**IDEÁRIOS DE LIBERDADE E JUSTIÇA NA CONCEPÇÃO DE GUSTAVO ZAGREBELSKY**

THINKINGS OF FREEDOM AND JUSTICE IN GUSTAVO ZAGREBELSKY CONCEPTION

RESUMO: O constitucionalista Gustavo Zagrebelsky estrutura a análise sociológica do Direito com base nos ideários de liberdade e justiça, fazendo-nos entender não só a diferença entre eles, mas também a melhor observar a superestrutura constitucional em qualquer ordenamento jurídico ocidental a fim de que seja possível com maior precisão verificar o que vem a ser o direito positivo. O campo de estudo é o Direito e a Sociologia. Conforme pesquisa qualitativa, bem como aplicação de método observacional e dedutivo, o artigo permite a identificação prévia do fundamento existente no ordenamento jurídico para a resolução de conflitos sem perder de vista os influxos ideológicos do ordenamento jurídico. Vê-se que a ideologia do Estado completamente liberal é errada, dando-se como exemplo não contido no texto de Zagrebelsky o *keynesianiso militar*. Também as implicações da lei, liberdade e justiça são analisadas para o estudo do Direito. A *ultima ratio* dessa análise, como se verá, é sempre o ser humano.

**Palavras-chave**: Liberdade. Justiça. Humanismo laico. Humanismo cristão. Ideologia.

ABSTRACT: Constitutional law expert Gustavo Zagrebelsky structures the sociological analysis of law based on thinkings of freedom and justice, making us understand not only the difference between them, but also how to better observe the constitutional superstructure in any Western legal system so that it is possible more accurately verify what the positive law is. The field of study is Law and Sociology. According to qualitative research, as well as the application of an observational and deductive method, the article allows the prior identification of the existing foundation in the legal system for the resolution of conflicts without losing sight of the ideological influences of the legal system. The ideology of the completely liberal state is seen as wrong, giving as an example not contained in Zagrebelsky's text the *military Keynesianism*. The implications of law, freedom and justice are also analyzed for the study of law. The *ultima* *ratio* of this analysis, as we will see, is always the human being.

**Keywords:** Freedom. Justice. Secular humanism. Christian humanism. Ideology.

**INTRODUÇÃO**

Gustavo Zagrebelsky é atualmente Professor titular de Direito Constitucional na Universidade de Turim, Itália. Em sua carreira, foi também Presidente da Corte Constitucional Italiana e sua atividade acadêmica comprova o seu vasto e profundo conhecimento não só do Direito Constitucional, mas da Filosofia do Direito.

A obra mais conhecida desse autor no Brasil – e a sua principal obra – tem o título em italiano “*Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia”* (1992) e foi traduzida para o espanhol por Marina Gascón com o título “*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”* (1995). Em razão dessa tradução o livro veio a ser melhor difundido no Brasil, sendo que hoje já existe boa tradução para o português do capítulo IV intitulado “Direitos de Liberdade e de Justiça”, publicado na Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas (ZAGREBELSKY, 2007), capítulo esse essencial para o objeto do presente estudo. Também do mesmo autor, em tradução para o português, existe “A crucificação e a democracia” (ZAGREBELSKY, 2012), que ilustra as contradições e mazelas que o processo democrático já admitiu.

São bastante atuais e originais os ensinamentos de Zagrebelsky, de modo que, como veremos, é com ele que podemos estudar mais à fundo o processo ideológico da concepção do Direito e as formas de sua interpretação sob a ótica constitucional, que desde o século XX reclama sejam os olhos voltados para todos os valores e princípios dos mais variados projetos de vida em sociedade, enfatizando a necessidade de não só tutelar, mas de verdadeiramente incluir nesse pluralismo social os reclames das minorias, às vezes contraditórios e indesejáveis, mas que o processo democrático deve necessariamente levar em conta.

É, em grosso resumo, o que os constitucionalistas contemporâneos chamam de concordância prática e lutas por reconhecimento (HABERMAS, 2020), o que os sociólogos contemporâneos chamam de multiculturalismo (TAYLOR, 1998; HONNETH, 2003) e o que Zagrebelsky chama de “direito dúctil.”

Para se chegar até aqui, entretanto, é necessário um escorço histórico sob a análise dos ideais de liberdade e justiça na sociedade ocidental a fim de que possamos melhor entender o direito positivo e o próprio Direito.

O Direito pode ser pensado com feixes de ideias sobre a liberdade, justiça e lei. Essas questões trazem ínsitas a análise da própria ideologia do espaço-tempo social e, por isso, a importância dessa análise.

Basta verificar que as conquistas dos direitos expostos nas constituições mundo afora, sejam elas sobre direitos fundamentais ou estruturais, sempre conterão uma diversidade de conteúdo porque refletem historicamente conquistas de ideais políticos ou ideológicos embasadas nas três grandes correntes do pensamento político moderno: o liberalismo, o socialismo e o cristianismo social. O anarquismo, movimento criado no século XIX e atribuído a Proudhon em 1840, apesar de sua importância na história política, não é incluído no presente estudo para a análise da questão jurídico-política.

Dentro dessas correntes, em cada momento histórico, percebe-se um pêndulo no conteúdo normativo, ora com ideais embasados na liberdade, ora na justiça. Como se verá, justiça e liberdade são termos e questões completamente diversos, pois imbuídos de ideologias diversas. É o que se comprovará abaixo.

Nos dizeres de Zagrebelsky, a comparação entre o humanismo laico e o humanismo cristão pode comprovar que a coexistência entre liberdade e justiça não é pacífica.

O humanismo laico trata de *direitos cujas violações frustram a pretensão da liberdade do homem*; já o cristão trata de *direitos cujas violações frustram a aspiração da justiça*. No primeiro caso, o direito é ponte da opressão para a liberdade; no segundo, o direito é ponte da injustiça para a justiça. O fato é que “ambas as concepções podem falar em nome da dignidade do homem, mas enquanto para a primeira a natureza da dignidade consiste na liberdade, para a segunda, consiste na justiça” (ZAGREBELSKY, 1996, p. 76).

Portanto, no estudo do Direito, ao se dar um caráter absoluto para a liberdade ou para a justiça, chegar-se-á em uma posição contraditória, pois uma excluiria a outra. Chega-se até a uma redução no pensamento: *as sociedades justas são as regidas pela liberdade* (concepção individualista), ou então, *as sociedades livres são as regidas pela justiça* (concepção holística). Esses reducionismos se excluem mutuamente e demonstram a contradição conceitual do direito embasado nessas ideologias.

A mesma aplicação pode ocorrer tranquilamente nas concepções socialistas. Basta verificar que elas, a bem da verdade, não trazem nenhuma originalidade no que se quer distinguir no estudo. É que, por exemplo, o marxismo não tem uma doutrina construtiva do direito e, portanto, não inova nisso. Apenas inova no método e explicação do direito em determinada organização social, o que chama de desmistificação. Também a tradição socialista não-marxista está mais ligada ao alcance e efetividade dos direitos do homem do que com sua fundamentação e significado essencial.

Um outro exemplo para se demonstrar a diferença das duas concepções em relevo (liberdade e justiça) é a diferenciação entre o *direito ao trabalho* e o *direito ao salário*.

Ao contrário do que se crê, o nascimento do direito ao trabalho não é nem cristão, nem socialista.

Para a doutrina social cristã, o trabalho é antes um dever, e não um direito. E é um dever porque o homem é pecador e precisa agora “comer o pão com seu suor”, como preconizam os itens 13 e 27 da Encíclica *Rerum Novarum* (1891).

Tal encíclica, do Papa Leão XII, é uma carta papal de 1891 dirigida aos eclesiásticos católicos para denunciar a condição dos operários na época da segunda revolução industrial (segunda metade do século XIX). Em português, é intitulada com a tradução “Das Coisas Novas”. Tamanha foi a sua importância que inaugurou uma nova fase histórico-cultural da Igreja Católica Apostólica Romana, vindo a sacramentar o que depois se denominou cristianismo social (a restauração do filosofar cristão). O item 13 tem como subtítulo “Dignidade do trabalho.” Já o item 27 da carta traz como subtítulo “O quantitativo do salário dos operários.”

Sob a visão da doutrina social cristã o trabalho seria um direito apenas na concepção de amainar a pena, pois o homem estaria condenado por seu pecado original e deve aliviar seus sofrimentos com o trabalho.

Também o “salário justo” é uma concepção equivocada, pois embasada unicamente no *princípio da liberdade* entre as partes, com variantes do mercado e na posição da parte perante a outra, o que influenciaria no valor do salário. Isso não poderia ser pensado dessa forma, pois não se daria neste caso nenhuma relevância sobre as considerações da justiça nas relações sociais, o que certamente traria um resultado diferente.

Dizer simplesmente que a relação seria justa porque se obriga a se tomar um salário mínimo para a negociação é errado, pois a ideia e obrigação da “retribuição mínima” está na verdade diretamente ligada às exigências da reprodução do sistema econômico. Ou seja, isso se dá para o sistema econômico funcionar, e não porque há uma justiça ínsita na relação social.

Para a doutrina social da Igreja, como prevê a Encíclica *Rerum Novarum,* o empregador não pode tratar o seu empregado como escravo e, em resumo, deve reconhecer a sua liberdade e dignidade da pessoa humana. A chave para se garantir que se dê essa dignidade ao trabalhador, reconhecido como pessoa, para essa doutrina, é o “salário justo”. Então, a concepção utilizada é a da justiça, e não a da liberdade.

Ocorre que, para essa mesma doutrina, o próprio “salário justo” não pode ser excessivo para não ensejar o crescimento do interesse pelos bens mundanos (atualmente, o consumismo). Vê-se, pois, claramente a ideologia por trás do pensamento da doutrina social da Igreja.

A importância dessa análise é a conclusão mais à frente de profundas divergências no significado histórico de direitos humanos a depender da ideologia empregada. Além do mais, a própria concepção dos direitos na antiguidade é diferente do que se vê na modernidade.

Os direitos do homem e da humanidade laica são filhos do rompimento de paradigma advindo do Renascimento. Com o Renascimento, veio a consciência sobre a *liberdade individual*, que foi um fator essencial e determinante para o surgimento dos direitos humanos. É uma visão individual da própria existência, que fez surgir certas dissociações que antes não eram feitas, como o indivíduo e o mundo, razão e realidade objetiva, moralidade e legalidade, liberdade e necessidade etc.

Já os direitos da humanidade cristã (e principalmente católica), ao contrário, têm embasamento na tradição antiga sistematizada pela escolástica medieval. Não há espaço para nenhuma pretensão individual de autorrealização subjetiva e voluntariedade motivada. Todos devem entender e se conformar com a dignidade do seu lugar na existência. O direito nesse caso poderia ser visto não como direitos subjetivos, mas como *status* na ordem em que o sujeito está enquadrada e independentemente de sua vontade.

O significado histórico de direitos humanos é, como se vê, comprovadamente divergente em razão da ideologia que se tem por trás da criação desses direitos. Por trás da linguagem do direito se escondem “significados, aspirações, ideais e concepções da vida social profundamente distintos” (ZAGREBELSKY, 1995, p. 88).

A ideologia também foi influente na quebra do paradigma do constitucionalismo moderno, com a fixação em normas constitucionais de *princípios de justiça material* que atualmente espraiam em todo o ordenamento jurídico. A acentuação dos princípios no constitucionalismo é fenômeno moderno e um fato histórico importante, pois durante muito tempo esses princípios foram relegados ao ensaio político sem aplicação jurídica prática. E nisso entram a Economia e o capitalismo liberal do século XIX.

Ocorreu de ser a ênfase nos direitos individuais uma resposta constitucional ao excesso de estruturação social e, por outro lado, a ênfase na justiça serve para compensar o desencadeamento de imposições da vontade dos mais forte sobre os mais fracos. Isso porque, com base no pensamento de Karl Popper (2020), existe um *paradoxo da liberdade*, no sentido de que o máximo de liberdade pode conduzir ao máximo de opressão.

É que o Direito hoje em dia não pode ser visto apenas do ponto de vista privatístico, segundo o qual a vontade de um se concilia com a vontade do outro em nome da liberdade, como preconizava Kant. Atualmente, o direito também não pode ser analisado simplesmente do ponto de vista formal do acordo de vontades (Hegel), mas sim como um conjunto de condições nas quais necessariamente devem se mover as atividades públicas e privadas para a salvaguarda dos interesses materiais disponíveis. É uma ordem objetiva feita para limitar as instabilidades da vontade.

Dito de outro modo, existem exigências de uma justiça geral acima das vontades privadas e públicas. As normas de justiça das constituições atuais estabelecem uma distinção entre interesses individuais e interesses gerais qualitativamente distintos da mera soma de indivíduos. Seriam os interesses difusos, novatos na “Era dos Direitos” (BOBBIO, 1992).

Essa “nova ordem” que limita as instabilidades da vontade, associada às exigências de uma justiça geral, é justamente a ascensão do positivismo. Aliás, a grande redução do positivismo jurídico do século XIX ocorreu com a redução da justiça à lei. Como o positivismo não reconhece níveis de direito diferentes do voluntarismo reconhecido na lei, acaba por se fechar propositadamente à possibilidade de distinção jurídica relevante entre lei e justiça.

Esse equilíbrio que permitiu a ascensão do positivismo deve ser reconhecido, pois é estranho ao constitucionalismo do século XX o surgimento de uma ordem social espontânea. Isso somente é visto em tribos primitivas, pequenos grupos rurais ou aldeias de pescadores. Se assim não for, teríamos sempre o surgimento de uma ordem livre para a minoria, mas injusta para a maioria. Um estado natural se converteria no fim e ao cabo a um privilégio reservado a poucos.

Nisso redunda a preocupação do positivismo em defender o direito frente às incursões da política, como também de preservar a “positividade” do direito frente à (então) destrutiva incidência do direito natural. Essa questão, aliás, como podemos ver, é bastante atual, pois diz respeito às discussões do hoje chamado “ativismo judicial” e seus impactos sociais.

Desse ponto de vista o positivismo jurídico tinha razões para se preocupar, de modo que veio a estabelecer o *locus* dos princípios jurídicos nas Constituições a fim de afirmá-los não como direitos naturais, mas direitos do próprio sistema positivo. Tais princípios representam, ao contrário, o maior traço de orgulho do direito positivo, porquanto constituem o intento de “positivar” o que durante séculos se havia considerado prerrogativa do direito natural, a saber: determinar a justiça e os direitos humanos (ZAGREBELSKY, 1995, p. 114).

O modo encontrado para se efetivar o equilíbrio buscado acima na sociedade moderna, ou seja, a realização dos princípios da justiça, foi estabelecer tais princípios na Constituição e direcioná-los para o Estado e suas políticas, ficando os indivíduos como destinatários de tais sistemas. Uma separação dos direitos e da justiça na lei não significa, consequentemente, uma fundamentação em uma ordem objetiva intangível. Nos Estados modernos e contemporâneos os direitos encontram sua base na Constituição, mas esta é, por definição, uma criação política prática e real.

Ficamos então longe da concepção da “mão invisível” de Adam Smith, bem como da ideia de que o Estado só deve agir de forma residual. Com esse caminhar ideológico, o Estado não pode ser nem abstencionista e nem de atuação subsidiária, como sustentam as concepções minimalistas da teoria liberal e da doutrina social da Igreja Católica. Os exercícios dos direitos econômicos devem existir no âmbito de excelência da atuação estatal.

Ocorre que esses direitos econômicos hoje são muito mais vastos que os do passado e correspondem ainda às crescentes expectativas sobre a justa redistribuição social acerca dos bens materiais. Mas não só. Correspondem também à incidência destrutiva que a economia, acelerada pela tecnologia, tem hoje sobre outros bens sociais, como a vida, a saúde e o meio ambiente.

A ideologia do Estado liberal também é errada porque sequer corresponde à realidade. Mesmo quando se quis implementar um Estado refratário às intervenções no mercado, ainda assim sempre se constatou uma intervenção pública na economia, inclusive no contexto do mercantilismo, da fisiocracia, do Estado de polícia, no parlamentarismo, no autogoverno inglês e sua continuidade no Estado liberal europeu do século passado. O próprio governo da Era Reagan, nos EUA, de ideologia dita neoliberal, fez o Estado investir pesadamente no armamento militar, o que ficou conhecido como *keynesianismo militar*.

Basta notar que sempre existiram obras públicas, regulação sobre bens públicos como minas e águas, medidas protecionistas para o mercado interno, apoio a setores específicos mediante medidas de contratações públicas etc., sem contar nas medidas tomadas para as guerras colonialistas e imperialistas, que certamente foram importantes para as ordens econômicas nacionalistas.

Compreende-se, pois, que os sucessos histórico-jurídicos ocorridos não seriam vistos entre o abstencionismo e o intervencionismo, mas entre o auto e heterogoverno da economia. O autogoverno leva em conta os meios, e o heterogoverno da economia os sujeitos e os fins da intervenção estatal. Forma-se, pois, uma amálgama entre o jurídico e o econômico, sendo tudo apropriado pelo político. E o que é isto senão a ideologia influindo em todos os setores e vertentes do Estado, da sociedade civil e, também, no indivíduo?

No século XX ocorreu uma apropriação do econômico pelo político, de modo que se pode perceber que o político não fala a mesma linguagem do econômico, como pretendia o capitalismo liberal do século XIX. As Constituições atuais reconhecem o mercado e, portanto, a autonomia da economia ao garantir os direitos dos operadores econômicos, como propriedade privada, livre iniciativa, liberdade contratual etc. No entanto, expressam também a consciência de que o econômico não é o último horizonte, não apenas porque o econômico não é capaz de total autorregulação, mas também porque o desenvolvimento econômico traz consigo outros valores não econômicos com que a economia deve formar um sistema.

Esse é basicamente o conceito do *Estado social de direito*, que expressa essa dupla caracterização constitucional da regulação do econômico: constitucionalização dos direitos de propriedade e livre iniciativa (direitos da vontade individual) e valorização pelo Estado das exigências de justiça, seja como proteção desses direitos, seja como afirmação desses direitos. Há ainda um limite material para o exercício desses direitos: a inegável necessidade de respeito ao meio-ambiente, pois a atuação dos direitos individuais e da vontade humana não pode ensejar alteração e deterioração dos recursos naturais de forma a arruinar a possibilidade de vida do ser humano.

Em última instância, os princípios objetivos de justiça, impregnados de sua(s) ideologia(s) no tempo-espaço social, servem para isso: limitar e validar e vontade, comprovando-se a pressuposição ideológica na aplicação do direito em todos os tempos.

Por fim, é necessário ter sempre em mente que toda teoria sobre o Direito, com qualquer pressuposto ideológico, mesmo que sobre os direitos humanos, deve ser exercida de forma crítica, pois o próprio homem é capaz de horrores (como no caso de Auschwitz, por exemplo.). Dessa forma, uma doutrina positiva e acrítica dos direitos humanos pode levar a perplexidades sobre direitos que constituem a base da liberdade da vontade em um ordenamento jurídico.

Como se viu, fica comprovado que a lei não é Direito, mas é parte dele, em um intricando influxo entre jurisdição e legislação na superestrutura constitucional formada por ideais ideológicos de liberdade, justiça, economia, política e, acima de tudo, bom-senso.

**Referências**

BOBBIO, N. 1992. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 217 p.

HABERMAS, J. 2020. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. de Luís Denilson Werle. São Paulo, Edições Loyola, 576 p.

HONNETH, A. 2003. *Luta pelo reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. de Luís Repa. Rio de Janeiro, Editora 34, 291 p.

POPPER, K. 2020. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Trad. de Miguel Freitas da Costa, Lisboa, Edições 70, 2º v., 544 p.

REALE, M. 1996. *Lições Preliminares de Direito.* 23ª ed, São Paulo, Saraiva, 381 p.

TAYLOR, C. 1998. *Multiculturalismo – examinando a política de reconhecimento.* Trad. de Marta Machado. Lisboa, Instituto Piaget, 194 p.

ZAGREBELSKY, G. 1995. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Trad. de Marina Gascón. Madrid, Editorial Trolta, 156 p.

ZAGREBELSKY, G. 2007. *Direitos de Liberdade e Direitos de Justiça*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 245, p. 52-68, mai. 2007. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42120>>. Acesso em: 13 Out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v245.2007.42120>.