

No estado autocrático, o segredo de estado não é exceção mas a regra: as grandes decisões políticas deve ser tomadas ao abrigo dos olhares indiscretos de qualquer tipo de público. O mais alto grau de poder público, isto é, do poder de tomar decisões vinculatórias para todos os súditos, coincide com a máxima concentração da esfera privada do príncipe²⁶⁵.

Tal comportamento do soberano em um Estado despótico se deve ao fato de desprezar o povo, de tratá-los como despreparados políticos, incapazes de participar das decisões que dizem respeito ao próprio Estado, muito menos de ter as rédeas da Administração Pública. Geralmente, a antidemocracia convive com fortes adversários, que nas palavras de Norberto Bobbio:

Ao contrário, onde o sumo poder é oculto tende a ser oculto também o contra-poder. Poder invisível e contra-poder invisível são duas faces da mesma medalha. A história de todo regime autocrático e a história da conjura são duas histórias paralelas que se referem uma à outra. Onde existe o poder secreto existe também, quase como produto natural, o antipoder igualmente secreto sob a forma de conjuras, complôs, conspirações, golpes de estado, tramados nos corredores do palácio imperial, ou sob a forma de sedições, revoltas ou rebeliões preparadas em lugares intransitáveis e inacessíveis, distante dos olhares dos habitantes do palácio, assim como o príncipe age o mais longe possível dos olhares do vulgo²⁶⁶.

Cumprе ressaltar a relação da representação e da publicidade dos atos no Estado democráticos, dois vetores centrais da democracia: a representação popular, por seus governantes políticos, apenas se realiza se as ações destes forem publicadas, de tal modo que o parlamento deve promover suas ações em caráter de publicidade. Nessa esteira, deliberações parlamentares sob sigilo constitui exceção.²⁶⁷

²⁶³ BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 74.

²⁶⁴ BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 84.

²⁶⁵ BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, v 1992, p. 94.

²⁶⁶ BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, v 1992, p. 95.

²⁶⁷ BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, v 1992, p. 87.

A democracia é resultado de um movimento dialético, originado a partir das formas antidemocráticas de poder, no qual se revelou o sistema de governo mais virtuoso. Diferentemente do autoritarismo, não há menosprezo pelo povo.

O soberano na antidemocracia usa da omissão ou da mentira em suas manifestações, haja vista sempre considerar que os súditos não possuem condições para conhecer a realidade. Resta o questionamento: o quanto este posicionamento, de acreditar que o povo é incapaz de saber dos fatos, convém a um Estado antidemocrático no sentido de conservar o poder exclusivamente sob seus comandos? Ao ver desta autora, muito, sendo esta a única motivação óbvia para sujeitar o povo a uma posição de inferioridade intelectual.

Essa omissão ou mentira nada mais é que não permitir que os súditos se conscientizem de que possuem a legitimidade do poder, que deveriam ser eles os responsáveis por ditarem as estratégias estatais, mesmo por meio de seus representantes políticos, de entenderem que possuem direitos a serem resguardados pelo Estado, dentre eles, os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Esses são direitos nos quais ao Poder Público cabe apenas declará-los e concretizá-los, não possuindo a prerrogativa de outorgá-los ou não aos seus cidadãos, eis que citados direitos são atribuíveis a todos, independentemente de nacionalidade, apenas por possuírem natureza humana. Todavia, enquanto a população não tem conhecimento de seus direitos, esta não os reivindica:

O poder autocrático dificulta o conhecimento da sociedade; o poder democrático, ao contrário, enquanto exercido pelo conjunto dos indivíduos aos quais uma das principais regras do regime democrático atribui o direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, o exige. O cidadão deve “saber”, ou pelo menos deve ser colocado em condição de saber²⁶⁸.

Se não possuem ciência dos direitos fundamentais que lhes foram concedidos, como pode a sociedade em um Estado despótico exigir a previsão desses direitos em seus ordenamentos jurídicos, especialmente em sua Constituição e, por consequência, exigir, finalmente, a realização desses direitos? Nesse sentido não há perspectiva benéfica.

O povo fica restrito às vontades do ditador que, como visto, não há qualquer simpatia pela ideia de que o próprio cidadão deve escolher como administrar sua vida, dentre isto, a liberdade de exercer ou de reclamar por seus direitos fundamentais.

Lado outro, há países antidemocráticos nos quais há a declaração de direitos, mas não materializados, o que é explicado, principalmente, pela ausência da liberdade de cobrar a

²⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro, Campus, 2000, p. 392.

aplicação e pelo receio de que tal reivindicação seja fortemente combatida pelo opressor soberano:

O direito é todo o processo no qual está também o antidireito ou o direito arbitrário do Estado autocrático como momento que não pode ser tomado abstrata ou separadamente, mas momento a ser superado no direito racionalmente posto como distribuição universal da liberdade no Estado de Direito. Mesmo nos Estados autocráticos no mundo contemporâneo, signatários da carta das Nações Unidas, há a declaração de direitos, o que é já direito existente, embora não na sua forma de plena efetividade. Desse modo, a declaração de direitos no mundo contemporâneo realiza processualmente a sua racionalidade, como saber e fruição universal e igualitária da liberdade na forma dos direitos fundamentais²⁶⁹.

Desta feita, infere-se, que entre os Estados democráticos e antidemocráticos há diferenças substanciais, sendo uma delas, ser a democracia terreno fecundo para a concretização dos direitos fundamentais, enquanto não há que se falar em realização destes direitos em uma autocracia, o que nos leva ao espírito desta dissertação, que é ratificar a inviabilidade da efetivação dos direitos subjetivos pelo sujeito de direito universal, tornando, impossível, por consequência, a conquista da justiça contemporânea idealizada pelo ilustríssimo mestre, Professor Doutor Joaquim Carlos Salgado.

Se um Estado não tem por finalidade única o alcance da justiça, para que cabe este Estado? Sem dúvidas para servir de fundamento a um poder de origem única e soberana em detrimento dos verdadeiros e legítimos donos do poder, o povo.

²⁶⁹ SALGADO. Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 3.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado na introdução deste trabalho, essa pesquisa foi realizada no intuito de responder à seguinte pergunta: porquê que em Estados despóticos não há a preocupação central de realizar os direitos subjetivos fundamentais e, por consequência, possibilitar às pessoas o acesso à visão Salgadiana de justiça contemporânea, questionamento que se buscou responder durante todo o desenvolvimento desta dissertação e, sobretudo, nesta oportunidade. Para tanto, seguiu-se o seguinte percurso analítico e descritivo.

Na primeira parte do desenvolvimento, segundo capítulo desta dissertação, denominado *Direito, Estado e Justiça em Joaquim Carlos Salgado*, foi visto o ideário de justiça em Joaquim Carlos Salgado, o direito e o *maximum* ético e a positivação dos direitos subjetivos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Buscou-se explicar as origens da ideia do Professor Doutor Joaquim Carlos Salgado acerca da justiça, que foi influenciada nos ensinamentos greco-romanos, onde a justiça era assunto da moral, presente na consciência moral de um povo, ao passo que, para os romanos, a justiça era entendida como concepção do direito, que se passa no âmbito da consciência jurídica romana.

Salgado apresenta uma justiça universal, onde a todos são asseguradas garantias de vida que proporcionem a cada indivíduo condições dignas de sobrevivência, de sorte que, as nações desenvolvidas devem financiar países emergentes para que seus populares alcancem a justiça igual e universal, independentemente de sua origem e características.

O pressuposto de justiça de Salgado tem raízes greco-romanas, mas avança até os direitos fundamentais atribuídos no plano do Estado Democrático de Direito, momento estatal que outorga e prevê, expressamente na Constituição, os direitos fundamentais, além de se submeter a sua própria lei. Assim, surge a ideia do direito como *maximum* ético, onde se concede, de forma igual e universal, um elenco de direitos e garantias essenciais ao sujeito de direito universal.

Dito isto, a ideia de justiça no mundo contemporâneo nasce após incursões pelas obras kantianas e hegeliana, criando o jusfilósofo mineiro, sua própria versão de ideia de justiça, erguida sobre as inquições e debates filosóficos de seu tempo, que tem como cerne a realização dos direitos fundamentais. Aceita a tese de Kant, na qual a justiça se realiza nos valores da igualdade e da liberdade, como também anui com a concepção de Hegel, que insere aos dois valores citados, o trabalho.

A ideia de justiça Salgadiana é possível em razão da consciência jurídica que se aflora na sociedade, que passa a ter ciência da existência de um rol de direitos e garantias fundamentais. Em um segundo momento, se torna viável em virtude da positivação dessas prerrogativas nas Constituições democráticas e, por fim, por meio da real concretização pelo indivíduo.

Registra-se que tal ideário de justiça no mundo contemporâneo se passa no Estado Democrático de Direito, onde o escopo central é a realização dos valores mais caros de uma sociedade na forma de direitos fundamentais, surgindo após a experiência com o Estado Liberal e o Estado do Bem-Estar Social.

Já no terceiro capítulo, *Os Direitos Fundamentais*, que tratou da evolução histórica dos direitos fundamentais, do conteúdo dos direitos subjetivos fundamentais e da relação das Constituições com os esses direitos; se acompanhou que com o advento do Direito Moderno há o Estado de Direito e, com ele, o Constitucionalismo. Nessa baila, a primeira forma de Estado de Direito, a saber, o Estado Liberal, do Constitucionalismo liberal, defendia a atuação mínima do Estado no corpo social, de forma que se tutelava apenas os direitos negativos de primeira geração, isto é, que exigem a não interferência do Poder Público.

Conquanto, quando este formato estatal não mais correspondia aos anseios populares, nasce o Estado do Bem-Estar Social, já na segunda fase do Direito Moderno, que concedia ao indivíduo direitos sociais de segunda geração, passando a vigorar o Constitucionalismo social. Todavia, as aflições sociais mudaram, de modo que este também se tornou insuficiente para a sociedade daquele período, surgindo, assim, o Estado Democrático de Direito.

Eis a terceira fase do Direito Moderno, originada no Constitucionalismo Contemporâneo Democrático, que atribuí aos seus titulares os direitos de terceira geração. Sabe-se que na evolução de direitos fundamentais, não há a substituição de um direito por outro, o que existe é o acréscimo de direitos.

Destaca-se, a influência da tradição Constitucionalista, pois é por meio dos Textos Constitucionais que os direitos subjetivos tidos como essenciais são declarados. A superioridade de uma Carta Constitucional é auferida por meios dos direitos que esta garante.

Em sequência, se abordou-se no quarto capítulo, *A Efetivação dos Direitos Fundamentais*, a consciência, a positivação e a fruição dos direitos fundamentais, além de discorrer sobre a distinção entre a eficácia, a efetividade e a efetivação dos direitos fundamentais e da hermenêutica dos direitos fundamentais. Primeiramente, se faz imprescindível que na consciência jurídica sobressaia a existência de determinados direitos fundamentais, em seguida, a busca pela positivação desses direitos no Estado democrático

para, enfim, se ter a real fruição pelo sujeito de direito universal. São esses os três momentos que, como visto, alcançam a ideia de justiça do professor Salgado.

No quinto e último capítulo, *Estados Democráticos e Antidemocráticos: o problema da efetivação dos direitos fundamentais*, foi abordado acerca da noção da democracia e da antidemocracia, especialmente no que tange à visão Salgadiana, assim como da dificuldade de efetivar os direitos em questão, mormente no cenário ditatorial.

Foi apontado que no Estado democrático há a busca constante pela garantia dos direitos humanos e pela tutela desses nas normas locais e internacionais, motivo pelo qual se revela como o mais fiel aos ditames do Estado de Direito. Além disso, sabe-se que neste Estado, prevalece a racionalidade e a liberdade humana, em que toda a sociedade participa das decisões políticas, contexto diferente do autoritarismo, onde poder é exercido por apenas um representante ou por poucos. Atualmente, a única democracia viável é a representativa, tendo em vista que a democracia direta se dava na conjuntura das cidades-Estados, onde o número de votos e o território eram limitados.

Nessa esteira, um dos benefícios da democracia é que os mesmos que criam a lei se submetem a essa mesma lei, o que reduz eventual abuso de direito. Quanto mais votantes, menos a chance de reinar o despotismo. Além do mais, na democracia, o homem é visto como possuidor da capacidade de definir seus projetos de vida e o do seu país, obstaculizando o domínio do soberano.

Na democracia, o governante é eleito pela vontade popular, para exercer o poder estruturado na harmonização da separação de poderes. Por isso, o brilhante autor, referencial teórico desta pesquisa, ensina que os direitos fundamentais é a razão de ser de uma Constituição com espírito democrático e que a democracia tem natureza ética. Salgado leciona que o direito também é o antidireito que fora superado pelo direito racional e ético, razão pela qual, a tirania constitui importante face do Estado no que tange ser a força motriz que leva à democracia moderna, em uma relação dialética entre o direito e do antidireito.

O tirano tem consciência poética e política, usando do direito como ferramenta para a garantia do poder, que em oposição ao Estado democrático que está fundado no *pactum societatis*, consolida sua força no *comando-obediência*, que impõe à sociedade a observância

incontestável de suas ordens²⁷⁰. De mais a mais, os cidadãos de governos antidemocráticos não se veem como sujeito de direitos universais²⁷¹.

Nessa ordem de ideias, este trabalho acredita que apesar da dificuldade da democracia de concretizar, de fato, os direitos fundamentais para todo sujeito de direito, tal cenário é irrefutavelmente mais benéfico e superior ao contexto de um regime autoritário que, muitas das vezes, não preveem os direitos subjetivos considerados mundialmente como fundamentais e, quando declaradas citadas garantias, estas não podem ser devidamente reclamadas, sob o risco iminente de ofensa à vida, à dignidade e à integridade dos cidadãos que lá habitam.

Desse modo, a resposta do tema-problema desta pesquisa, desde o princípio apresentado, é a seguinte: nos Estados despóticos não há a preocupação fulcral de realizar os direitos subjetivos fundamentais e, por consequência, possibilitar às pessoas o acesso à concepção Salgadiana de justiça no mundo contemporâneo, posto que nestes países não se tem a declaração de direitos e garantias fundamentais. Em referido contexto, os cidadãos são obrigados, especialmente com o uso da força, a obedecerem os comandos ditatoriais; além do mais, as ações estatais são sigilosas e o povo é visto como incapaz de participar das decisões políticas.

Para mais, quando os ordenamentos jurídicos das nações antidemocráticas declaram os multicitados direitos, o soberano não é compelido a cumpri-los e a respeitá-los, bem como, seus súditos não possuem meios a forçar o cumprimento dos direitos fundamentais, eis que o próprio Estado, em razão do domínio do ditador, pode atentar contra sua vida.

Por derradeiro, esclarece que esta dissertação se empenhou para realizar uma reflexão filosófica sobre os direitos fundamentais, com esteio nas concepções de alguns dos mais respeitáveis autores que versam sobre a temática, sobretudo nas lições do Professor Doutor Joaquim Carlos Salgado. Espera-se que se tenha cumprido esta missão.

²⁷⁰ BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 98.

²⁷¹ BROCHADO, Mariah Ferreira. *Direito e Ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy, 2006, p. 252.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições da filosofia do direito*. São Paulo: Editora Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6ª Edição. Brasília: Unb, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccada Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRASIL. Senado. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília. DF: Congresso Nacional, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.164/SP, Relator: Ministro Celso de Mello. 30 out. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em 15 out. 2019.
- BROCHADO, Mariah Ferreira. *Direito e Ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.
- BROCHADO, Mariah Ferreira. O direito como mínimo ético e como *maximum* ético. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 52, p. 237-260, jan./jun. 2008.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- COMPARATO. Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.

FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*. São Paulo: Boitempo, 2010.

GALUPPO, Marcelo Campos. (Org.). *O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. 1ª Edição. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n.143, p. 191-209, 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 4ª ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2011.

HORTA, José Luiz Borges; SALGADO, Karine. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2017.

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). Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, 2002.

MATA MACHADO, Edgar de Godoi da. *Direito e Coerção*. São Paulo: Unimarco, 1999.

MATA MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional (Série EDB)*, 4ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/2159-Curso-de-Direito-Constitucional-2017-Gilmar-Ferreira-Mendes-e-Paulo-Gustavo-Gonet-Branco.pdf>>. Acesso em 15 out. 2019.

MESSA, Ana Flavia. *Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Rideel, 2011.

OLIVEIRA, Paulo César Pinto de. *A formação histórica da hermenêutica jurídica e filosófica*, Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018.

OLIVEIRA, Paulo César Pinto. *Filosofia do Direito e Hermenêutica Filosófica: do caráter hermenêutico da Filosofia do Direito*. Tese. (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, 2017.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALDANHA, Nelson Nogueira. O chamado "Estado Social". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 62, p. 55-81, jan. 1986.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no período clássico ou da metafísica do objeto: a igualdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

SALGADO, Joaquim Carlos. *Ancilla iuris*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, 1994.

SALGADO, Joaquim Carlos. Contas e ética. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Vol. 30, nº 1. Belo Horizonte: jan./mar. de 1999.

SALGADO, Joaquim Carlos. Globalização e justiça universal concreta. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 89, 2004.

SALGADO, Joaquim Carlos. O estado ético e o estado poiético. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 24, n. 2, p. 3-34, abr./jun. 1998.

SALGADO, Joaquim Carlos. Os direitos fundamentais. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 82, p. 15-69, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG: nova fase*, Belo Horizonte, n. 34, 2001.

SALGADO, Joaquim Carlos. Semiótica estrutural e transcendentalidade do discurso sobre a justiça. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 37, 2000.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica filosófica e aplicação do direito*. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácias*. 2ª Edição. São Paulo Malheiros Editores, 2010.