

A FICÇÃO DA IGUALDADE E A PSEUDODEMOCRACIA NO PENSAMENTO DE WARAT

Jean Mauro Menuzzi¹

Henrique Pavoni Possamai²

1 INTRODUÇÃO

O escopo deste trabalho visa a introduzir, sucintamente, a teoria pura do direito de Hans Kelsen e, a partir disso, analisar as premissas da forma de governo vigente, bem como os fundamentos do Estado, a falácia da existência de uma democracia e insuficiência da igualdade em determinados momentos.

Nesse sentido, através da exposição doravante esmiuçada, será possível identificar as falhas do modelo atual, de sorte que a alternativa para a resolução da problemática, a partir das ideias de Luis Alberto Warat, constam, de maneira aprofundada, na monografia cuja titulação é a mesma em epígrafe e, portanto, não será abordada neste artigo.

2 POSITIVISMO JURÍDICO

O estrito positivismo de Kelsen consiste na separação do “ser” e do “dever ser”, neste último onde Kelsen estabelece a ciência jurídica, tratando-a como ramo autônomo e sem influências políticas ou sociológicas, pois entende que se relacionam com o mundo do “ser”. O corolário da teoria pura é justamente a impossibilidade de valoração ou comunicação com as demais correntes, na medida em que o estrito positivismo reduz tudo à norma, sempre em observância à norma fundamental, que, por sua vez, possui validade em si mesma. Para Kelsen não há possibilidade de regresso infinito, razão pela qual a norma fundamental existe “porque deve existir”. É o ponto de partida para as demais teses ventiladas no entorno dessa teoria, devendo o Estado, nesse primeiro momento, ser compreendido tão somente como a personificação da coerção necessária ao cumprimento da norma. Assim explica Hans Kelsen:

¹ Mestre em Direito, Funcionário Público Estadual e professor universitário – URI/FW – possui licenciatura em Filosofia, Psicologia e História, área em que é especialista. Contato pelo e-mail: menuzzi@uri.edu.br.

² Acadêmico do X Semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Campus de Frederico Westphalen. Contato pelo e-mail: henriquepossamai@gmail.com

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais [...]. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 1999, p. 01).

Dessa forma, eventual discussão acerca do arcabouço legal deve incidir exclusivamente sobre a validade de uma lei, visto que descabida a análise do intuito do legislador, o que o levou a legiferar de tal modo e/ou demais considerações atreladas à ordem do ser e da chamada “realidade”. Isso porque o conjunto de valores e ideias subjetivas, que são objetos de estudo da sociologia do direito, configuram determinada “ideologia”, compreendida por Kelsen de duas formas: a) conjunto de fatos e valores que dizem respeito ao ser, certas noções de “ideal” e “justiça” (pautadas no jusnaturalismo) e atos de vontade, sendo, portanto, inaplicável à ciência jurídica; e, b) tudo aquilo que visa ao dever-ser, esse que é o sentido da norma e se opõe à realidade fática, possibilitando, assim, ter o direito como ideologia, nessa segunda acepção.

Por conseguinte, o aludido autor entende que não há lacunas no direito, mas tão somente interesse político-jurídico do operador, que, por sua vez, busca fazer às vezes de legislador, na medida em se aplica ao caso concreto o ordenamento jurídico em sua totalidade, em detrimento de normas individuais, isto é, todo o conjunto de valores e preceitos, que interpretados de maneira conjunta e/ou análoga possibilitarão ao julgador alcançar uma solução.

Portanto, para a teoria pura é possível que os tribunais, em última instância, criem o direito, ainda que seja uma função típica de um órgão legislativo, todavia o faz à luz de um ordenamento jurídico vigente e, em regra, normas individuais, decorrentes de uma geral previamente estabelecida, seja por lei, seja pelo costume, dando continuidade ao processo de criação jurídica.

Isso porque os extremos, onde o direito permanece imutável pelo engessamento dos tribunais ou se fulmina a segurança jurídica e esses possam criar sem observar normas preestabelecidas, não se prestam para solucionar satisfatoriamente os problemas da sociedade.

3 PSEUDODEMOCRACIA E AS FORMAS DE IGUALDADE

Na perspectiva da democracia, forma representativa de governo, o problema posto é o da efetiva representatividade dos interesses coletivos e a crise sistêmica desse modelo, uma vez que a aludida forma de governo, ainda que formalmente democrática, materialmente tem mais elementos aristocráticos, como será esmiuçado doravante.

Nessa ordem de ideias, Rousseau relata que a primeira e única sociedade natural é a família, isto é, os membros só permanecem unidos pelos laços naturais enquanto perdurar a necessidade de auxílio do genitor para com seus filhos. Logo, na medida em que essa dependência cessa, a manutenção da união se dá por convenção.

Além disso, constata-se não há que se falar em direito do mais forte, visto que inexistente um dever, mas tão somente uma submissão temporária, que perdurará até a força perecer, de sorte que a usurpação do poder não pode ser confundida com o direito, na medida em que neste há os interesses dos cidadãos, enquanto naquele tão somente o interesse particular do mais forte. Assim ensina Rousseau:

[...] Quando é a força que faz o direito, o efeito substitui a causa; toda a força que sobrepuja a primeira sucede-a em seu direito. Quando se pode desobedecer impunemente, pode-se fazê-lo legitimamente e, já que o mais forte tem razão sempre, trata-se apenas de buscar ser o mais forte. Ora, que direito é esse que perece quando cessa a força? Se é preciso obedecer por força, não há necessidade de obedecer por dever; e, se não somos mais forçados a obedecer, não estamos mais obrigados a isso. Vê-se, portanto, que a palavra direito nada acrescenta à força; aqui, ela não significa absolutamente nada (ROUSSEAU, 2014, p. 26-27).

Todavia, em razão da necessidade de conservação da espécie e das adversidades enfrentadas, bem como um princípio de surgimento da propriedade privada, o homem tem de deixar o estado de natureza para trás, a fim de reunir forças com seus pares, sem, contudo, perder sua liberdade. Ocorre que tal desejo não se coaduna com a lei do mais forte, pelo que é

imprescindível outro vínculo associativo, chamado por Rousseau de contrato social. Dessa forma:

[...] se afastarmos do pacto o que não é de sua essência, veremos que ele se reduz aos seguintes termos. *Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo.*

Imediatamente, no lugar da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantas forem as vozes da assembleia, corpo que recebe por esse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade (ROUSSEAU, 2014, p. 34, grifos do autor).

Nesse âmbito, verifica-se a formação de um corpo político, que será chamado de Estado, cujos membros, na sua individualidade como cidadãos, participarão da ordem soberana, porém permanecem sujeitos às leis do primeiro.

A premissa tem significativa importância na medida em que fulmina o modelo rousseauiano se não observada. Essa conclusão decorre do princípio fundamental do contrato social, a unidade, ou seja, cada indivíduo doa-se integralmente para o todo e, de igual modo, o recebe. Todavia, se os desejos particulares preponderarem, cessa a condição de igualdade e começa a ruína do Estado.

Assim sendo, a fim de preservar o corpo político, o indivíduo que recusa a se comportar sob os auspícios da vontade geral, poderá ser constrangido ao exercício de sua liberdade, isto é, será forçado a observar os termos do contrato celebrado ou a se retirar da coletividade na qual estava inserido.

Portanto, à luz do exposto, é possível concluir que inexiste sociedade, salvo primordialmente a família e, ainda assim, de forma temporária, que subsista por outra forma de direito que não o convencional, na medida em que tão somente a conciliação dos interesses comuns em detrimento dos desejos individuais é que possibilita viver em comunidade, de sorte que o corpo político, coletivo e indivisível, formará o chamado Estado, e, enquanto individualidades, os integrantes são denominados cidadãos. Do contrário verifica-se a queda do Estado, visto que:

Se, quando o povo suficientemente informado delibera, os cidadãos não tivessem nenhuma comunicação entre si, do grande número de pequenas diferenças resultaria sempre a vontade geral e a deliberação seria sempre boa. No entanto, quando se criam facções, associações parciais em detrimento da grande, a vontade de cada uma dessas associações torna-se geral em relação aos seus membros e particular em relação ao Estado; pode-se dizer então que o número de votantes não é mais o de

homens, mas o de associações. As diferenças tornam-se menos numerosas e produzem um resultado menos geral. Enfim, quando uma dessas associações é tão grande que sobrepuja todas as outras, não temos mais como resultado uma soma de pequenas diferenças, mas uma diferença única; então, não há mais vontade geral, e a opinião que prevalece é uma opinião particular (ROUSSEAU, 2014, p. 45-46).

Cumpre salientar, que a vontade geral é distinta da vontade de todos ou unanimidade, porquanto a primeira tem o escopo do bem comum; enquanto a segunda, por sua vez, é tão somente o agrupamento de diversas vontades particulares.

Desse modo, não há que se falar em unanimidade, uma vez que o proposto é ouvir todos os cidadãos indistintamente, de forma igualitária, a fim de sintetizar os pontos em comum das vontades. Aliás, é importante frisar a necessidade de o povo deliberar, isto é, efetivamente participar da política, como parte indivisível do todo, uma vez que se os cidadãos se submeterem tão somente a obedecer ordens, resta rescindido o contrato social e permanece um senhor comandando seus subordinados.

Por outro lado, se o escopo fosse distinto, evidentemente o indivíduo ficaria vulnerável, ao passo que os interesses individuais, na maioria das vezes, não se coadunam com o bem comum, e, quando convergem, não é constante, tampouco perdura. Logo, se o individual prepondera sobre o coletivo, cessa a condição de igualdade e, conseqüentemente, a liberdade, visto que os cidadãos passam a ser tão somente subordinados. Por derradeiro, fulminado o vínculo associativo, o agente retoma o *status quo ante* e fica sujeito às leis naturais, isto é, sujeito ao domínio do mais forte, razão pela qual o contrato social fortalece não só o indivíduo, como o Estado, justamente pela unidade do corpo político.

A premissa, portanto, é evidente, um interesse particular é estranho ao da coletividade, mesmo quando presente dentro do Estado, a dizer, é geral em relação ao pequeno grupo, porém distinto do povo, logo inexistente a vontade geral e, assim, não faz lei. Vejamos:

[...] o todo menos uma parte não é o todo e, enquanto essa relação subsiste, não há mais todo, mas sim duas partes desiguais; segue-se que a vontade de uma não é mais geral em relação à outra.

No entanto, quando o povo inteiro estatui para o povo inteiro, ele só considera a si mesmo, e, se uma relação então se forma, é entre um objeto inteiro sob um ponto de vista e o objeto inteiro sob um outro ponto de vista, sem nenhuma divisão do todo. Portanto, a matéria sobre a qual se estatui é geral como a vontade que estatui. É a esse ato que chamo uma lei (ROUSSEAU, 2014, p. 52-53).

Por conseguinte, cumpre salientar que, para Rousseau, as leis devem ser feitas de modo abstrato, isto é, de forma geral, sem identificar indivíduos e, de igual modo, pode estabelecer privilégios desde que não o faça nominalmente, bastando parâmetros para que estejam ao alcance de todos os cidadãos, indistintamente.

Para essa linha de organização teórica, portanto, o Estado nasce do pacto social formado pelo povo, cuja orientação das ações decorre da vontade geral, que, por sua vez, é a “norma suprema”, exigindo observância indistintamente de todo o corpo político. Além disso, a força do Estado está atrelada ao equilíbrio entre extensão territorial e quantidade populacional, isto é, se houver preponderância do primeiro, mais dificultosa é a defesa das fronteiras, sendo causa de guerras defensivas; todavia, se preponderar o segundo, haverá escassez de recursos, constituindo causa de guerras ofensivas. O corolário lógico dessa premissa é de que o Estado forte deve atentar para que sua população seja adequada à produção do solo e extensão territorial, ou seja, que se produza o suficiente para alimentar o povo e esse, por sua vez, seja o bastante para assegurar as fronteiras.

Esclarece, ainda, a necessidade de correspondência entre a tendência natural de um povo e sua legislação, tornando essa, sob certo ponto de vista, exclusiva, pois atende as peculiaridades daquele contexto, como por exemplo Esparta era voltada para a guerra e Cartago para o Comércio. Evidente, portanto, que as peculiaridades não podem ser ignoradas por um determinado senso comum de globalismo, embora possa complementá-las, de modo que o antagonismo, cedo ou tarde, implicará em queda e destruição do Estado.

3.1 Formas de governo

Seguindo a lógica rousseauiana, há dois elementos intrínsecos de todo e qualquer governo, indispensáveis para que o Estado saia da inércia, isto é, de um simples amontoado de pessoas para o efetivo corpo político. Vejamos:

Toda ação livre tem duas causas que contribuem para produzi-la: uma moral, a vontade que determina o ato, e a outra física, o poder que a executa. Quando caminho em direção a um objeto, primeiro é preciso que eu queira ir; segundo, que meus pés levem-me até lá. Se um parálítico quiser correr, se um homem ágil não o quiser, ambos não sairão do lugar. O corpo político tem os mesmos motivos, nele também se distinguem a força e a vontade: esta sob o nome do *poder legislativo*, aquela sob o nome do *poder executivo*. Nada se faz ou não deve ser feito sem a cooperação de ambos (ROUSSEAU, 2014, p. 71, grifos do autor).

O mecanismo que permite a articulação das aludidas causas, de forma muito sucinta, é denominado governo, constituído entre o povo e o soberano, todavia distintos desses, a fim de aplicar as leis e manter a liberdade. Pode ser formado por um único indivíduo ou por um grupo, que serão denominados magistrados ou príncipes, incumbindo-lhes a administração do poder executivo. Contudo, cumpre salientar que os três “corpos” não se confundem e devem assim permanecer, isto é, o soberano deve legislar, os magistrados governarem e, o povo, obedecer, sob pena de o Estado ruir.

Nesse sentido, os moldes do governo determinam sua característica, em outras palavras, a quantidade de membros configura uma das seguintes hipóteses: aristocracia, onde há um pequeno grupo de pessoas; democracia, incumbindo ao povo como um todo ou sua maioria; e, monarquia, restringindo o governo nas mãos de apenas um magistrado.

Com efeito, serão analisadas as duas formas de governo mais pertinentes: a democracia, por ser concebida formalmente como modelo vigente; e, a aristocracia, por estar majoritariamente presente no sentido material, ainda que de forma deturpada, isto é, distante do sentido histórico construído.

Fora mencionado, quando do início deste trabalho, que a realidade brasileira mais se aproximava da aristocracia, ainda que deturpada, como mencionado no parágrafo anterior, o que significa dizer, distante de sua essência.

Isso porque, como ensina Rousseau, embora a aristocracia seja uma forma de governo em que a vontade geral é distinta da vontade da administração, essa permanece vinculada à primeira, de sorte que os magistrados possam regular sua política interna como melhor lhes aprouver, sem, contudo, assim o fazer em relação ao povo, ou seja, a vontade geral deve prevalecer. Esse é o cerne, não observado no Brasil, razão pela qual foge da verdadeira aristocracia, sem prejuízo de outros fatores, tais como corrupção e indiferença face aos anseios atrelados ao bem comum. Além disso, o aludido autor a subdividiu em natural, hereditária e eletiva, referindo que essa última é a melhor forma de governo, ao passo que permite o uso da razão para a escolha dos eleitos, configurando, assim, garantia de que o povo será sabiamente governado.

Aliás, ressalta-se que o modelo proposto por Rousseau admite certa desigualdade de bens, todavia não implica em reconhecimento de predileção pelo assaz opulento, podendo a escolha, inclusive, ignorar os parâmetros econômicos, vejamos:

De resto, se esta forma comporta uma certa desigualdade de fortuna, é em geral para que a administração dos assuntos públicos seja confiada aos que podem dedicar-lhes todo o seu tempo, mas não, como afirma Aristóteles, para que os ricos sejam sempre preferidos. Ao contrário, convém que uma escolha oposta ensine às vezes ao povo que no mérito dos homens há razões de preferência mais importantes que a riqueza (ROUSSEAU, 2014, p. 84).

Por outro lado, Bobbio entende que a aristocracia, nos moldes rousseauianos, é elitista, cuja mudança de nomenclatura em nada altera a essência, apenas atribui uma forma distinta de posse, e erige outra linha de raciocínio:

[...] A aristocracia de Rousseau, a forma de governo na qual uma “minoría”, diríamos hoje, uma elite, forma o corpo dos magistrados por eleição, corresponde àquilo que hoje chamaríamos “elitismo democrático”, onde por “democracia” se entende nada mais nada menos que o procedimento de nomeação através de eleições (BOBBIO, 2000, p. 373).

Com efeito, constata-se que a democracia erigida por Rousseau, na obra “O contrato social”, é aquela direta, não representativa, notadamente pelo fato de um de seus pressupostos para ausência de verdadeira democracia é a necessidade de um Estado tão pequeno a ponto de todos os indivíduos conhecerem-se razoavelmente bem e conseguirem, incessantemente, reunirem-se para deliberar sobre os negócios públicos.

Além disso, embora ninguém conheça a lei como quem a criou, refere que o legislativo não deve se confundir com o executivo, na medida em que o resultado de um abuso de poder por parte do magistrado é menos danoso que aquele oriundo da corrupção do legislador, isto é, se na ausência de governo o povo se mantivesse atentando para o bem comum, não haveria a necessidade de ser governado, restando evidente a tendência de o interesse particular preponderar sobre o público. Logo, a separação do legislativo e executivo auxilia na preservação do bem comum, ao passo que descentraliza o poder, uma das causas de ascensão do interesse particular. Nesse ponto, a lição de Rousseau, traduz um dos maiores problemas dos regimes de governo vigentes:

[...] muita igualdade nas condições e nas fortunas, sem o que a igualdade não poderia substituir por muito tempo nos direitos e na autoridade. Enfim, pouco ou nenhum luxo, pois o luxo ou é o efeito das riquezas, ou as torna necessária; ele corrompe ao mesmo tempo o rico e o pobre, um pela posse e o outro pela cobiça; vende a pátria à indolência e à vaidade; retira do Estado os cidadãos para escravizá-los uns aos outros e todos à opinião (ROUSSEAU, 2014, p. 81).

Fato é que a democracia tão somente passou a ter uma conotação positiva na modernidade, visto que inicialmente concebida como uma das piores formas de governo, assim entendida por Platão e Aristóteles. Isso porque o sentido simbólico, atribuído ao povo era demasiadamente negativo, como, por exemplo, incompetente, ignorante, corrupto e afins. Logo, seria descabido lhe conceder poder.

Entretanto, essa acepção sofreu uma mudança significativa e o aludido modelo de governo tem sido almejado por todos, seja pelo Estado, seja pelo povo. Inclusive, até mesmo os regimes ditatoriais assumem ser transitórios, sob o pretexto de estarem buscando a verdadeira democracia.

Com efeito, resta evidente que sua construção fora feita em modelos clássicos, onde os Estados não eram grandes, isto é, tratada de forma direta e não representativa, cujas deliberações ocorriam em praça pública. Todavia, é impraticável a democracia nesses moldes, como mencionado anteriormente, pela extensão dos territórios e pela impossibilidade de o povo dedicar todo o seu tempo para discutir assuntos pertinentes ao bem comum.

Malgrado o sufrágio universal não se restringir ao processo eleitoral, assim é entendido pela maioria da população, de sorte que a participação direta é praticamente inexistente e, no que diz respeito ao pleito representativo, válida a concepção de Rousseau:

A Soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; ela consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ela é a mesma ou é outra, não há meio-termo. Os deputados do povo, portanto, não são nem podem ser seus representantes, são apenas comissários; nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o Povo em pessoa não ratificou é nula, não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre; está muito enganado, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; tão logo estes são eleitos, ele é escravo, é nada (ROUSSEAU, 2014, p. 107).

Diante das premissas expostas, conclui-se que o modelo de governo vigente é tão somente formal, na medida em que materialmente não atende aos interesses comuns e, portanto, no contexto rousseauiano, tende à ruína, ainda que vagarosamente. Aliás, o sistema já está em crise, conforme será demonstrado nos tópicos subsequentes.

3.2 Igualdades formal e material e suas respectivas origens

Na seara da igualdade, destaca-se a forte influência da cultura grega no pensamento moderno, pois apresentava as primeiras formas de seu exercício. Nesse sentido, cumpre destacar que as ideias predominantes eram oriundas do jusnaturalismo, o que significa dizer ser inerente ao ser humano viver em sociedade, bem como que a democracia sofria duras críticas.

Por conseguinte, Platão defendia a aristocracia como modelo ideal de governo, dividindo a sociedade em determinadas classes de acordo com seu mérito e, no bojo dessas, tratamento isonômico dos membros, com o fito de manter o necessário equilíbrio entre as diversas funções.

Outrossim, Aristóteles erige o entendimento de que o homem é político por natureza, de sorte que alcança a verdadeira liberdade, tanto própria, como perante os demais, através da efetiva participação na Pólis, fazendo o uso da palavra e da razão para deliberar sobre os assuntos atrelados ao bem comum. Esse exercício foi denominado como política.

Nessa ordem de ideias, os dois filósofos mencionados trabalharam a noção de igualdade como meio para se concretizar a justiça. Aristóteles, ainda, esclarece que a primeira deve levar em consideração que os indivíduos nem sempre são iguais e introduz o conceito de proporcionalidade. O corolário lógico é tratar os iguais do mesmo modo e os desiguais de forma distinta, na medida de sua desigualdade.

Essa medida está atrelada ao critério da proporcionalidade, sob pena de incorrer em injustiça, ainda que nos limites da lei, visto que Aristóteles distingue equidade e justiça. Isso porque é inconcebível a elaboração de normas gerais que compreendam, inclusive, as peculiaridades da vida cotidiana, vejamos:

O que faz surgir o problema é que o equitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível que seja correta. Nos casos, pois, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso mais usual, se bem que não ignore a possibilidade de erro. E nem por isso tal modo de proceder deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza da própria coisa, já que os assuntos práticos são dessa espécie por natureza. Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a missão — em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso (ARISTÓTELES, 1991, p. 96).

Logo, a ideia pertinente que deve ser extraída das linhas de pensamento expostas é a de igualdade formal, ainda que deficiente, pois embora cada cidadão fosse equivalente a um voto, nem todos possuíam tal condição, pelo que não eram iguais aos demais.

Essas convicções impactaram significativamente para a construção dos sistemas jurídicos subsequentes pautados em um juízo de igualdade, como no contratualismo moderno, compreendido como um suposto contrato em que os indivíduos aderem, oriundo da própria vontade humana, isto é, um produto da razão. O nome da teoria, por óbvio, é o corolário lógico da tese principal, destacando-se os pensadores Thomas Hobbes, Jean Jacques Rousseau e John Locke. Este, por sua vez, detém uma gênese de pacto social distinta dos demais.

Isso porque seu pensamento possui forte influência aristotélica e de Santo Tomás de Aquino, de sorte que, embora atribua o surgimento da aludida associação ao produto da razão humana, estabelece uma força divina determinante para que o desencadeamento desses fatos, em outras palavras Deus fez o homem para viver em sociedade, necessariamente. Logo, impôs certas circunstâncias que forçaram a celebração desse contrato figurado e, portanto, não é propriamente produto da razão.

Por outro lado, depreende-se das teses de Hobbes e Rousseau que a acepção primária de igualdade resulta da razão, malgrado os filósofos mencionados erigirem suas teses com motivações distintas, a necessidade de associação, para ambos, resultou de um processo propriamente racional, de sorte que as motivações, nesse aspecto, são irrelevantes.

Com efeito, a gênese do modelo proposto por Hobbes detém semelhanças com os de Rousseau e Locke (com a ressalva feita anteriormente), na medida em que o pacto social resulta da ambição humana, isto é, diante da acumulação de bens e da cobiça natural inerente aos indivíduos, surgirá o estado de guerra, culminando na associação racional, com o fito de proteção da propriedade privada face aos próprios membros da comunidade e daqueles que não a integram.

Não obstante os pontos em comum, Hobbes distingue-se por defender o absolutismo, de sorte que, formado o pacto, os indivíduos devem ceder sua condição de cidadãos, passando a ser súditos.

Por outro lado, em apertada síntese, constata-se que Hobbes, Locke e Rousseau têm a percepção da igualdade, respectivamente, do seguinte modo: todos são iguais por natureza, de sorte que sequer a vantagem física implica em desigualdade, na medida em que o mais fraco pode vencer o mais forte, quer através de estratégias, quer se aliando com outros; a igualdade

decorre da razão, pois somente esta, inerente ao ser humano, é que sustenta o respeito do homem ao “direito” dos demais; e, a condição de isonomia decorre do contrato social, ou seja, naturalmente os indivíduos são desiguais, porém quando aderem ao pacto, entregam-se por inteiro e, de igual modo, recebe a integralidade dos demais membros sintetizada na vontade geral.

Assim sendo, para os contratualistas mencionados é imprescindível que a isonomia seja assegurada por lei, justamente pela característica inerente ao ser humano de criar situações de desigualdade como já mencionado. Por conseguinte, resta estabelecida a igualdade formal, na medida em que todos serão, de igual modo, submetidos à lei, ainda que a compreensão da relação sociedade/indivíduo seja distinta entre os pensadores.

Outrossim, a teoria pura prevê que tanto ela, quanto as implicações dela decorrentes, devem estar previstas na Constituição, ou seja, se para a garantia da igualdade for necessário tratamento desigual para determinadas pessoas, deve haver previsão expressa nesse sentido, delimitando o conteúdo da “diferenciação” e como será feita. Vejamos:

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres. (KELSEN, 1999, p. 99).

Portanto, independentemente do prisma utilizado para a análise dessa questão, facilmente constata-se que toda estrutura associativa foi erigida em torno da igualdade entre os indivíduos, uma vez que todas as teorias implicam em renúncia da liberdade irrestrita, a fim de constituir um bem comum. Dessa forma, qualquer alteração que implique em ruptura da isonomia, por óbvio, assim sucederá com o pacto.

Aliás, para correta compreensão dessa importante questão, é imprescindível salientar que a igualdade não significa impossibilidade de desigualdade de riquezas, tampouco de atribuições de funções com determinados privilégios. No entanto, tais diferenças devem guardar certas proporções, evitando abismos entre os extremos, bem como aquele que desempenha função no Estado, deve fazer visando ao bem comum. Do contrário, se um indivíduo for tão rico a ponto de comprar um terceiro e este, por sua vez, tão pobre a ponto de

vender-se ou, ainda, se o membro do executivo/legislativo se guiar pelos interesses particulares, certa é a destruição do Estado, mesmo que vagarosamente.

No Brasil, a ideia de igualdade foi consolidada aos poucos, partindo do conceito de equidade, inicialmente e culminando na chamada “Constituição Cidadã”, visto que assegurou uma série de direitos fundamentais e políticas assistencialistas. Cumpre salientar que essa carta magna foi erigida pós ditadura militar, o que corroborou para uma maior proteção do indivíduo. Logo, verifica-se que o país se deslocou de uma quase inexistência de direitos para uma excessiva proteção estatal, isto é, saiu de um extremo ao outro.

Nessa ordem de ideias, resta evidente que a igualdade formal tem sido prevista nos diplomas legais há muito tempo, sem, contudo, ter produzido algo concreto, esse também é o entendimento de Joaquim Barbosa:

[...] Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduz na crença de que a mera introdução, nos respectivos textos constitucionais, de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei, seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seria assegurada a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, [...] Mas essa suposta neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, em países com longo passado de escravidão. Nesses países, apesar da existência de inumeráveis disposições normativas constitucionais e legais, muitas delas instituídas com o objetivo explícito de fazer cessar o status de inferioridade em que se encontravam os grupos sociais historicamente discriminados, passaram-se os anos (e séculos) e a situação desses grupos marginalizados pouco ou quase nada mudou (BARBOSA, 2003 apud MENUZZI, 2010, p. 48).

Assim sendo, diante da ineficácia da simples previsão legal dessa condição de igualdade e necessidade de algum mecanismo de efetividade dessas normas, não só abstratas, como também muito amplas, Ingo Wolfgang Sarlet apresenta uma nova perspectiva, preterida até então, a igualdade material, isto é, aquilo que era tão somente “todos são iguais perante a lei”, adquire um elemento concreto do complemento “tratar os iguais de forma igual e desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade”. Vejamos:

[...] encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a

discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material (SARLET, 2001, p. 89).

Nesse diapasão, se por qualquer circunstância, tal como uma condição financeira precária, um determinado indivíduo não estiver em condições iguais de disputar certo direito, poderá fazer o uso das chamadas “ações afirmativas”, ou seja, a igualdade sai do campo abstrato e adentra a realidade do cidadão em forma de incentivo/benefício, fazendo com que efetivamente haja a concretização desse comando constitucional.

A criação desse tipo de mecanismo, na seara da igualdade, demonstra cabalmente a falibilidade das teorias de Kelsen e dos contratualistas modernos, ao passo que a mera previsão na carta magna não foi o suficiente para garantia da igualdade, sendo necessária a implementação de “ações afirmativas”, com o intuito de amenizar as diferenças gritantes, decorrentes de circunstâncias socioculturais e de discriminações de toda ordem.

Sobre a implementação dessas ações, mostra-se pertinente a colagem a seguir:

Assim, o legislativo fica vinculado na produção da legislação infraconstitucional, da mesma forma que o Executivo deve implementar políticas públicas aptas a implementar tal base principiológica, ao passo que o judiciário passa a ter parâmetros normativos para o controle e a ratificação, tornando-se agente, não mero espectador, na transformação e busca do equilíbrio social (MENUZZI, 2010, p. 74).

Nesse âmbito, constata-se que a busca pela igualdade material é o resultado de uma mudança de paradigma, na qual não mais persiste tão somente a dicotomia proletariado e burguesia, mas também uma série de minorias execradas, tais como negros, homossexuais, idosos, mulheres e congêneres, que necessitam dessas políticas públicas de auxílio. Aliás, essa circunstância tem raízes mais profundas, na medida em que está intimamente ligada com a dignidade da pessoa humana.

Portanto, à luz do exposto, as políticas públicas denominadas ações afirmativas assumem papel relevante no ordenamento jurídico vigente, ao passo que se coadunam com os direitos humanos, protegendo as minorias historicamente discriminadas e alcançam uma efetividade significativa. Isso porque, ao contrário de simples normas que visam a coibir determinadas condutas, instrumentaliza o auxílio que esses indivíduos necessitam. Por óbvio, são imprescindíveis normas criminalizadoras de condutas discriminatórias, pois mostra a

aversão do Estado face a essa prática, bem como que tomará as medidas cabíveis para coibi-las.

Convém destacar que as ações afirmativas também transmitam essa mensagem, porém com enfoque distinto porquanto buscam integrar o indivíduo precipuamente, isto é, possibilitar que ele concretize a norma estampada no diploma legal.

Contudo, é óbvio que essa medida não resolverá a crise de representatividade sistêmica instalada. Isso porque os indivíduos não são iguais, como já esmiuçado. Todos os esforços empregados desde a antiguidade para a construção de igualdade formal e, posteriormente, material, demonstram cabalmente que inevitavelmente existirá tão somente uma pseudoigualdade, de sorte que é imprescindível o reconhecimento da diferença e abertura de espaços diferenciados para a manifestação dos desejos subjetivos dos indivíduos, com o fito de que exerçam efetivamente a política e que possamos nos aproximar da verdadeira democracia, conforme será demonstrado a seguir.

4 CONCLUSÃO

À luz do exposto, explicada a Teoria do Estado, erigida sobre os pressupostos de igualdade, bem como o sistema jurídico de matriz kelsiana, com o fito de lançar um olhar alternativo sobre o paradigma brasileiro, notadamente à luz da insatisfação popular com seus representantes e parte da legislação, propiciando uma alternativa ao que está consolidado, resta evidente que o modelo atual não consegue proteger os interesses da coletividade.

Além disso, foi verificado que a ideia de imprescindibilidade da igualdade formal está inserida no seio da sociedade há muito tempo, constituindo elemento essencial para os debates na praça pública da Grécia antiga e, posteriormente, formação do pacto social, segundo entendimento de Rousseau. Esse fundamento de igualdade serviu de base para a construção de muitos ordenamentos jurídicos modernos e contemporâneos, que a contemplaram em seus diplomas legais, inclusive a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Todavia, o comando constitucional abstrato se mostrou insuficiente para assegurar essa condição de igualdade, culminando no surgimento das ações afirmativas e instrumentos congêneres, a fim de promover a chamada igualdade material, isto é, um auxílio concreto que busca igualar as condições entre os indivíduos.

Nesse diapasão, conclui-se que inexistente democracia de fato, há tão somente uma pseudodemocracia, na medida em que a participação popular é inexpressiva e a vontade geral inobservada, isto é, evidencia-se a analogia feita por Rousseau com o povo inglês, o brasileiro pensa que é livre porque vota, porém, na prática, findo o processo eleitoral, é nada, inclusive os candidatos são previamente escolhidos por interesses particulares e econômicos de quem detém o poder, razão pela qual os pleitos representam tão somente a vontade de pequenos grupos, em detrimento do bem comum, e de maneira similar ocorre com os demais poderes da União.

Essa circunstância decorre, parcialmente, do positivismo jurídico, visto que ignora a participação política dos indivíduos, embora permita a intervenção direta dos cidadãos. Isso porque os instrumentos, salvo o voto, são dificultosos e limitados, de sorte que a população não consegue ser ouvida.

Portanto, os cidadãos permanecem alheios à produção do tecido social, inertes e apáticos, seja pela violência, seja por desacreditar que podem fazer alguma coisa, culminando na morte lenta do Estado. Aliás, a população se limita a cumprir leis, isto é, não mais existe uma democracia, mas sim um senhor e seus súditos, sem prejuízo da aparente existência de dois Estados, um com os valores dos cidadãos e outro com os interesses do poderio econômico de pequenos grupos, prevalecendo o último.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

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

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CARNIO, Henrique Garbellini **Direito e Antropologia** : reflexões sobre a origem do Direito a partir de Kelsen e Nietzsche. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica: norma jurídica e aplicação do direito. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

JAEGER, Werner. **Paidéia**: a formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 5ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MENUZZI, Jean Mauro. **Apontamentos filosófico-políticos para um direito penal contramajoritário**. Santo Ângelo, RS, 2010. Dissertação de Mestrado do Curso de Direito - Campus de Santo Ângelo, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Frederico Westphalen-2010.

OLIVEIRA JUNIOR, Jose Alcebiades. **Bobbio e a filosofia dos juristas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. **Bandidolatria e demicídio**: ensaio sobre o garantismo penal e criminalidade no Brasil. 2ª. ed. São Luís: Livraria Resistência Cultural Editora, 2017.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2014.

WALZER, MICHAEL. **As esferas da justiça**: em defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Nuno Valadas. Lisboa: Editorial Presença, 1999.

WARAT, Luis Alberto. A Fantasia jurídica da igualdade: Democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. **Revista Sequência**, N.º 24, Curso de Pós-Graduação em Direito - UFSC, setembro de 1992, p. 36-54.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio**: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução e organização Alexandre Moraes da Rosa, Júlio Cesar Marcellino Jr. E Vívian Alves de Assis. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. As vozes incógnitas das verdades jurídicas. **Revista Sequência**, N.º 14, UFSC, 1987, p. 57-61.

WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. **Revista Sequência**, N.º 28, Curso de Pós-Graduação em Dir - UFSC, junho de 1994, p. 96-110.

WARAT, Luis Alberto. Malestares Ecológicos y Ecología Política. **Revista Sequência**, n, 32, Curso de Pós-Graduação em Direito - UFSC, julho de 1996, p. 15-23