

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ-UNIOESTE
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

CAMILA BERGONSI DA SILVA

**O ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS: A FUNÇÃO
PROMOCIONAL DO DIREITO EM NORBERTO BOBBIO E O CUSTO DOS
DIREITOS**

TOLEDO
2025

CAMILA BERGONSI DA SILVA

O ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS: A FUNÇÃO PROMOCIONAL
DO DIREITO EM NORBERTO BOBBIO E O CUSTO DOS DIREITOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Centro de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual do Oeste do Paraná para a obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Área de concentração: Filosofia Moderna e Contemporânea.

Linha de pesquisa: Ética e Filosofia Política.

Orientador: Prof. Dr. José Francisco de Assis Dias

TOLEDO
2025

Ficha de identificação da obra elaborada através do Formulário de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da Unioeste.

Bergonsi da Silva , Camila

O ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS: A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO EM NORBERTO BOBBIO E O CUSTO DOS DIREITOS / Camila Bergonsi da Silva ; orientador José Francisco De Assis Dias . -- Toledo, 2025.

103 p.

Dissertação (Mestrado Acadêmico Campus de Toledo) -- Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Centro de Ciências Humanas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2025.

1. Função Promocional do Direito. 2. Direitos Sociais. 3. Norberto Bobbio. 4. Custo dos Direitos. I. De Assis Dias , José Francisco , orient. II. Título.

CAMILA BERGONSI DA SILVA

**A FUNÇÃO DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE
CRÍTICA DA TEORIA DA FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO DE NORBERTO
BOBBIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia em cumprimento parcial aos requisitos para obtenção do título de Mestra em Filosofia, área de concentração Filosofia Moderna e Contemporânea, linha de pesquisa Ética e Filosofia Política, APROVADO(A) pela seguinte banca examinadora:

Documento assinado digitalmente
 **JOSE FRANCISCO DE ASSIS DIAS**
Data: 24/03/2025 16:19:47-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Orientador(a) - José Francisco de Assis Dias

Universidade Estadual do Oeste do Paraná - Campus de Toledo (UNIOESTE)

Documento assinado digitalmente
 **RAFAEL SALATINI DE ALMEIDA**
Data: 24/03/2025 20:42:46-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Rafael Salatini de Almeida

Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP)

Documento assinado digitalmente
 **DANIELA MENENGOTI GONCALVES RIBEIRO**
Data: 25/03/2025 08:20:57-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

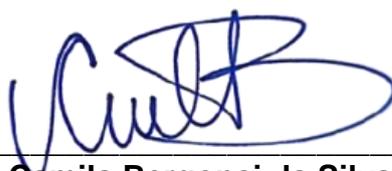
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro
Unicesumar

Toledo, PR, 24 de março de 2025

DECLARAÇÃO DE AUTORIA TEXTUAL E DE INEXISTÊNCIA DE PLÁGIO

Eu, CAMILA BERGONSI DA SILVA, pós-graduanda do PPGFil da Unioeste, *Campus* de Toledo, declaro que este texto final de dissertação é de minha autoria e não contém plágio, estando claramente indicadas e referenciadas todas as citações diretas e indiretas nele contidas. Estou ciente de que o envio de texto elaborado por outrem e o uso de paráfrase e a reprodução conceitual sem as devidas referências constituem prática ilegal de apropriação intelectual e, como tal, estão sujeitos às penalidades previstas na Universidade e às demais sanções da legislação em vigor.

Toledo, 24 de março de 2025.



Camila Bergonsi da Silva

AGRADECIMENTOS

Muitas velas foram acesas à Santa Catarina de Alexandria no processo para terminar essa dissertação. Nos momentos em que parecia impossível, era ela que estava ao meu lado. Padroeira dos filósofos e estudantes, foi segurando a mão dela, cuidando-me lá de cima, que foi possível esta conquista.

Aqui embaixo, foi segurando a mão dos meus pais, que, trabalhando sob muito sol, me permitiram chegar até aqui na sombra. Mãe, obrigada por ser minha base. Pai, por ser minha inspiração. O mérito é de vocês, por me permitirem a dedicação, por me ensinarem a desfrutar do aprender, por me proporcionarem tantos privilégios e, principalmente, por serem meus maiores apoiadores.

Emily, se sou o que sou hoje, é pensando em ser melhor para você. Que você possa se inspirar nos meus erros e acertos e fazer do seu caminho mais bonito. Que você possa ser sempre melhor que eu, e eu estarei lhe observando com orgulho. Ser sua irmã é minha maior dádiva, obrigada por tanto.

Isadora, Malu e Natalia, toda a glória ao amor e apoio de vocês, meu principal ponto de paz. Tenho certeza de que nada seria sem a sua amizade incondicional.

Por fim, um agradecimento especial ao meu orientador, José Dias, por me acompanhar nessa trajetória e me permitir trabalhar com liberdade e autonomia. Obrigada por valorizar a individualidade da pesquisa.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 ELEMENTOS BIOGRÁFICOS E CONTEXTUALIZAÇÃO	13
2.1 Breve biografia de Norberto Bobbio	13
2.2 Contexto histórico-social italiano	17
2.3 As três gerações dos direitos fundamentais	20
2.4 A obra Da estrutura à função	31
3 O PAPEL DO ESTADO E DO DIREITO NA SOCIEDADE	40
3.1 O Estado liberal e o Estado social para Bobbio.....	40
3.2 As sanções positivas e negativas.....	48
3.3 A teoria funcional do direito de Norberto Bobbio	54
4 O CUSTO DOS DIREITOS E A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO	61
4.1 A função promocional do direito	61
4.2 Os direitos sociais e a globalização.....	70
4.3 Os limites da função promocional na efetivação dos direitos sociais em um mundo globalizado.....	78
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	97
REFERÊNCIAS	101

RESUMO

SILVA, Camila Bergonsi da. *O Estado na garantia dos direitos sociais: A função promocional do direito de Norberto Bobbio e o custo dos direitos*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, 104 páginas. Toledo, 2025.

RESUMO: A presente pesquisa foi desenvolvida para obtenção da titulação de Mestre, no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Filosofia, pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná, *Campus* de Toledo. Tem como tema a função estatal na garantia dos direitos sociais e suas limitações, a partir da teoria da Função Promocional do Direito de Norberto Bobbio. Rege-se pela problemática de qual é a função do Estado diante da necessidade de garantia das condições básicas e de bem-estar na sociedade dos seres humanos, traduzidos pelos direitos sociais, a partir da elaboração das normas jurídicas, em um contexto de globalização e fragmentação dos direitos sociais. Partindo desse questionamento, o objetivo geral é analisar como a função promocional do direito pode influenciar na garantia de direitos sociais pelo ordenamento jurídico de um Estado, a fim de cultivá-los perante uma sociedade cada vez mais impactada pelo cenário contemporâneo, bem como a existência de eventuais limitações e obstáculos para a atuação estatal. Como objetivos específicos, faz-se uma breve contextualização acerca do autor, da obra estudada e de alguns conceitos básicos para a plena compreensão da pesquisa. Posteriormente, realiza-se um apanhado sobre as principais teorias que influenciam na função promocional do direito e seus reflexos no Estado, de modo que se traz a diferenciação entre Estado Liberal e Social para Bobbio, a teoria funcional do direito e a teoria das sanções positivas. Por fim, a análise da teoria da função promocional do direito para Norberto Bobbio e seu reflexo na efetivação dos direitos sociais no cenário contemporâneo, bem como a existência de eventuais limitações e obstáculos para o Estado. Esse ponto é fundamental para aprimorar o debate sobre as políticas de promoção da justiça na sociedade, bem como de igualdade entre indivíduos. A relevância da pesquisa se revela, no âmbito acadêmico, da carência de pesquisa acerca do assunto, em razão de os direitos sociais serem de suma importância na configuração estatal e jurídica atual, tendo, inclusive, sofrido influência do pensamento de Norberto Bobbio para serem constitucionalizados no Brasil. Além disso, também a importância social da pesquisa se demonstra no caráter determinante dos direitos sociais para uma boa convivência em sociedade, por meio da garantia das condições básicas de vivência do ser humano. Não somente, mas também o debate acerca da função do Estado nessas garantias traz à tona a análise e o fomento de políticas públicas visando o bem-estar dos indivíduos na sociedade. A metodologia de pesquisa utilizada é eminentemente bibliográfica, realizada por meio da leitura crítica das obras *Da Estrutura à Função*, *A Era dos Direitos e Estado*, *Governo e Sociedade*, bem como de artigos de comentadores e comparação bibliográfica entre Bobbio e outros autores pertinentes.

Palavras-chave: Função Promocional do Direito; Direitos Sociais; Norberto Bobbio; Custo dos Direitos.

ABSTRACT

SILVA, Camila Bergonsi da. *The State in the Guarantee of Social Rights: Norberto Bobbio's Promotional Function of Law and the Cost of Rights*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo, 2025.

ABSTRACT: The current research was developed as part of the requirements for a Master's degree in the *Stricto Sensu* Postgraduate Program in Philosophy at the Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo Campus. The focus of the study is the role of the state in ensuring social rights and its limitations, drawing on Norberto Bobbio's theory of the Promotional Function of Law. The central question of the paper is the state's role in guaranteeing the basic conditions and well-being of individuals in society, as expressed through social rights, particularly in the context of legal norm development amid globalization and the fragmentation of social rights. Based on the question, the general objective is to analyze how the promotional function of law can influence the state's legal system in ensuring social rights, cultivating their development in a society increasingly shaped by the contemporary scenario, and identifying the potential limitations and challenges to state action. The specific objectives of this research are to provide a brief contextualization of the author, the work being studied, and key concepts essential for a comprehensive understanding of the study. Then, it introduced an overview of the main theories influencing the promotional function of law and its effects on the state, including Bobbio's distinction between the liberal and social state, the functional theory of law, and the theory of positive sanctions. Finally, the study analyzes Norberto Bobbio's theory of the promotional function of law and its impact on the realization of social rights in the contemporary context, as well as the potential limitations and obstacles facing the state. This discussion is crucial for advancing the debate on policies aimed at promoting justice and equality within society. The relevance of the research is evident in both academic and social contexts. Academically, it reveals the lack of studies on the subject, as social rights are of utmost importance in the current state and legal framework and have been shaped by Bobbio's thinking, particularly in their constitutionalization in Brazil. Socially, the research underscores the critical role of social rights in ensuring peaceful coexistence in society by guaranteeing basic conditions for the well-being of humans. Moreover, the debate surrounding the state's role in these rights highlights the importance of analyzing and promoting public policies focused on the welfare of individuals. The methodology employed is primarily bibliographical, involving critical readings of works such as *From Structure to Function*, *The Age of Rights*, and *State, Government, and Society*, alongside articles by commentators and comparative analyses between Bobbio and other relevant authors.

KEY WORDS: Promotional Function of Law; Social Rights; Norberto Bobbio; Cost of Rights.

1 INTRODUÇÃO

Abordar os direitos sociais é, necessariamente, falar sobre Estado. Norberto Bobbio demonstra em suas obras a consideração pela segunda geração de direitos fundamentais, a qual nesta pesquisa será referida como sinônimo a direitos sociais, em especial diante da necessidade de intervenção estatal para a sua efetivação. Classificando os direitos fundamentais em três gerações, na obra *A Era dos Direitos*, Bobbio (2012) afirma que cada uma delas tem a sua devida relevância. A primeira geração abrange os direitos inerentes à condição de ser humano, o que não se confunde com o conceito jusnaturalista de direito natural, que não exigem intervenção estatal. Ao contrário, exigem uma abstenção de sua atuação. A segunda geração, que será abordada com mais afinco nesta pesquisa, traz os direitos sociais, como alimentação, saúde, educação, moradia e segurança, que exigem uma prestação estatal para a sua efetivação na sociedade. A terceira geração, por outro lado, abrange os direitos metaindividuais e coletivos, como o meio ambiente.

Partindo desse pressuposto, o tema da presente pesquisa é o estudo da função estatal para a garantia dos direitos sociais, bem como as suas limitações, a partir da teoria da função promocional do direito de Bobbio. Assim, a pesquisa é guiada pela problemática da função do Estado diante da necessidade de garantia das condições básicas e de bem-estar na sociedade, traduzidos pelos direitos sociais. Não somente, também abrange a elaboração das normas jurídicas a partir de uma perspectiva de proteção social pelo Estado, diante da ótica funcional, em um contexto de globalização e fragmentação dos direitos sociais.

Sendo assim, o objetivo geral desta pesquisa é analisar a função promocional do direito diante da possibilidade de proteção dos direitos sociais pelo Estado, a fim de cultivá-los perante uma sociedade cada vez mais fragmentada no cenário contemporâneo, bem como a existência de eventuais limitações e obstáculos para a atuação estatal. Por meio da análise das teorias de Bobbio, pretende-se atingir uma análise da situação estatal atual frente ao dismantelamento do cenário de proteção social e garantia do bem-estar do ser humano.

Nesse sentido, a justificativa deste estudo é ampla e abrangente, pois busca compreender de modo aprofundado o papel do Estado contemporâneo na efetivação dos direitos sociais, por meio do direito como instrumento de organização social. Ao analisar a obra de Bobbio, tem-se a oportunidade de pensar sobre como o direito

promocional desempenha um papel crucial na garantia e proteção desses direitos fundamentais sociais, em especial para aprimorar o debate em torno das políticas públicas. Ao compreender como as leis e regulamentações promocionais são aplicadas e implementadas pelo Estado, pode-se identificar maneiras mais eficazes de promover a justiça social, a igualdade de oportunidades e o bem-estar coletivo. Com esta análise, pode-se desvendar como o Estado, por meio de suas ações e intervenções, pode contribuir para a garantia dos direitos sociais.

Para o desenvolvimento da pesquisa, utiliza-se a metodologia bibliográfica, eminentemente, com intenção de esclarecer os pontos teóricos abordados pelo autor. Sendo assim, realiza-se a revisão e análise crítica da literatura de Norberto Bobbio, em especial das obras *Da Estrutura à Função* (2007), *A Era dos Direitos* (2012) e *Estado, Governo e Sociedade* (2014). Suas contribuições teóricas serão exploradas e contextualizadas dentro do escopo da pesquisa, enriquecendo a análise e fornecendo as informações necessárias para atingir as conclusões pretendidas. Além disso, também a análise de artigos de autores comentadores do filósofo e outras obras bibliográficas pertinentes para a elaboração da teoria. Diante disso, o desenvolvimento da pesquisa terá três capítulos principais.

Inicialmente, o primeiro objetivo é realizar uma breve biografia sobre o autor, bem como a contextualização histórico-social, de forma que possam ser percebidas as influências do meio nas suas obras. Ainda, realiza-se um apanhado geral sobre a obra estudada será realizado, além da conceituação dos direitos sociais para Bobbio. Ao examiná-los sob a sua perspectiva, emergem diversas questões sociológicas e históricas relacionadas às teorias do filósofo. Isso se deve não apenas ao contexto em que o autor estava inserido durante o regime fascista italiano, mas também às dificuldades acadêmicas que enfrentou ao longo de sua vida. Devido à longevidade de Bobbio e à sua participação na política e luta contra o regime político de Mussolini, não é digno de surpresa que a maior parte de seus escritos carregam um forte peso político e jurídico.

Posteriormente, o segundo objetivo é o conceito, características e distinções entre o Estado liberal e o Estado social, sob a perspectiva do autor, de modo a identificar diferentes posicionamentos referentes ao papel do Estado perante a sociedade. Posteriormente, apresenta-se os conceitos de sanção positiva e negativa e a sua influência no desenvolvimento do posicionamento pós-positivista de Bobbio. Assim, neste capítulo será explorada a teoria funcional do direito, que analisa os

fundamentos da própria existência de um ordenamento jurídico, desenvolvida pelo autor em contraponto à teoria estruturalista de Hans Kelsen.

Por fim, o terceiro objetivo é aprofundar no conceito de função promocional do direito de Bobbio. Também, desenvolver o conceito a partir de uma perspectiva contemporânea de intervenção estatal na sociedade para garantir as condições básicas de sobrevivência e bem-estar do ser humano, em um cenário de gradual fragmentação dos direitos sociais decorrente da globalização e conectividade do mundo moderno. Conseqüentemente, pretende-se analisar também a existência de eventuais limitações e obstáculos que o Estado pode enfrentar diante da obrigação de garantia dos direitos sociais.

Diante do exposto, e com consciência da importância da proteção dos direitos fundamentais do ser humano pelo Estado, restam delineados os contornos da pesquisa, razão pela qual passa-se à análise de seu objeto específico.

2 ELEMENTOS BIOGRÁFICOS E CONTEXTUALIZAÇÃO

Antes de iniciar a pesquisa nos seus termos propriamente ditos, é importante realizar um apanhado geral, pois deve-se considerar que a pesquisa será realizada a partir de uma obra específica de Norberto Bobbio, *Da Estrutura à Função* (2007). Primeiramente, será apresentada uma breve biografia de Bobbio, em um contexto histórico-social e geográfico. Posteriormente, também será apresentada uma breve contextualização histórica da Itália no século XX, além de uma abordagem contemporânea. Além disso, também será introduzido o conceito de direitos sociais, a fim de embasar o tema da pesquisa. Por fim, como se trata de um estudo que tem foco em uma obra específica de Bobbio, pretende-se realizar um apanhado geral sobre a obra estudada.

2.1 Breve biografia de Norberto Bobbio

Norberto Bobbio nasceu e foi criado em Turim, região de Piemonte, na Itália. Nascido em 1909 e falecido em 2004, viveu 95 anos, dentre os quais um bom tempo foi dedicado ao ensino acadêmico. Cresceu em uma família aristocrática, pois o pai era médico-cirurgião, tendo estudado em boas escolas, com acesso à educação de alta qualidade, com o tempo e com os privilégios necessários para que se tornasse, de fato, um filósofo (Bobbio, 2002).

Sua vida acadêmica iniciou na Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Turim, em 1927. Foi graduado em 1931, juntamente de nomes também importantes para a história italiana, como Gioele Solari, Piero Gobetti e Renato Treves, todos com perfis antifascistas. Durante a faculdade de Direito e posteriormente de Filosofia, Bobbio estudou Edmund Husserl, tendo se formado com a tese publicada em filosofia do direito, sob orientação acadêmica de Solari, cujo título era *Filosofia e Dogmática do Direito* (Bobbio, 2002).

Logo em seguida, foi admitido para a Faculdade de Letras e Filosofia, tendo se formado em 1933, estudando filosofia teórica. Nesta formação, estudou e publicou sobre *A Fenomenologia de Husserl*. Após as formações, Bobbio manteve contato com o mestre Solari e passou a estudar o neokantismo, uma vez que acreditava que não se separam os estudos filosóficos dos estudos históricos, mas sim defendendo uma doutrina interdisciplinar entre filosofia, direito, política e sociologia. Essa crença de

impossibilidade de separar a filosofia da história encontra-se em uma carta trocada entre Bobbio e Solari, na qual discutiram os percursos futuros de Bobbio na academia, de 28 de agosto de 1931 (Losano, 2022). Investigar e pensar filosoficamente sobre o direito sempre foi um dos grandes impulsos da filosofia de Bobbio.

Dito isso, em 1934, Bobbio consegue a cadeira de livre docência em Filosofia do Direito. Segundo Losano (2022, p. 74), a vida de Bobbio, tanto quanto a de todos que nasceram pouco antes do início da Primeira Guerra Mundial, foi dividida entre “o antes e o depois do fascismo”. Esse momento de ruptura foi modular para formação de caráter, carreira e destino dos jovens da época, que viram seus sonhos serem interrompidos pelas guerras que irrompiam no continente europeu.

A região de Turim na Itália possuía um forte movimento antifascista, em especial durante os primeiros anos da ascensão do movimento e da Primeira Guerra. Nesse período, Bobbio ainda não demonstrava publicamente a oposição ao regime fascista, mas frequentou um grupo de antifascistas que por vezes se reuniam: o grupo Justiça e Liberdade. Em março de 1934, dois jovens participantes desse grupo foram presos na Suíça por propaganda antifascista. Bobbio não passou ileso e foi alinhado ao grupo durante as várias prisões dos membros do grupo, apesar de ter-lhe sido somente aplicada uma sanção administrativa de restrição de locomoção no período da noite. Entretanto, a carreira de Bobbio já estava em risco em razão de suspeitas do governo de que fazia parte dos movimentos antifascistas. Tanto que em julho de 1935, Bobbio enviou uma carta diretamente a Benito Mussolini, afirmando – de forma ensaiada e coagida – a sua conformidade ao regime (Bobbio, 2002).

Sobre esse episódio, Losano afirma que foi desenterrada na tentativa de manchar o prestígio posterior de Bobbio, sendo que durante todo o início e o restante de sua vida se manifestou fortemente contrário ao regime fascista. Segundo o autor (2022, p. 81-82): “O evento da carta de Bobbio a Mussolini é apenas um aspecto daquela ‘máquina de lama’ que, nos vinte anos de governo Berlusconi, era ativada para deslegitimar os adversários políticos”.

Apesar da detenção, a declaração meramente formal de apoio ao regime lhe rende a continuidade da carreira de Bobbio na academia e, portanto, em 1938 é chamado pela Universidade de Siena, onde ocupou a cadeira de Filosofia do Direito e, posteriormente, em 1940, consegue a cadeira de professor de Direito na Faculdade de Jurisprudência em Pádua, na qual passou a lecionar naquele ano. Naquele período, o controle dos docentes universitários pelo governo era reforçado e, portanto,

destituíram do cargo todos aqueles que se recusaram a prestar o compromisso ao governo. Segundo Losano (2022) e Vannuchi (2010), apenas 15, dos mais de mil e duzentos professores do colegiado, não fizeram o juramento formal e foram afastados imediatamente.

Mesmo com o juramento formal, Bobbio prosseguia não sendo considerado confiável pelo governo. Em 1941 se filiou de forma clandestina ao Partido de Ação, fundado por militantes antifascistas que primavam pela liberdade civil, surgindo da união entre os sociais-liberais e os liberais socialistas, defendendo os ideais democráticos e laicos. O grupo unificou a resistência ao governo de Mussolini na Itália e permaneceu fazendo oposição. Por essa filiação clandestina, Bobbio é novamente preso entre 1943 e 1944. A descoberta da filiação clandestina e a antiga desconfiança custaram a Bobbio a exclusão de seu cargo de docente da universidade (Bobbio, 2002).

Já em 1945, com a libertação da Itália do regime fascista, Bobbio dedica um tempo a contribuir para o *Giustizia e Libertá*, o diário turinense do Partido de Ação, mantendo a sua convicção antifascista em pauta. Contudo, como a Segunda Guerra Mundial já havia terminado, em parte a vida dos cidadãos e, também, de Bobbio, foi retornando ao ritmo normal de trabalho e ensino. Em 1948, Bobbio foi nomeado professor titular na Universidade de Turim, permanecendo de forma estável até 1972. Durante esses anos, Bobbio se dedicou ao estudo das teorias jurídicas, à criação de novas e revisou e redesenhou pensamentos de filósofos que lhe serviram de inspiração, tanto para a parte crítica quanto para corroborar-lhe as teses (Bobbio, 2002).

Posteriormente, em 1962, passou a lecionar também Ciência Política na Universidade de Turim. A próxima mudança ocorre em 1972, quando Bobbio recebe a cadeira de Filosofia Política, na mesma Universidade de Turim. A partir desse período, Bobbio passa a ser muito mais ativo politicamente na Itália, após a publicação de vários artigos sobre os estudos realizados ao longo da vida, incluindo, principalmente, assuntos como guerra e paz, Estado e sociedade e política moderna. Em 1976, o filósofo começa a escrever com regularidade para o jornal *La Stampa*¹ (Bobbio, 2002).

¹ O acesso ao jornal pode ser realizado pelo sítio eletrônico <https://www.lastampa.it/>, apesar de não ter sido sucedido o acesso à edição original citada. Acesso em: 21 set. 2023.

Já em 1978, Bobbio participa da elaboração do Partido Socialista da Itália, ocasião na qual já possuía muito reconhecimento externo pelas suas obras, mas em especial as que ganham destaque foram aquelas que tratavam sobre o tema guerra e paz, tão pertinente naquela época. No ano seguinte, Bobbio se retira da carreira acadêmica e passa a publicar somente em revistas e jornais da Itália. Posteriormente, as obras de Bobbio passaram a ser traduzidas e espalhadas pelo mundo em grande escala. Em vista do seu prestígio político, durante a guerra OTAN x Iraque em 1991, Bobbio tomou um partido ainda mais ativo na política, participando por meio da imprensa, demonstrando que sua posição era notoriamente antifascista (Losano, 2022).

Dito isso, percebe-se que Bobbio passou por duas fases importantes durante sua trajetória acadêmica: a primeira, para um pensamento mais político; a segunda, eminentemente estrutural, sob o pensamento de Kelsen, tendo passado anos de sua vida se identificando como positivista. Na fase mais voltada para o pensamento jurídico, Bobbio passa a adotar um apontamento mais voltado para a área sociológica da teoria do direito, que é quando se lança da ideia do direito com função promocional (Losano, 2022).

É por esta e outras razões que os estudiosos de Bobbio encontram dificuldade de enquadrá-lo em um movimento ou classificá-lo em alguma linha de pensamento específica, como o positivismo, por exemplo. Isto se dá em razão da sua flexibilidade em compreender as insuficiências e a relevância de determinados estudos e pensamentos, sem deixar de possuir uma opinião concreta sobre ela. É nesse momento que se percebe que Bobbio possui um caráter de questionador, como Vannuchi o descreve, com um perfil desvinculado de rótulos acadêmicos. Nas palavras de Vannuchi, citando Bobbio em uma conferência de Miguel Reale:

Visitando a Universidade de Brasília em 1983, respondendo à conferência introdutória de Miguel Reale, Norberto Bobbio confirma esse seu perfil independente: 'Compreendo a dificuldade encontrada pelo professor Reale ao querer apresentar uma definição da minha filosofia. E isso simplesmente porque tal definição não existe. Sempre afastei a tentação de atribuir-me um *ismo* qualquer, como idealismo, realismo, materialismo, espiritualismo, etc. Recusei sempre uma tal qualificação [...]. Os *ismos* fecham. Quando uma corrente de pensamento assume um desses *ismos*, torna-se fechado. Assim, quando o pensamento de Marx se torna marxismo, transforma-se num sistema fechado. O mesmo se diga do pensamento de Kant quando se transforma em kantismo, para não falar em hegelianismo' (Vannuchi, 2010, p. 15).

Em síntese, as ideias de Bobbio não podem ser enquadradas nestes “ismos” que tanto se pretende no meio acadêmico. Os pilares principais de suas ideias trazem sempre a tolerância, humildade, liberdade e respeito, sejam elas políticas, jurídicas, puramente filosóficas ou sociológicas.

2.2 Contexto histórico-social italiano

Após verificar um pouco sobre a trajetória de Bobbio, é importante também analisar o contexto histórico e social no qual estava inserido, uma vez que influencia diretamente no seu pensamento acerca do papel do Estado e do direito na sociedade. Sendo assim, neste tópico, será realizado um apanhado geral sobre o surgimento do fascismo na Itália e os seus efeitos para a sociedade civil, considerando que seus efeitos e reflexos repercutiram mesmo após o término das guerras.

Segundo Paris (1976), a região norte da Itália, onde Bobbio nasceu e viveu, sempre foi mais desenvolvida economicamente do que o sul. O capital francês e britânico ingressou em Piemonte e foi conquistando o restante da Itália com o decorrer do tempo. O Sul, portanto, apresenta características mais pobres, incitando o ânimo revolucionário e não conservador. A inexistência de uma reforma agrária que proporcionasse igualdade de recursos às regiões culmina na discrepância entre os modos de pensar, passando a ser uma peça-chave na acumulação de capital no norte da Itália.

Ainda de acordo com Paris (1976), em 1874, estava em vigência uma forte política protecionista, que desequilibrou o mercado financeiro, fazendo necessário que a Itália recorresse a empréstimos exteriores. Com o fortalecimento das indústrias no país, entra o mercado francês e britânico incentivando o seu crescimento, cujo principal produto era o aço. Os desequilíbrios causados pelo protecionismo, contudo, começaram a aparecer pelo sul do país, pois a maior produção de cereais era no Norte e centro da Itália, enquanto o sul continuava deficiente.

A crise italiana, que já durava alguns anos, potencializou-se com a crise financeira mundial de 1890. O Partido Socialista foi criado em 1892 e o surgimento do movimento fascista na Itália deu início em 1893 e 1894. Paris (1976) aponta que foi resultado da industrialização forçada do país que desestabilizou a dinâmica social. No

início do século seguinte, a produção de aço triplicou na Itália, potencializando o crescimento da indústria, de forma que o protecionismo permaneceu e ficou ainda mais forte na política econômica do país. Contudo, após 1907, o agravamento da crise financeira freou o progresso da indústria italiana. A situação financeira do país melhorou com o surgimento de uma indústria inesperada, nova e sem concorrência: a indústria automobilística.

Durante anos, a Itália conviveu com conflitos de território, invasões e disputas na península. Nesse contexto, seguindo a ideia da unificação, a sensação de pátria e pertencimento gerou nas tropas o desejo de conseguir mais territórios para englobar aos seus. A existência das indústrias foi essencial nesse período de ascensão do fascismo para criar a ideia de uma nação proletária, conceito este criado por Corradini, político da época. Nessa esperança de retomar um ideal de pertencimento nacionalista, foi disseminado na Itália a ideia de que existiam Estados mais fortes, com intuito de dominação, e Estados mais fracos, que deveriam ser dominados. A fim de evitar que a Itália se tornasse, portanto, uma das nações fracas, a ideia foi sendo espalhada pelo país até que um senso de pertencimento vigorava na Itália (Bernardo, 2014).

Não à toa, a tentativa de revolução dos socialistas foi um fracasso. O sul da Itália sofria com a falta de recursos, a desigualdade e a falta de neutralidade do governo nos conflitos econômicos entre as regiões. Todos esses ideais serviram, posteriormente, para Benito Mussolini implantar o fascismo em sua mais pura e cruel forma, durante as guerras mundiais. Por volta de 1913, começaram a ganhar força as novas classes trabalhadoras desvinculadas de sindicalismo ou tradicionalismo político, em especial na região de Turim e outras cidades industriais, desestabilizando uma política nacionalista e proletária que a pouco havia sido instaurada na Itália (Paris, 1976).

Com a eclosão da Primeira Guerra, em 1914, o ideal fascista estava em pleno surgimento. A guerra foi, sob a ótica histórica, o que corroborou com os princípios da doutrina nacionalista, potencializando uma suposta “revolução” mundial, sob os pretextos italianos da época. Durante as disputas na tentativa de conquistar os territórios austro-húngaros e alemães, a Itália teve participação intensa.

Ao final da Primeira Guerra Mundial, o governo italiano proclamou a sua neutralidade. Conforme Paris (1976, p. 52): “Em 1914, a Itália já estava ligada à Alemanha e à Áustria-Hungria, desde 1882, por um pacto de aliança a que Giolitti,

enquanto melhoravam as relações com a França, tentara dar um caráter estritamente defensivo”. Já em 1915, o Pacto de Londres foi assinado, no qual a Itália, perante a França, Grã-Bretanha e Rússia, tomou o lado contrário à Alemanha e Áustria-Hungria, declarando-lhes guerra. Pouco tempo depois, o intervencionismo toma conta da política italiana. Aderida por Mussolini, era um movimento fascista de uma minoria que era favorecida pelo governo. O intervencionismo contrariava os dogmas socialistas, proletários, camponeses e católicos, especialmente o Vaticano e a Áustria-Hungria, majoritariamente cristãos.

Com a ascensão de Mussolini na política italiana, seus antigos ideais socialistas foram sendo abandonados em prol de uma visão nacionalista e autoritária, como afirma Caron (2015). O movimento fascista começou a se consolidar a partir de 1915 com a publicação de seu primeiro manifesto, reunindo gradualmente adeptos por todo o país. Mesmo durante a Primeira Guerra Mundial, o nacionalismo de guerra italiano já ganhava força. Após o conflito, a crise econômica e moral aumentou o descontentamento da população, o que deu origem ao chamado "*diciannovismo*", movimento de revolta contra o governo, conforme Paris (1976). Mussolini aproveitou-se desse cenário para impulsionar seu discurso de “santa vingança popular”, que evoluiu em 1920 para uma nova fase do fascismo.

Apesar da vitória na Primeira Guerra, a Itália sentia-se traída pelas potências aliadas, pois parte dos territórios prometidos continuava sob domínio austro-húngaro. Essa frustração gerou um sentimento de derrota e injustiça, intensificado pelas falhas dos governantes. O fascismo ganhou espaço com ataques à oposição e uso estratégico da propaganda. Ao tentar mobilizar os ex-combatentes e os descontentes, Mussolini propôs a ideia de uma “nação proletária”, combatendo os ideais socialistas e a influência da Revolução Russa. Para firmar sua ideologia, ele iniciou ataques sistemáticos ao Partido Socialista, buscando consolidar uma identidade fascista mais forte, conforme Caron (2015).

Em 1921, mesmo com uma tentativa de pacificação entre fascistas e socialistas, o movimento passou por instabilidade e acabou se organizando oficialmente com a criação do Partido Nacional Fascista, conforme afirma Paris (1976). A partir daí, instaurou-se um regime autoritário, com perseguição aos opositores e exigência de lealdade total ao partido. Intelectuais como Norberto Bobbio foram alvos do regime — ele chegou a ser preso e exilado por ligações com grupos antifascistas (Bobbio, 2002). A repressão foi intensa, especialmente no Sul, onde o

apoio popular era limitado devido ao descaso do governo com a agricultura (Caron, 2015). No Norte, apesar do crescimento industrial, regiões como Turim ainda resistiam ao fascismo, mostrando os limites da aceitação popular ao regime.

Conforme Salun (2012), quando em 1939 irrompe a guerra mundial, as tropas alemãs e italianas já estavam alinhadas entre si. O Pacto de Aço² foi assinado pela Itália e Alemanha em 22 de maio de 1939, formalizando a aliança que já vinha sendo formada. A guerra, portanto, se seguiu pelos próximos anos com a participação da Itália, em especial na região do Mediterrâneo. Ainda que estivesse cada vez mais frágil e com muitas mortes dos combatentes, seguia ao lado da Alemanha, sob comando de Mussolini.

Ainda de acordo com Salun (2012), foi somente após a Batalha de Stalingrado, em 1943, que a Itália rompeu o vínculo com a Alemanha. Após a derrota alemã, Mussolini foi derrubado do poder e preso, e a Itália se alinhou aos Aliados (Reino Unido, França, União Soviética e Estados Unidos). Então, o país declarou guerra à ex-aliada Alemanha e se uniu à oposição do regime nazista.

Em síntese, a participação da Itália na Segunda Guerra custou não somente milhares de mortes de soldados e civis, mas também o atraso no desenvolvimento da indústria, o quase abandono da agricultura no sul do país e o gasto de milhares de libras na indústria bélica. Os rumos tomados pela economia indicavam, cada vez mais, uma crise da democracia liberal, não somente na Itália, mas em todo o mundo.

2.3 As três gerações dos direitos fundamentais

Considerando que a presente pesquisa se deita sobre a análise dos direitos sociais, faz-se pertinente breve elucidação quanto à classificação dos direitos fundamentais³ de uma forma geral. Cumpre ressaltar que os direitos fundamentais, a

² O Pacto de Aço foi uma aliança formada entre a Itália fascista e a Alemanha nazista, para fornecimento de mútuo apoio bélico e militar nos casos de ameaças. Firmado em 22 de maio de 1939, o pacto também previa que nenhuma das partes poderia declarar paz sem o consentimento da outra. Pouco depois do início da Segunda Guerra Mundial, a aliança firmada foi a externalização da coesão de ideias entre os líderes fascistas dos dois países (Salun, 2012).

³ É importante, de forma inicial, realizar uma distinção técnica acerca dos conceitos de direitos humanos e direitos fundamentais. Sarlet (2017) ensina que a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais está no âmbito de reconhecimento e proteção. Direitos humanos são aqueles reconhecidos internacionalmente, destinados a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade ou do sistema jurídico a que pertencem. Já os direitos fundamentais são os direitos

partir de uma ótica cosmopolita, são caracterizados como uma forma de proteção do ser humano, visando garantir a integridade e dignidade. Ao mesmo tempo em que o Estado precisa garantir a efetividade desses direitos, estes também servem como uma forma de limitação à arbitrariedade do poder estatal, conferindo aos direitos fundamentais um caráter ambivalente.

Partindo desse pressuposto, o processo de implementação dos direitos fundamentais dependeu de uma profunda e lenta transformação das instituições jurídicas e políticas. Parte dessas mudanças que se fizeram necessárias pode ser atribuída ao contexto das guerras mundiais, conforme mencionado no tópico anterior, uma vez que o contexto histórico-social e econômico interfere diretamente na evolução da atuação estatal. Os estudos filosóficos do direito se guiam dessa implementação e classificam os direitos fundamentais em três dimensões, ou gerações, que são guiadas pelos ideais revolucionários britânico, norte-americano e francês: liberdade, igualdade e fraternidade, respectivamente. A divisão desses direitos em três gerações parte do pressuposto de continuidade e coexistência destes, não havendo relação de inferioridade ou anterioridade de uma para com a outra.

É importante ressaltar que essa classificação dos direitos em dimensões, ou gerações, é alvo de críticas, principalmente em razão da categorização de direitos. Cançado Trindade (2000) afirma se tratar de uma “indemonstrável fantasia”, tendo em vista que a divisão dos direitos em categorias seria um dos principais impedimentos para a sua proteção pelo Estado:

Nunca é demais ressaltar a importância de uma visão *integral* dos direitos humanos. As tentativas de categorização de direitos, os projetos que tentaram - e ainda tentam - privilegiar certos direitos a expensas dos demais, a indemonstrável fantasia das “gerações de direitos”, têm prestado um desserviço à causa da proteção internacional dos direitos humanos. Indivisíveis são todos os direitos humanos, tomados em conjunto, como indivisível é o próprio ser humano, titular desses direitos (Trindade, 2000, p. 126).

Apesar das críticas, a classificação de Bobbio é bem-vista pela comunidade acadêmica contemporânea. Partindo desse pressuposto, Bobbio transmite em seus estudos a essência acerca das gerações dos direitos. A primeira geração está

humanos incorporados e garantidos no ordenamento jurídico interno de um Estado, especialmente na Constituição. Dessa forma, os direitos fundamentais possuem eficácia jurídica direta no âmbito nacional, enquanto os direitos humanos têm projeção universal. Embora os termos sejam muitas vezes usados como sinônimos, ressalta-se a importância jurídica e filosófica da sua distinção técnica.

diretamente relacionada ao ideal da liberdade, a segunda à igualdade e a terceira à fraternidade. Importante ressaltar que as gerações se relacionam entre si e não possuem caráter evolutivo de uma para outra, ou seja, todas abrangem a concepção de que o homem como ser humano é sujeito digno de direitos. Nesse sentido, Bobbio (1997, p. 7) traz:

Os dois valores da liberdade e da igualdade remetem um ao outro no pensamento político e na história. Ambos se enraízam na consideração do homem como pessoa. Ambos pertencem à determinação do conceito de pessoa humana, como ser que se distingue ou pretende se distinguir de todos os outros seres vivos.

Em linhas gerais, os direitos de primeira geração não requerem qualquer tipo de atitude para se efetivarem, sendo direitos individuais quase inerentes à condição de ser humano. São os direitos à vida, integridade, dignidade etc. Os direitos de segunda geração, também tidos como direitos sociais, são os que exigem uma atitude prestacional do Estado para a sua efetivação, como a saúde, educação e direitos trabalhistas. Já os direitos de terceira geração são aqueles metaindividuais, que transcendem a esfera do ser humano e abrangem toda a coletividade, como o meio ambiente.

Nesse sentido, a primeira geração dos direitos fundamentais trata precipuamente do ideal libertário, abrangendo especificamente os direitos naturais primários, mais essenciais ao ser humano e do qual decorrem os demais, como a vida, a integridade física, a intimidade e a propriedade. Por se tratar de direitos eminentemente básicos a todos os ser humanos, os direitos de primeira geração são associados aos direitos naturais, da teoria jusnaturalista. Tendo sido desenvolvidas as teorias quanto à primeira geração entre os séculos XVI e XVIII, observa-se que a corrente filosófica de embasamento é o jusnaturalismo, que defende a existência de direitos anteriores à sociedade e inerentes ao homem em razão dessa condição, propondo a doutrina do direito natural (Sarlet, 2017).

Esses direitos de primeira geração, ao serem positivados pelo Estado, pressupõem a existência de garantias invioláveis do ser humano. Decorrente disso, por serem referentes a condições supostamente inerentes a todo ser humano, a primeira geração é marcada por uma postura, de certa forma, absentéista do Estado perante o ser humano. Isto porque se trata de direitos de dentro de uma esfera de autonomia individual do homem, de modo que para serem garantidos, bastam não ser

retirados. É o caso do direito à vida: para ser garantido, basta o Estado não matar. Acerca do tema, Sarlet (2017, p. 341) descreve:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês) do pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

A percepção pura de que o Estado deve se abster de qualquer atitude para a efetivação dos direitos é equivocada. Isto porque os direitos de primeira geração, apesar de possuírem esse caráter não intervencionista, não se resumem a isso. Afirmam Peixinho e Ferraro (2008, p. 6955) que “mais correto é consignar que os direitos individuais são efetivados tanto pela simples abstenção estadual de não ofender a autonomia individual, quanto pela intervenção do Estado ao obrigar, por meio do monopólio da força”.

A ideia de que a simples abstenção do Estado seria suficiente para proteger os direitos de primeira geração é, portanto, equivocada ou até mesmo ultrapassada. Isto porque a máquina estatal, independentemente do caráter absenteísta ou não, sempre possuirá um custo econômico para que sejam efetivados ou minimamente garantidos esses direitos. Ou seja, sempre há uma necessidade, ainda que pequena, de ação por parte do ente público para garantir que esses direitos não sejam violados, como por exemplo, a simples edição de leis protecionistas. Partindo desse pressuposto, esse caráter eminentemente individualista conferido aos direitos de primeira geração diz respeito à alocação do ser humano como titular único e principal dos direitos. Esse enfoque decorre, principalmente, da percepção jusnaturalista do direito, que determina que os direitos naturais precedem todos os direitos civis e políticos, uma vez que são o fundamento basilar da existência destes.

A partir dessa ideia de que os direitos naturais precedem os demais, um dos principais marcos históricos da existência dos direitos fundamentais é a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada em 1789, que foi de

incomparável importância para a evolução dos direitos fundamentais, em especial civis e políticos (Reis, 2022). A proclamação da Declaração surgiu, segundo Lafer (1988), como uma medida de transferência da fonte da lei ao indivíduo, e não mais a fontes religiosas ou consuetudinárias. Isso ocorreu pois os cidadãos não possuíam mais a sensação de segurança perante a ideia da existência de um Deus, no plano espiritual e temporal, que garantisse a ordem social.

Acerca desse ponto, Bobbio (2012) defende a percepção de que os direitos de primeira geração possuem um caráter muito mais histórico. Significa dizer que a evolução histórica é parte essencial não só para a existência, mas também para a validação desses direitos, uma vez que o Estado surge na condição de garantidor e os indivíduos passam a figurar na sociedade de forma mais orgânica e natural. Nesse sentido, o autor traz a percepção de que a doutrina dos direitos naturais vê a relação entre o indivíduo e o Estado de forma muito mais natural e visceral.

A partir dessa ideia, considerando o ideário da liberdade, Bobbio (1997, p. 48-51) bem coloca que existem liberdades negativas e positivas a serem protegidas pelo Estado, conceituando-as:

Por liberdade negativa, na linguagem política, entende-se a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos.

[...] Por liberdade positiva, entende-se - na linguagem política - a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer de outros. Essa forma de liberdade é também chamada de autodeterminação ou, ainda mais propriamente, de autonomia. A primeira forma de liberdade é negativa porque designa, sobretudo, a ausência de algo (já foi observado que, na linguagem comum, livre em face de é freqüentemente sinônimo de sem que, tanto que o modo mais comum de explicar o que significa que eu agi livremente é dizer que agi sem que...); a segunda é positiva porque indica, ao contrário, a presença de algo, ou seja, de um atributo específico de meu querer, que é precisamente a capacidade de se mover para uma finalidade sem ser movido [*sic*].

Ainda, afirma que a liberdade, no geral, seria um valor aplicável ao homem, não só como indivíduo, mas como ser único, mas genérico, que pertence a um gênero humanitário. Portanto, apesar de ter um caráter individualista, ainda é possível observar a ideia de solidariedade entre os homens. Corroborando com essa ideia, Bonavides (2004) afirma que esses direitos podem ser notados em toda sociedade democrática, através dos direitos civis e políticos, como forma de integração à

sociedade e proteção perante o Estado. O autor reconhece como titular da liberdade o indivíduo, sendo, portanto, direitos de resistência e de oposição perante o Estado.

Por outro lado, diferentemente dos direitos de primeira geração, os direitos de segunda geração se desenvolveram sob um viés utilitarista. A partir dos ideais positivistas é que os direitos de segurança geração passaram a exigir uma postura muito mais ativa do Estado, no sentido de proporcioná-los e garanti-los à população. Os direitos de segunda geração se desenvolveram com mais força entre os séculos XIX e XX, com a ascensão inevitável da classe burguesa. Segundo Bercovici (2013), as revoluções industriais, gerando cada vez mais reflexos na sociedade e o aumento do mercado de trabalho e consumo, foram fatores importantes para notar-se a necessidade cada vez maior de um Estado mais presente, não somente para proteger a economia, mas também as relações trabalhistas, que se tornavam cada vez mais desgastadas.

As condições mínimas de trabalho e sobrevivência, grandes jornadas e baixos salários eram alguns fatores que demonstraram a necessidade de um Estado que protegesse tais direitos. Além disso, a industrialização e crescente expansão do mercado para o contexto internacional também consolidou a necessidade de parâmetros estatais a serem cumpridos pelos empresários. Não bastasse, esse constante crescimento também deu margem para a marginalização e o aumento da desigualdade social, em razão da grande saída da população camponesa para as cidades, que se aglomeravam em centros periféricos. Segundo Silva Júnior (2010), “o sistema liberal que inibia a atuação estatal, provocou o aumento da desigualdade, que obrigou uma transformação da igualdade formal e material, para que não somente uma parcela da população desenvolver-se, mas sua totalidade”.

Assim, deu-se espaço para o crescimento do Estado como entidade protecionista, ao exigir-se um olhar atento aos direitos da população cada vez mais marginalizada em razão das condições trabalhistas e econômicas. A oferta de uma conjuntura favorável aos trabalhadores beneficiou não somente essa classe marginalizada, mas também os empregadores e empresários, de forma que a tentativa de pacificação social era objetivo precípua do Estado. Nesse contexto, a Constituição mexicana, de 1917, e a Constituição alemã de Weimar, de 1919, foram grandes marcos históricos da positivação dos direitos sociais, através da emergência constitucional dos novos direitos, como dita Nunes (2013).

Dito isso, Bobbio entendia que não existiam direitos naturais, mas sim históricos, decorrentes do progresso moral da humanidade que desembocava na criação de direitos e extinção de outros. Ao compreender que o maior problema da filosofia do direito não era entender a origem dos direitos, mas sim a forma de protegê-los, o autor assume uma postura de defesa ao Estado ativo na proteção desses direitos sociais. Nesse sentido, o autor (2012, p. 36-37) discorre:

Cabe considerar, de resto, que as exigências que se concretizam na demanda de uma intervenção pública e de uma prestação de serviços sociais por parte do Estado só podem ser satisfeitas num determinado nível de desenvolvimento econômico e tecnológico; e que, com relação à própria teoria, são precisamente certas transformações sociais e certas inovações técnicas que fazem surgir novas exigências, imprevisíveis e inexecutáveis antes que essas transformações e inovações tivessem ocorrido. Isso nos traz uma ulterior confirmação da sociabilidade, ou da não-naturalidade, desses direitos.

Ressalta-se que ao mesmo tempo que entendia que havia direitos que eram inerentes à condição de ser humano, refuta a existência de direitos naturais que deveriam ser defendidos a qualquer custo e sem questionamentos. Para Bobbio (2012), a natureza do ser humano deveria justificar a defesa de determinados direitos que foram conquistados em razão dela, e não justificar sistemas e valores muitas vezes obsoletos. Nesse sentido, afirma que a reconstrução histórica dos direitos já foi taxada de ser excessivamente linear e não apresentar um progresso contínuo, entendendo justamente que a construção dos direitos é um processo sinuoso e dificultoso, culminando em um progresso de conquista.

Um dos marcos do autor no que tange à defesa dos direitos sociais foi a obra *A Era dos Direitos* (2012), na qual defende essa afirmação histórica dos direitos fundamentais, impulsionado por movimentos proletários e socialistas na época das revoluções industriais. Independentemente da discussão sobre a influência da moral, fato é que Bobbio defende que a moral se materializa na sociedade sob a forma das leis, de modo que a função do direito passa a ser reger a sociedade sob as normas de influência consuetudinária. Esse papel funcional do direito no meio social se demonstra forte na teoria do autor, durante toda a sua obra.

Acerca dos direitos de segunda geração, Bobbio (2012, p. 35) afirma:

É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela “prática” de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado Social.

Nesse sentido, sob a perspectiva revolucionária, como denota Bobbio (2012), a igualdade passa a ser o paradigma rosto da segunda geração de direitos fundamentais, partindo do pressuposto que todos os que visavam proporcionar o bem-estar, não do indivíduo, mas da sociedade, enquadraria-se nessa percepção. Isso significa que a partir desses direitos, o Estado passou a adotar uma postura cada vez mais ativa para proporcionar essa proteção. Direitos como saúde, educação, segurança pública e trabalho, que são comumente referidos como direitos sociais, passaram a ser centrais nas preocupações do Estado para com a sociedade.

Nessa perspectiva, atenta-se ao fato de que os direitos sociais abrangem, sim, direitos de cunho positivo como os mencionados, mas também abrangem os direitos denominados de “liberdades sociais”, como aponta Sarlet (2017, p. 341), que englobam os direitos de sindicalização, greve, reconhecimento dos trabalhadores, férias, salário-mínimo. Assim, os autores apontam que apesar de existir, de fato, o cunho positivo dos direitos sociais, a segunda geração dos direitos fundamentais é tida como um marco evolutivo dos direitos.

Aqui, é importante atentar-se que os direitos sociais se relacionam com a ideia de Estado social, ou seja, caracterizam-se pelo exercício ambivalente do domínio da sociedade pelo Estado, que, ao mesmo tempo, exerce o controle sobre a massa populacional e a garantia de sua dignidade. Conforme Creveld (2004), o controle social passa a ser elemento importante no contexto histórico em que os direitos de segunda geração passam a se tornar relevantes. Isso se dá, pois, ao atribuir ao Estado o poder sobre as principais instituições sociais, como a polícia, o sistema carcerário, educacional e os serviços previdenciários, a promoção dos direitos sociais se torna uma via de mão dupla, potencializando a dominância estatal sobre a sociedade e a possibilidade de controle e balizamento das atitudes humanas.

Sob essa percepção, a ambivalência dos direitos sociais se vale da busca incessante do Estado pelo estabelecimento da paz e da igualdade na sociedade, conforme aponta Reis (2022, p. 46):

A história sempre esteve de mãos dadas com a ambiguidade, avançando em sentidos opostos: em direção à paz ou em direção à guerra, em direção à liberdade ou em direção à opressão, sendo um contrário ao outro, se não existir um, outro entra em cena no seu lugar. Os caminhos para a paz e a liberdade passam pelo caminho do reconhecimento e proteção dos direitos do homem. Ou seja, melhor do que a guerra é a paz, e para que essa seja um caminho certo, é necessário que sejam os direitos do homem reconhecidos e efetivados.

Já a terceira geração dos direitos fundamentais foi desenvolvida no período histórico pós-Segunda Guerra Mundial. Após as barbáries ocorridas no período, o Estado passou a se preocupar com os direitos fundamentais de caráter difuso, ou seja, aqueles que se dirigem a sociedade como um organismo, não aos humanos de forma individual, como forma de garantir, juridicamente, a paz e a continuidade da convivência humana.

O conceito observado pela terceira geração é a fraternidade. Segundo Bonavides (2004, p. 569), os direitos fundamentais de a terceira geração são:

[...] dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado.

A universalidade desses direitos, quase de caráter cosmopolita, são uma forma de interpretação da humanidade, partindo do pressuposto que a sociedade como organismo vivo e coeso merece atenção quanto aos impactos das ações humanas.

Essa concepção também remonta à ideia de solidariedade, conforme apontam Sarlet *et al* (2017), uma vez que a titularidade desses direitos se desprende da figura do indivíduo e passa a ser do grupo humano, da coletividade, de forma transindividual. Os autores apontam, ainda, que os direitos de terceira geração abrangem a percepção de paz, autodeterminação, desenvolvimento, qualidade de vida, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural e comunicação, diante das novas reivindicações sociais a partir do desenvolvimento tecnológico e bélico do século XXI.

A fraternidade e a solidariedade, nesse sentido, denotam uma ideia de titularidade coletiva, indefinida e indeterminável de determinada garantia, uma vez que, apesar de preservar a dimensão individual que lhe é atribuída, também exerce

novas técnicas de garantia e proteção, ao atribuir valores objetivos diferentes a tal. De acordo com Coimbra (2011), não apenas a indeterminação do direito em si, mas também a relevância jurídica a ele atribuída é uma das perspectivas que atribuem a característica da terceira geração.

Partindo desse pressuposto, Coimbra (2011) entende que os direitos de terceira geração devem ser pensados e tratados de forma diferente da primeira e segunda gerações, uma vez que o caráter coletivo do direito fundamental lhe confere uma carga normativa muito maior do que os demais, considerando que não se trata de um conceito meramente formal, mas que leva a uma abertura à abstração jurídica da ideia. Essa percepção de direitos metaindividuais abrange, por exemplo, diferentes percepções morais acerca do mesmo fundamento, razão pela qual é possível que um direito seja fundamental em um país e não fundamental em outro. Diante da existência das diferenças culturais, é natural que os chamados “direitos culturais” sofram essas alterações geopolíticas e sociais.

Sendo assim, Boaventura de Sousa Santos (1989) afirma que os direitos de terceira geração são decorrentes de um período de crescimento histórico da sociedade, em especial decorrente das mudanças sociais e econômicas. Não mais se falava em direitos sociais, visto que o período das guerras mundiais iluminou a sua relevância. Assim, passou-se a se falar de direitos que vão além da individualidade do indivíduo. Nesse sentido, Santos (1989, p. 6) afirma que:

O terceiro período, que estamos a viver, é um período complexo pois se é certo que nele se tem vindo a por em causa os direitos conquistados no período anterior, os direitos sociais e económicos, por outro lado tem-se vindo a lutar, e nalguns países com algum êxito, pelo que se poderia considerar a terceira geração de direitos humanos, os direitos culturais, pós-materialistas, anunciadores de modo de vida alternativos (ecológicos, feministas, pacifistas, anti-racistas, anti-nucleares) [*sic*].

Consequentemente, decorrente das mudanças sociais, os direitos de terceira geração têm sua base estabelecida na primeira e na segunda gerações, considerando o fato que seu caráter cultural e universalista se sustenta na percepção de autonomia e subjetividade da espécie humana. Diante disso, Santos (1989) aponta que são direitos decorrentes de uma crise do próprio conceito de direitos fundamentais, partindo do ponto de vista que o modelo econômico do capitalismo estava cada vez mais consolidado no mundo. Assim, essa ideia de Estado provedor, ou seja, de um

Estado que proporcione o bem-estar passa cada vez mais a ser questionada, colocando em questionamento também os próprios direitos de segunda geração, que, até então, aparentavam ser conquistas irreversíveis.

Nesta toada, a crítica de Santos (1989) aponta que os direitos de terceira geração remontam para uma grave crise civilizacional, decorrente justamente dessa crise social e humana. Considerando, portanto, que o conceito dos direitos de terceira geração teria surgido de uma concepção um pouco mais limitada, haveria a existência de um entrave, um obstáculo, à concretização desses direitos, em razão de possuírem um alto impacto democrático nas relações sociais. Nas palavras do autor (1989, p. 8), “o projecto da modernidade sacralizou o direito e trivializou os direitos [*sic*]”.

Nesse mesmo contexto, Bobbio (2012) discorre acerca dos direitos de terceira geração, no sentido de que sequer poderiam ter sido pensados à época em que os de segunda geração foram reconhecidos, uma vez que, como o homem é um ser histórico, a evolução fez parte também da história das gerações dos direitos, visto que surgiram de acordo com a evolução da sociedade. Não somente, afirma ainda que os direitos de terceira geração nasceram de mudanças sociais decorrentes do desenvolvimento da própria sociedade.

Esse desenvolvimento, entretanto, não culmina na legitimidade de uma tutela internacional dos direitos que se sobreponha à soberania nacional de um Estado. Isto porque não possuem atributos suficientes para serem considerados predominantes em uma cadeia jurídica e legislativa internacional, ou seja, não podem ser impostos pela sociedade internacional (Bobbio, 2012). Coaduna-se com esse pensamento a percepção de que os direitos de terceira geração são manipuláveis de acordo com a moralidade de cada localidade ou Estado, apesar de serem direitos que podem ser considerados benéficos a toda a população mundial (Coimbra, 2011).

Sob essa perspectiva, a crítica de Bobbio (2012) aos direitos de terceira geração se deita no próprio caráter universal dos direitos de terceira geração, uma vez que afirma que são ideias que não passam de aspirações, por não significarem especificamente uma universalidade propriamente dita, mas sim uma mera vontade de obter-se, futuramente, uma legislação que garanta de forma eficaz o direito mencionado:

O que dizer dos direitos de terceira e de quarta geração? A única coisa que até agora se pode dizer é que são expressão de aspirações ideais,

às quais o nome de “direitos” serve unicamente para atribuir um título de nobreza. Proclamar o direito dos indivíduos, não importa em que parte do mundo se encontrem (os direitos do homem são por si mesmos universais), de viver num mundo não poluído não significa mais do que expressar a aspiração a obter uma futura legislação que imponha limites ao uso de substâncias poluentes. Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente (Bobbio, 2012, p. 11).

Diante do exposto no presente tópico, infere-se que Bobbio aborda amplamente as três gerações de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que lhes tece algumas críticas. Portanto, superada a análise dos conceitos mais basilares desta pesquisa, é pertinente a análise mais aprofundada da obra estudada, o que será realizada no próximo capítulo.

2.4 A obra *Da estrutura à função*

Conforme já mencionado anteriormente, os livros de Bobbio não são, exceto algumas exceções, livros sistemáticos propriamente ditos, tendo em vista que são coletâneas de artigos e textos científicos esparsos publicados pelo autor que foram agrupados em livros por seus leitores e estudiosos, por tema. Essa compreensão inicial é importante para obter-se uma consciência maior acerca da obra e dos motivos de estar disposta em capítulos com temas que, aparentemente, não se conversam.

A partir desse pressuposto, a obra estudada não seria diferente, como se denota desde o seu prefácio (Bobbio, 2007). O livro agrega os artigos “A função promocional do direito”; “As sanções positivas”; “Direito e ciências sociais”; “Em direção a uma teoria funcionalista do direito”; “A análise funcional do direito: tendências e problemas”; “Do uso das grandes dicotomias na teoria do direito”; “A grande dicotomia”; “Teoria e ideologia na doutrina de Santi Romano”; “Estrutura e função na teoria do direito de Kelsen” e “Itinerário por Tullio Ascarelli”.

Em um breve resumo, nessa obra, são compilados estudos de Bobbio acerca das teorias estrutural e funcional do direito, das sanções e sua relação com o Estado, a função promocional do direito e da análise de Bobbio sobre Hans Kelsen. De acordo com o prefácio à edição brasileira da obra, redigido por Mário Losano, a obra gira em torno da preocupação de Bobbio com as mudanças sociais que geraram alterações profundas no próprio direito, de forma que o fenômeno merecia ser estudado. Veja-se:

A insatisfação intelectual de Bobbio nasce da constatação de que o moderno Estado Social àquela altura permeara tão profundamente a sociedade a ponto de resultar transformado o próprio direito, enquanto regulador daquela mesma sociedade. Em especial, à sua função repressiva dos comportamentos indesejados se uniu em medida crescente uma função promocional, que se manifesta nos incentivos com os quais o Estado induz aos comportamentos desejados (Losano, 2007, p. XL).

Sendo assim, com a preocupação do autor para entender as mudanças geradas pela sociedade na ordem jurídica, Bobbio (2007) produz essa série de artigos que referenciam a função da lei como essencial na sociedade. A teoria da função do direito, na qual Bobbio estabelece uma relação com o positivismo e o pós-positivismo, é abordada em grande parte destes capítulos, uma vez que esses conceitos tratam da relação entre Estado, direito e validação das fontes do direito. Importante ressaltar que Bobbio não atribuiu a si próprio o rótulo de pós-positivista, mas sim por estudiosos que se dedicaram à análise de suas obras (Gris; Dal Ri, 2018).

Nos estudos mencionados anteriormente, a relação entre Kelsen e Bobbio é bastante relevante quando se aborda as teorias estrutural e funcional do direito. Para Kelsen (2007), a função e a estrutura do direito são elementos distintos a serem estudados na teoria do direito, focando principalmente a estrutura jurídica e analisando as questões teóricas a partir de uma perspectiva de um direito separado da moral. Por outro lado, Bobbio (2007) aborda o direito como uma estrutura complexa de relações sociais entre entidades e pessoas, passando a analisar a função do direito, sua relação com a sociedade e a influência das normas morais no ordenamento jurídico.

A partir disso, uma das principais questões mais técnicas a serem abordadas no próximo capítulo é a diferenciação, para Bobbio, do Estado liberal e do Estado social, ambas definições extremamente importantes para definir a estrutura e/ou função da lei perante o Estado. Bobbio traz o Estado como ferramenta de controle social exercido sobre a sociedade. Ao analisar a ideia progressista do Estado em um momento, seguido da sua evolução para o Estado não-intervencionista e, posteriormente, uma máquina estatal extremamente presente, obtém-se a relevância deste tópico.

Bobbio (2007), portanto, estuda o Estado como instrumento de controle social para determinadas funções, e de direção social para outras, de modo que desenvolve

a teoria do direito promocional a partir da análise das sanções positivas e negativas aplicadas pelo Estado, além de normas de conduta e organização. As sanções positivas são instrumentos normalmente relacionados a incentivos estatais, que visam coibir ou evitar alguns atos que são indesejáveis de serem realizados em sociedade. Enquanto isso, as sanções negativas são aquelas comumente tratadas pelo Estado, ao punir alguma atitude que seja proibida por lei ou até mesmo pela moral social. Já sobre as normas de conduta e organização, Bobbio traz que as primeiras compreendem as normas que regulam as condutas propriamente ditas, ou seja, o que pode ou não ser feito. As segundas, por outro lado, tratam de normas meramente explicativas acerca do papel e das funções delimitadas e estabelecidas para o Estado.

Nesse sentido, Bobbio (2007) dizia que, à época em que a obra estudada foi escrita, era dominante a concepção repressiva do direito, ao atribuir sanções negativas às normas proibitivas. O autor descreveu a teoria do estado proposta por Friedrich Hayek, na qual sugere a ideia de que o Estado liberal projetava um ordenamento jurídico composto por normas de conduta, enquanto o Estado social era composto por normas de organização. Contudo, ainda no Estado liberal também havia as normas de organização, pois para Bobbio um Estado não pode existir sem essas.

Assim, ressaltou a importância do aumento das normas de organização – ainda que não afastasse a ideia do direito tradicional como instrumento protetor/repressivo – mas o aumento das normas técnicas de encorajamento se fez essencial para a figura do Estado contemporâneo. Por isso, para estudar o direito promocional e a sua influência sob a efetivação dos direitos sociais, faz-se necessário desenvolver a evolução do Estado Liberal para o Social. Bobbio traz de forma muito clara e resumida a importância dos conceitos:

Consideremos qualquer uma das constituições dos Estados pós-liberais, como a atual constituição italiana. Nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de tutelar (ou garantir). Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de promover (Bobbio, 2007, p. 13).

Logo no primeiro capítulo, “A função promocional do direito”, há várias menções ao Estado liberal clássico e as diferenças que o Estado social apresenta dele. Bobbio (2007) afirma que as teorias tradicionais possuem uma imagem muito simplificada do

direito e da lei, quando os consideram nada mais que uma figura protetora de atos lícitos e repressiva de atos ilícitos, que são muito mais presentes no Estado Liberal. Nesse sentido, as normas de conduta e organização são conceitos muito importantes para a pesquisa, visto serem essenciais para distinguir os Estados, rever a aplicação da lei neles e a sua função dentro de uma sociedade. Por esse motivo, também se dá especial destaque aos capítulos dois “As sanções positivas” e quatro “Em direção a uma teoria funcionalista do direito”.

Posteriormente, será tratada nesta pesquisa a influência do positivismo e pós-positivismo na obra estudada. Isto porque essas correntes filosóficas estão diretamente atreladas à relação entre Estado e lei, ou seja, a forma de aplicação, a função da lei perante o Estado e o poder do Estado sobre a lei. Essa questão não foi abordada de forma específica na obra de Bobbio que é estudada neste momento, apesar de aparecer em diversos trechos de cada capítulo, em especial em “Do uso das grandes dicotomias nas teorias do direito” e “Da estrutura à função do direito na teoria do direito de Kelsen” (Bobbio, 2007).

Bobbio (2007) traz, nesse último capítulo mencionado, que o pensamento de Kelsen possui um grande vínculo entre a teoria positivista do direito e o relativismo ético, pois ao separar o direito da moral, é necessário levar em consideração que o moral ou imoral, justo ou injusto, são concepções intrínsecas a cada ser humano de forma individual, enquanto o direito não deve se ocupar de tais discussões, devendo ser puramente objetivo com a criação de normas que sirvam de controle social. Quanto a isso, o absolutismo ético é representado pela teoria do direito natural, que também não é plenamente aceita por Bobbio.

Conforme vê-se na obra estudada, o autor defende que o pensamento de Kelsen possui um grande vínculo entre a teoria positivista do direito e o relativismo ético, pois ao separar o direito da moral, é necessário levar em consideração que o moral ou imoral, justo ou injusto, são concepções intrínsecas a cada ser humano de forma individual, enquanto o direito não deve se ocupar de tais discussões, partindo da objetividade. Quanto a isso, o absolutismo ético é representado pela teoria do direito natural, que também não é plenamente aceita por Bobbio. Nesse sentido, o positivismo e o jusnaturalismo, para Kelsen, são formas de se portar perante o direito, mas não se trata de teorias fundamentais para a sua elaboração. Não são, portanto, teorias, mas sim ideologias seguidas pelos indivíduos que depositam o seu juízo de valor acerca da influência ou não da moral nas normas. Ao propor a teoria pura do

direito, Kelsen afirma que é uma doutrina absolutamente “desideologizada” (Bobbio, 2007, p. 194).

Isso surge a partir de um raciocínio que leva o Estado coator a agir com o monopólio da força, a fim de evitar o uso indiscriminado da lei, devendo ter como objetivo finalístico atingir a paz na sociedade. Afirma, ainda, que não é objetivo do direito a paz absoluta, mas relativa, tendo em vista que a liberdade de determinados indivíduos é parcialmente suprimida para poder atingir a paz em uma comunidade. Aqui, é possível verificar uma relação íntima com a teoria de Kant acerca da paz perpétua, que utiliza o instrumento estatal como meio de atingir uma convivência harmônica (Kant, 2008). Entretanto, Kelsen afirma que não se pode considerar o Estado de direito como necessariamente um estado de paz, em razão de que assegurar a paz é uma função periférica do direito. Ao invés de afirmar que o fim do direito é a paz, Kelsen traz o termo segurança coletiva, para torná-lo mais genérico e menos específico.

Considerando que a teoria estrutural possui uma abordagem mais positivista, especialmente quando se analisa sua relação com o Estado liberal, vê-se que a teoria funcional de Bobbio tem um viés muito mais pós-positivista, revelando a conexão das teorias de Bobbio e Kelsen, além da evolução das teorias entre eles. Por isso, autores contemporâneos classificaram Bobbio como um pós-positivista, sendo um dos motivos que ele adota uma postura mais preocupada com os direitos sociais. Isso contrasta com a abordagem estritamente positivista. Portanto, é pertinente explorar essa tensão entre a teoria estrutural positivista e a abordagem pós-positivista de Bobbio, especialmente no contexto dos direitos sociais, como parte do problema de pesquisa (Gris; Dal Ri, 2018).

No que tange às teorias estrutural e funcional do direito, nitidamente, estão muito mais presentes do que os tópicos anteriores na obra estudada, visto que são o foco principal e o critério de agrupamento dos artigos nesse livro. No capítulo “Em direção a uma teoria funcionalista do direito”, Bobbio inicia falando que a teoria estruturalista se sobrepõe, ao menos nos cinquenta anos anteriores à obra, à teoria funcionalista. Traz que, “no seu desenvolvimento posterior à guinada kelseniana, a teoria do direito tenha obedecido muito mais a sugestões estruturalistas do que funcionalistas” (Bobbio, 2007, p. 53). Significa dizer que a sociedade, no geral, se preocupava mais com o modo como o direito era feito do que para que ele servia.

Há uma diferença muito grande em afirmar que o direito, como ordenamento de organização normativa, possui uma estrutura própria, individual, e afirmar que o direito não passa de uma estrutura de relações sociais. E aqui se encontra o ponto essencial da teoria de Kelsen. Apesar de Bobbio assumir que Kelsen não estudou o tema da função do direito, ele reconhece que não é possível dizer que Kelsen nunca se preocupou com isso, pois de fato já foi objeto de estudo. Nesse sentido, o autor defende que, ao estudar a função do direito, Kelsen se limita a apontar que o direito é uma das formas de controle social, na qual o Estado se ocupa em utilizar a força para fazer cumprir a legislação, utilizando-se do termo “ordenamento coativo” (Bobbio, 2007).

O autor traz a importância da análise da função das normas para a sociedade, relacionando-se com o conceito de sanção que será tratado no tópico anterior. Para Bobbio:

Parece difícil subtrair o direito, entendido como grande máquina para o exercício da coação, a toda e qualquer interpretação teleológica, se não por outros motivos, porque entre todos os possíveis fins de um grupo social há um que é mínimo, ou comum, para cuja consecução a técnica social específica que é o direito apresenta-se não apenas como preferível, mas, sobretudo, como necessária: a ordem ou a paz social (Bobbio, 2007, p. 57).

Denota-se que o autor não se desvincula totalmente das ideias de Kelsen (2007), uma vez que ambos tratam a paz social e a ordem como fim maior do direito. Dessa forma, a teoria estrutural, permeada pelo positivismo, considera o direito como um instrumento independente, que não pode existir unicamente com base na moral, nos costumes e nos princípios, tendo em vista, que para assegurar a ordem ou a paz social, é necessário muito mais do que desapego das normas aos costumes, mas também a completa separação entre eles. Já a teoria funcional, cuja marca são as características do pós-positivismo, possui uma abordagem mais sociológica, que considera outras fontes do direito além da legislação, reconhecendo a necessidade de uma intersecção do sistema jurídico com outras disciplinas do conhecimento. Em um dos momentos de crítica ao pensamento de Kelsen, Bobbio traz:

Ele chega a essa interpretação teleológica do direito por um raciocínio deste tipo: para agir como ordenamento coativo, o direito precisa organizar o monopólio da força; este monopólio serve para evitar o uso indiscriminado dela. Isto é, para discriminar quem está autorizado e

quem não está autorizado a utilizá-la; se definimos a paz como a situação em que a força não é utilizada ou é utilizada o mínimo indispensável, devemos concluir que "o direito assegura a paz da comunidade" (Bobbio, 2007, p. 58).

Sobre isso, Bobbio afirma que, apesar de toda a teoria antiteleológica elaborada por Kelsen, há um trecho em que afirma que o direito é uma ferramenta para a promoção da paz. Foi aí que iniciou a pesquisa e estudo sobre o funcionalismo jurídico, pois passou a ser necessário avaliar qual é a função do direito na sociedade. Segundo Bobbio, a posição de teoria jurídica não é ligada ao campo, mas sim ao momento histórico no qual o pensador vive.

Nesse momento faz-se pertinente realizar alguns apontamentos sobre a função promocional do direito. Ao analisar a obra de Bobbio, tem-se a oportunidade de pensar valiosamente sobre como o direito promocional desempenha um papel crucial na garantia e proteção desses direitos fundamentais. O primeiro capítulo do livro é nomeado "A função promocional do direito", que consiste na maior parte do estudo sobre essa função promocional. Contudo, também o capítulo quatro, "Em direção a uma teoria funcionalista do direito", abarca o estudo sobre direito promocional. Nele, é possível observar a relação da função promocional do direito com o Estado, bem como um comparativo entre o pensamento de Bobbio e de Kelsen, no que tange à relação dessa promoção com a estrutura do direito (Bobbio, 2007).

Bobbio afirma que a complexidade do ordenamento jurídico não permitiu o desenvolvimento de uma teoria funcional tão logo, em vista das transformações decorrentes da sociedade industrial que implica em controle social. Contudo, desenvolveu o fenômeno da função promocional do direito, teoria esta que vai além do direito coativo. Contrapondo com a teoria de Kelsen, observa-se que a teoria de Bobbio vai além da noção da sanção como forma negativa de aplicação da lei, de modo que as normas podem ter um caráter positivo ou negativo, da mesma forma as sanções e, assim, surge a função promocional do direito. Enquanto Kelsen desenvolve uma definição formal ao dever do Estado, Bobbio (2007) parte dessa análise a fim de buscar uma definição funcional ao dever de sanção.

A compreensão do funcionamento do direito promocional no contexto dos direitos sociais é de suma importância para aprimorar o debate em torno das políticas públicas. Ao compreender como as leis e regulamentações promocionais são

aplicadas e implementadas pelo Estado, pode-se identificar maneiras mais eficazes de promover a justiça social, a igualdade de oportunidades e o bem-estar coletivo.

Por meio dessa análise, pode-se desvendar como o Estado, por meio de suas ações e intervenções, pode contribuir para a garantia dos direitos sociais, bem como identificar possíveis desafios e obstáculos que ainda precisam ser superados. Além disso, entender o papel do direito promocional na efetivação desses direitos nos permite avaliar a eficácia das políticas atuais e propor melhorias para alcançar uma sociedade mais justa, inclusiva e igualitária.

A partir do exposto neste capítulo, percebe-se a importância da apresentação dos conceitos iniciais para embasar a pesquisa como um todo. Ao apresentar a biografia do autor, contexto histórico e social de sua vivência, bem como a apresentação geral da obra estudada, têm-se um aparato robusto para o desenvolvimento do problema de pesquisa. Além disso, a conceituação dos direitos sociais também é de relevância significativa, em razão da frequência com que aparecerá nos capítulos seguintes. Dito isso, adentra-se, a partir do segundo capítulo, nos conceitos mais trabalhados por Bobbio, como a teoria funcional do direito, as sanções positivas. Também será introduzido o pensamento do autor referente ao papel do Estado diante da sociedade, através da comparação entre os Estados liberal e social.

3 O PAPEL DO ESTADO E DO DIREITO NA SOCIEDADE

Superados os conceitos iniciais, neste capítulo será aprofundado o pensamento de Bobbio no que tange ao papel do Estado e do direito na sociedade. Serão apresentados, na primeira parte, a diferenciação para o autor sobre os Estados liberal e social. Na segunda parte, aborda-se o conceito de sanções positivas e negativas. Por fim, na terceira parte, será abordada a teoria funcional do direito e suas diferenças à teoria estrutural do direito.

3.1 O Estado liberal e o Estado social para Bobbio

O termo "Estado" começou e se difundiu pela publicação e imenso prestígio que *O Príncipe*, de Maquiavel, alcançou. Passando por vários períodos de consolidação e ruptura ao longo da história, a figura do Estado se torna cada vez mais importante para a filosofia política e a sua relação com a sociedade. Independente das opiniões diversas sobre o marco inicial dos Estados, seja ele na era moderna com a destituição dos sistemas feudais ou na própria instituição de sociedade, a figura do Estado é representada pela dominação, ideia esta trazida por Bobbio pela sua interpretação de Maquiavel (Bobbio, 2014).

Por isso, duas características são destacadas: o aparato administrativo para prestação de serviços públicos e o monopólio legítimo da força. Sendo essas características essenciais para a estruturação de um Estado, Bobbio defende que pode ir além das funções meramente políticas, firmando-se, portanto, no uso da força de coação para garantia de seu poder, além do exercício das funções puramente administrativas. Nesse sentido, Bobbio (2014) afirma a existência de três tipos de poder dentro da ideia de Estado: o poder econômico, o poder ideológico e o poder político. O primeiro se refere à posse de bens e riquezas, propriedades e distribuição de renda. O segundo trata da posse do saber, ou seja, conhecimentos, informações e códigos que poderiam influenciar o comportamento da sociedade, por exemplo, as leis. O terceiro poder diz respeito à possibilidade do uso da força, é o poder coativo e impositivo do Estado.

Assim, de acordo com Bobbio (2014), sendo legítimo o Estado para exercer essa autoridade sobre a sociedade, tem-se que a riqueza do estudo sobre essa instituição se dá de uma relação acadêmica com as instituições sociais, o indivíduo, o

governante e os próprios Estados. Longe de esgotar as questões sobre espécies, gêneros e origem do Estado, é importante compreender que a continuidade dessa instituição depende da relação com a sociedade (e vice-versa), independentemente da forma que se entenda essa relação.

Diante disso, Bobbio (2014) traz três concepções acerca da relação Estado-sociedade. A primeira, negativamente, traz a esfera das relações sociais que não são reguladas pelo Estado. Considerando o Estado como órgão de coação, a existência da sociedade civil infere na existência de direitos naturais que pertencem aos indivíduos e grupos sociais, nos quais a atuação do Estado seria unicamente de se abster. Essa ideia se relacionaria com o poder invisível da concepção liberal, tendo em vista que, assim como na economia, a existência desses direitos pressupõe uma autorregulação pela própria sociedade. Essa doutrina jusnaturalista teria, portanto, muita relação com a concepção do Estado liberal. A segunda, sob um viés positivo, traz que a sociedade civil possui uma conotação axiológica que poderia ser positiva ou negativa. A terceira, incorporando-se as duas teorias, têm-se a que a sociedade ideal é uma sociedade sem Estado, auto-organizada, em que tenha havido a "reabsorção da sociedade política pela sociedade civil" (Bobbio, 2014, p. 35). O Estado totalitário seria justamente o contrário, em que a sociedade política absorve completamente a sociedade civil.

Bobbio (1983, p. 686) já se referia ao liberalismo como "uma definição difícil". Não obstante, atribuía ao liberalismo o correto funcionamento da democracia, defendendo que o Estado democrático, por si só, não seria capaz de garantir os direitos e liberdades fundamentais (Bobbio, 1986). Em outras palavras, Bobbio parece interpretar que a democracia seria meramente uma consequência histórica do liberalismo, por meio da conciliação entre a liberdade negativa do liberalismo e a liberdade positiva do Estado social.

É importante ressaltar que Bobbio demonstra ter uma visão eurocêntrica sobre o assunto, o que o faz reconhecer que o liberalismo foi a ideia menos mundializada entre as ideologias europeias, tendo em vista que não obteve tanto sucesso nos outros países:

[...] na era da descolonização, o Liberalismo é a menos exportada ou exportável entre as ideologias nascidas na Europa, como a democracia, o nacionalismo, o socialismo, o catolicismo social, que tiveram um enorme sucesso nos países do Terceiro Mundo. É a única,

entre as várias ideologias européias, que não consegue realizar seu potencial cosmopolita, que é comum também à democracia e ao socialismo. Nisto, talvez, seja possível encontrar, em sentido negativo, um critério para dar uma definição do Liberalismo (Bobbio, 1983, p. 687).

A partir de uma perspectiva histórica, tem-se o liberalismo como expressão de liberdades privadas, podendo adotar uma perspectiva axiologicamente neutra sob o posicionamento progressista e conservador, apresentando uma concepção de liberdades civis e econômicas. Bobbio (1983) afirma que adjetivar algo como liberal, portanto, pode significar desde a redescoberta da democracia até a aplicabilidade do Estado mínimo sob a visão econômica.

Além disso, Bobbio (2014) também trata da questão da propriedade no debate acerca do Estado liberal. É relevante tratar dessa questão justamente por ser um ponto de definição do que é público e o que é privado, o que pertenceria à sociedade e ao Estado. Para o autor, o direito público é um corpo sistemático de normas e um conjunto de organismos de decisão e de execução. Assim, a inviolabilidade da propriedade privada seria um dos princípios da concepção liberal de Estado, tanto quanto a proteção da vida e da liberdade individual.

Nesse sentido, a ambivalência da propriedade perante o Estado assume um papel relevante quando se trata da definição de modelo estatal. A publicização do privado e a privatização do público não são processos inversos, mas complementares, considerando que o primeiro trata da prevalência do público sobre o privado e da política sobre a economia, e o segundo trata do Estado que assumiria um papel de fragmentação perante a sociedade civil. A partir desse contexto, Bobbio (2014, p. 27) afirma que:

O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social.

Essa dicotomia entre o público e o privado representa importante discussão quando se trata de conceituação e posicionamento do Estado liberal, visto que representa o nexos entre governantes e governados, que assumem papel desigual nessa relação. Porém, não somente a desigualdade entre o poder do Estado perante a sociedade, mas também o papel do Estado no solucionamento dessas

desigualdades, e é nesse contexto que Bobbio (2014) traz a ideia de justiça comutativa e justiça distributiva, que perfeitamente se encaixam na discussão aqui mencionada.

Questionar-se sobre a desigualdade na sociedade também tem grande relação com a conceituação de Estado liberal, quando se coloca em relação se o melhor para a sociedade seria preconizar as trocas justas de riquezas na relação comercial ou a sua distribuição pelo Estado. Veja-se que, no modelo liberal, o Estado assume a posição neutra no que diz respeito às riquezas e distribuição de propriedades privadas entre os indivíduos. Assim, apesar da habitualidade da adoção da justiça comutativa pelo Estado, Bobbio (2014) defende a ideia de uma justiça distributiva, com o uso do poder estatal para igualização das condições dos desiguais.

Essa relação entre Estado e sociedade abrange não somente o modo com que o Estado exerce o governo, mas também seus limites e imposições em todas as áreas da vida societária, conversando com as discussões sobre Estado e direito, Estado e política, Estado e coerção, Estado e proteção.

A partir dessa perspectiva, Bobbio (1986) entende a importância do Estado na sociedade, assumindo a posição de social-liberal, quando aborda a dicotomia entre liberalismo e socialismo puros de modo que não assume um lado ou outro, mas diz que são antíteses fadadas a se atenuar na medida em que a sociedade se afasta de movimentos influenciados pelo marxismo. A posição social-liberal de Bobbio resta clara quando se analisa a percepção de que os direitos e liberdades fundamentais não poderiam, por si só, serem mantidos sem um Estado liberal, ou seja, que a dicotomia social-liberal não são, necessariamente, contrapostas, mas uma continuação e complemento. Ambos os modelos, para o autor, seriam indissociáveis do conceito de democracia.

Bobbio defende, nessa perspectiva, que o liberalismo poderia ser uma teoria embasadora da democracia. Essa ideia de democracia liberal, segundo o autor, seria o mais adequado para a defesa dos interesses populares sem atingir os fundamentos econômicos de não-intervenção. Veja-se que essa concepção protecionista do Estado não atingiria a ideia liberal, tendo em vista que Bobbio (2014) defende que essa função estatal de proteção e conservação dos direitos mínimos seria a própria base de uma democracia popular liberal.

O Estado como portador da soberania popular pode enfatizar duas faces de um modelo econômico e político: um de valorização da individualidade da sociedade civil perante o Estado e outro de um Estado portador da vontade geral pública. Sobre esse

pressuposto, Lafer (1988, p. 122) afirma que “a passagem do Estado absolutista para o Estado de direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso de poder do todo em relação ao indivíduo”.

A soberania popular, nesse sentido, pode ser alcançada pela não-intervenção do Estado nos institutos da sociedade civil ou da economia, isto porque o Estado Liberal atuaria como mero garantidor do mínimo existencial. Conforme Bobbio (2014), essa concepção absenteísta do Estado perante a sociedade e a economia teria um caráter de limitação do poder coativo, porém sem limitar a soberania popular e sem atingir o liberalismo econômico, que somente poderia ser alcançada pela intervenção do Estado em algumas questões como saúde, educação e segurança.

Em *O futuro da democracia* (1986), Bobbio defende que o liberalismo puro já estaria ultrapassado e deveria ser atualizado pelas mudanças sociais e econômicas, o que demonstra essa perspectiva de que o poder liberal deveria abranger a justiça distributiva, com base em princípios equitativos, o que representa a sua tendência ao social-liberalismo. Essa perspectiva demonstra a necessidade de que o poder liberal abranja também a justiça distributiva, com base em princípios equitativos, garantindo não apenas direitos formais, mas também condições materiais para o exercício efetivo da liberdade.

Na concepção absenteísta da máquina estatal, Bobbio (2014) coloca como ponto principal a ausência da finalidade da felicidade na atividade do Estado. Isto é, considerando que todo Estado precisa ter uma finalidade, no Estado Liberal seria a manutenção da ordem, ao contrário do Estado Social que preconiza a felicidade dos indivíduos como fim precípua. Nesse sentido, Bobbio afirma que a defesa externa e a manutenção da ordem interna são as finalidades do Estado em sua acepção liberal, considerando que o liberalismo não significa a ausência do Estado, mas sim a sua limitação de atuação à garantia da soberania externa e ordem interna.

Assim, conforme a sociedade avança sob a forma do livre mercado, na concepção econômica, o Estado assume a postura de um “mal necessário”, que deveria ser minimalista para cumprir as suas funções, o que acaba por se tornar o denominador comum das maiores expressões liberais. De acordo com o autor, o Estado absenteísta assume essa postura mínima para garantir meramente as próprias funções estatais, o que não significa que o ideal seria uma sociedade sem Estado. Bobbio (2014, p. 129) até mesmo afirma: “Melhor o Estado que a anarquia”, e nesse

contexto defende que, enquanto um ente supra funcional, assume os comandos de coordenação da sociedade, e não o seu domínio.

Por outro lado, quando trata da figura do Estado intervencionista, ou Estado social, Bobbio enfatiza que a finalidade precípua estatal seria a felicidade dos indivíduos, perseguindo os bens ultraterrenos. Essa finalidade reflete a principal característica do Estado social, que é a necessidade de uma figura estatal intervencionista para o fim de proteger os objetivos últimos do ser humano, independentemente de sua concepção de indivíduo e sociedade. Significa dizer, portanto, que o Estado social poderia ser uma resposta às inúmeras teorias de Estado que defendem a ideia de uma figura mais presente, em nome da garantia (Bobbio, 2014).

Veja-se que Bobbio (1986, p. 131) trata do Estado Social sob uma visão pessimista em vários trechos de seus escritos, afirmando inclusive que a sociedade poderia sobreviver sem o aparato de coerção que seria o Estado:

Portanto, fim do Estado quer dizer nascimento de uma sociedade que pode sobreviver e prosperar sem a necessidade de um aparato de coerção. Vale dizer, que além do Estado mínimo que se libertou primeiro do monopólio do poder ideológico, permitindo a expressão das mais diversas crenças religiosas e opiniões políticas, depois do monopólio do poder econômico, permitindo a livre posse e a livre transmissão dos bens, existe como termo final da emancipação do não-Estado em relação ao Estado a sociedade sem Estado, que se libertou inclusive da necessidade do poder coativo.

Afastando-se da ideia de que um Estado está limitado a utilizar a sua função puramente repressiva, Bobbio (2018, p. 229) afirma que o Estado paternalista, ou seja, aquele que protege e cuida de seus cidadãos, seria um “remédio necessário para os povos que ainda não atingiram a maturidade”. Após considerar a concepção negativa do autor sobre o Estado social, é importante ressaltar que esta não o impediu de reconhecer a importância de uma figura de governo para a sociedade. Isto porque, em sua percepção, o ideal de sociedade sem Estado é um ideal meramente universalista. Assim, conforme já mencionado anteriormente, Bobbio (2014) era veemente quanto a sua posição contrária ao anarquismo, afirmando que era necessário um Estado para domar a “besta selvagem” que seria a sociedade. Não somente isso, mas também seria necessário, sob uma visão mais otimista, para

proteger o homem do próprio homem, o homem da religião e o homem do próprio capitalismo.

Entretanto, ainda que Bobbio tenha uma visão negativa sobre essa figura, é importante determinar os conceitos positivos acerca do Estado social, a fim de contrapor opiniões diferentes sobre uma forma de Estado que permaneceu presente na sociedade. Segundo Bercovici (2013), o Estado social é caracterizado pela ambivalência, sob a perspectiva que, ao mesmo tempo se abstém de interferir na vida privada dos indivíduos, deve intervir o suficiente para garantir-lhe uma condição de vida digna, possuindo como obrigação a observância do mínimo existencial. Não somente para isso, mas também para garantir a estabilidade entre as classes trabalhadora e empresária, operária e burguesa, contexto que foi bastante potencializado após a industrialização na sociedade.

Esse aumento potencial das indústrias ocasionou o aumento da intervenção estatal na sociedade e, conseqüentemente, o emprego dessa postura proativa. Bobbio, em *A era dos direitos* (2012), utiliza essa classificação dos Estados para embasar a sua opinião de que o Estado deve acompanhar as mudanças da sociedade, ou seja, quanto maior a transformação social, maior será a necessidade de um Estado para garantir que o restante do aparato acompanhe essa mudança. Assim, o Estado social seria um modo de o poder se moldar na evolução humana.

De igual modo, o autor também aponta que o Estado social surge como uma forma de estatização da sociedade, além do processo inverso de socialização do Estado. Esse processo revela-se a partir da ampliação da participação política, econômica e social, sem deixar de lado o caráter do intervencionismo. Diante disso, Bobbio afirma que “sociedade e Estado atuam como dois momentos necessários, separados, mas contíguos, distintos, mas independentes, do sistema social em sua complexidade e em sua articulação interna” (Bobbio, 2014, p. 52).

Nesse sentido, a sensibilidade estatal frente a questões sociais, econômicas e culturais funcionaria como um limitador à intervenção, ao que seria razoável ao Estado intervir ou não. Habermas (2015), falando sobre isso, afirma que justamente por este motivo é que o Estado social já estaria fadado ao fim, em razão da necessidade de reestruturação da máquina pública. Em especial após a Segunda Guerra Mundial, superar as atrocidades cometidas dependeria de resguardar direitos e estabilizar a economia, o que não poderia ser feito com o Estado social.

Partindo desse pressuposto de diferenciação entre Estado social e Estado liberal, têm-se também o dilema acerca do limite da atuação da máquina pública em ambos. Independentemente de ser mais ou menos absenteísta, a depender a qual dos dois se refira, os direitos fundamentais atuam como um limitador da ação, funcionando como uma baliza do que seria aceitável em uma sociedade ou não. Sobre isso, Nunes (2013, p. 34-35) discorre:

Em nome desta lógica é que o próprio conceito de democracia passou a integrar o reconhecimento e a garantia dos direitos económicos, sociais e culturais, porque este reconhecimento e esta garantia são agora considerados essenciais para que sejam efetivos os clássicos direitos, liberdades e garantias (principalmente da indissociabilidade dos direitos fundamentais).

As dificuldades contemporâneas no âmbito dos direitos sociais – desemprego e falta de acesso à saúde e educação, por exemplo – sob a visão do Estado social seria de responsabilidade puramente estatal, enquanto sob o pretexto liberal não seria de responsabilidade do Estado o envolvimento nessas questões. Assim, após o desmantelamento dessas duas figuras de Estado, desenvolveram-se teorias de um surgimento de um novo modelo estatal: o Estado pós-democrático. Defendido por Rubens Casara (2017), na obra *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*, esse modelo seria caracterizado como um meio-termo entre ambos os modelos já superados.

Conforme Casara (2017), apesar de possuir raízes neoliberais, o Estado pós-democrático não reconhece a existência da mão-invisível do mercado liberal, mas não ignora a necessidade das liberdades de mercado para garantir o pleno desenvolvimento da economia. Contudo, também tem um caráter ativo na figura mantenedora dos direitos sociais e do mínimo existencial da população. Assim, a responsabilidade por esses fatores recairia sob o Estado, que adota a postura intervencionista.

A partir disso, verifica-se que a função do Estado se torna uma discussão recorrente nos escritos de Bobbio. Questionar-se acerca da necessidade de uma figura estatal política, econômica e burocraticamente independente é essencial para entender o motivo de existir a máquina estatal, qual sua relação com a sociedade e a economia, além da melhor forma de atuação. Diante desse cenário é que Bobbio

desenvolve a teoria funcionalista do direito, que desenvolve justamente qual seria a função precípua do Estado, que será tratada pormenorizadamente no tópico 2.3.

3.2 As sanções positivas e negativas

Antes de tratar especificamente da teoria funcionalista, o debate acerca da função estatal em Bobbio questiona o monopólio da força coativa e a utilização do ordenamento jurídico como instrumento para assegurar a aplicação das sanções. Bobbio (2007) traz que os fundamentos do Estado liberal relacionam a ideia de liberdade negativa e positiva, a fim de justificar a existência das punições do Estado aos indivíduos. A liberdade negativa, segundo o autor, restringiria-se ao conceito de legalidade, ou seja, as proibições somente abrangem as condutas com previsão legal. O indivíduo, enquanto componente da sociedade, não pode ser proibido de agir de acordo com a sua vontade e livre arbítrio, e a função do Estado nesse ponto seria, justamente, proibir algumas condutas específicas por meio dos instrumentos normativos. Já a liberdade positiva é exatamente o contrário, é aquela que possibilita a coação estatal e a aplicação de sanções. A positividade dessa liberdade é, justamente, colocar nas mãos do Estado a capacidade de sancionar aqueles que descumprem os preceitos da legalidade.

Isto posto, a discussão deste tópico abrange a questão das sanções positivas e negativas na perspectiva de Bobbio (2007), relacionando esses conceitos com a importância do positivismo e pós-positivismo para a sua concretização. De acordo com Deo (2020), a filosofia positivista traz, portanto, a concepção de Estado positivo, que aborda o Estado somente como um ente definidor da ordem jurídica superior, estipulando algumas condutas típicas e outras singulares a determinados contextos.

Nesse sentido, os fundamentos liberais do Estado relacionam a ideia de liberdade negativa e positiva, no ideal de legalidade e coação anteriormente tratados. Assim, em primeiro lugar, é preciso pontuar que o Estado é uma figura, na concepção de Bobbio (2007), cuja função é precipuamente de controle social. Esse controle se dá mediante técnicas estatais que são características do Estado Social, em contraponto ao Estado liberal clássico. Em segundo lugar, Bobbio aponta que as teorias tradicionais do direito possuem uma imagem muito simplificada do direito, quando o considera uma figura protetora de atos lícitos e repressiva de atos ilícitos, desconsiderando toda a função do próprio controle social. Ainda, Bobbio afirma,

também, que o direito atinge o objetivo repressivo por meio das sanções negativas, teoria esta que é comum para Jhering e Kelsen, em razão da correlação com a corrente positivista.

Essas sanções negativas se relacionam justamente com a concepção negativista de liberdade, na medida que são um conjunto de normas que marca a passagem do estado de natureza para o estado civil, a passagem do estado sob iminência de guerra para um estado de paz. Para evitar a guerra, portanto, bastariam as sanções negativas para reger a sociedade. Bobbio (2007) descreve um Estado no qual era necessário garantir, além das proibições tidas aqui como sanções negativas, a liberdade recíproca entre os cidadãos, sem interferência entre uns e outros. Entretanto, essa concepção acaba por restringir o papel do Estado e do direito à mera função punitivista criminal, majoritariamente explicitada pelas sanções negativas.

Como um método de impor as normas negativas, Bobbio (2007) aponta três formas que podem impedir ou desincentivar uma ação de ser efetuada: torná-la impossível, difícil ou desvantajosa. Tornando-a desvantajosa, tem-se um contraponto com as sanções positivas, ou seja, quando se pratica determinado ato, é desvantajoso pois à não-prática é atribuída uma vantagem, seja ela financeira ou não, contrariamente às sanções positivas, que desestimulam um comportamento indesejado pelo oferecimento de uma recompensa pela sua abstenção. Nesse sentido, tem-se as medidas diretas, ou seja, aquelas que o Estado assume para obter uma ação em conformidade com as normas, e as indiretas, que não agem diretamente sobre a ação indesejada, atuando pela influência pelos meios psíquicos para que não sejam realizadas. Diante disso, o Estado assistencialista, ou Estado social, prioriza a aplicação das sanções positivas, justamente por serem normas de encorajamento e desincentivo, e não de punição, afastando a ideia de que o Estado parte da sanção como regra.

Assim, a questão das sanções positivas e negativas, segundo Bobbio (2007), pode ser descrita principalmente pela dicotomia entre comandos e proibições, assim como prêmios e castigos. Considerando, inicialmente, que o conceito de norma se difere do conceito de sanção propriamente dita, tendo em vista que as normas têm função descritiva da conduta proibida, enquanto a sanção é a penalidade propriamente aplicada àquela conduta. Ainda que sejam comumente associadas como sinônimos, a regra se manifesta pela norma, enquanto a sanção, pela punição.

Neste caso, é importante ressaltar, que se fala sobre a sanção negativa, na acepção do termo.

Para fins de contextualização, Bobbio (2007) afirma que existem quatro diferentes situações entre norma e sanção: a) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigos; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos. Na primeira, têm-se as normas positivas, ou seja, aquelas condutas que são incentivadas por meio de concessões aos indivíduos. Na segunda, condutas desincentivadas por castigos, mas não proibidas em si. A terceira, por outro lado, trata das proibições que, quando não praticadas, podem proporcionar um prêmio ao agente, como uma espécie de gratificação. Por fim, em quarto lugar, têm-se as proibições que sofrem algum tipo de punição, as sanções negativas em si próprias. Sob essa percepção, pode haver normas positivas complementadas por sanções negativas caso a conduta não seja cumprida.

À época em que a obra foi escrita, em 1977, Bobbio (2007) dizia que era dominante a concepção repressiva do direito, ao atribuir sanções negativas às normas proibitivas. Essa perspectiva traz à tona a ideia de que o direito serviria, única e exclusivamente, para a punição, como um instrumento de coação estatal. Sendo assim, as normas seriam divididas entre normas de conduta e normas de organização. As primeiras se manifestam na previsão jurídica de ações e omissões permitidas ou proibidas para uma sociedade, sob o fundamento de controle dos indivíduos buscando um bom relacionamento entre a sociedade. As segundas se manifestam como normas cuja função seria de organizar a sociedade, e não controlar os indivíduos, a partir da disposição de condutas permitidas e incentivadas.

Projetar as normas de conduta sob o Estado seria, portanto, uma acepção do Estado liberal, cuja função seria o controle social por meio da punição. Por outro lado, o Estado social seria reflexo das normas de organização social, mitigando as sanções e aumentando os incentivos. Bobbio, em sua obra, discorda dessa proposição dita por Hayek, ao afirmar que as normas de organização também seriam necessárias no Estado liberal. Assim, Bobbio (2007) ressaltou a importância do aumento das normas de organização, ainda que não afastasse a ideia do direito tradicional como instrumento protetor/repressivo, mas o aumento das normas técnicas de encorajamento se fez essencial para a figura do Estado contemporâneo.

Acerca disso, Bobbio (2007, p. 24) traz:

Contudo, a partir do momento em que, devido às exigências do Estado assistencial contemporâneo, o direito não mais se limita a tutelar atos conformes às próprias normas, mas tende a estimular atos inovadores - e, portanto, a sua função não é mais apenas protetora, mas também promocional - surge, paralelamente ao emprego quase exclusivo das sanções negativas, as quais constituem a técnica específica da repressão. um emprego, não importa se ainda limitado, de sanções positivas. que dão vida a uma técnica de estímulo e propulsão a atos considerados socialmente úteis, em lugar da repressão de atos considerados socialmente nocivos.

A partir do exposto sobre as sanções negativas, Bobbio passa a descrever as sanções positivas. Esse tipo de sanção Bobbio descreve como um estímulo à execução ou super execução de comandos e proibições. Enquanto a sanção negativa é um castigo às reações ruins, o prêmio o é à uma ação boa, ou seja, aquelas atitudes que são incentivadas pelo Estado são recebidas com ânimos positivos. Dentre esses prêmios, portanto, pode-se contemplar indenizações, incentivos fiscais, isenções, anistias, etc. O exemplo das vantagens econômicas é frequentemente mais explorado e Bobbio (2007, p. 26) traz, manifestamente, o exemplo de uma isenção fiscal à pessoa que realize uma ação econômica vantajosa para a sociedade, que tem por objetivo induzir a realização dessa prática.

Acerca desse ponto, Bobbio (2007, p. 26) traz que a compensação aos agentes que praticam essas condutas é assumida pelo Estado como uma forma de vantagem:

Mas pode haver também, sanções positivas que visam compensar o agente pelos esforços e pelas dificuldades enfrentadas, ou pelas despesas assumidas, ao proporcionar à sociedade uma vantagem; essas sanções têm valor não de mero reconhecimento, mas (inclusive) de compensação. Podem ser denominadas, melhor do que de prêmios, de indenizações.

Diante disso, Bobbio (2007) também aponta a existência de duas teorias aplicáveis às sanções positivas: a teoria da sanção institucionalizada e a teoria da coação. As sanções institucionalizadas, de acordo com o autor, abrangem aquelas já intrínsecas ao poder estatal, ou seja, relacionadas com o ordenamento normativo, mais do que à regulamentação da força pelo Estado. A teoria da sanção institucionalizada, portanto, seria insuficiente em um contexto estatal para a aplicabilidade das sanções positivas, sendo necessário que se aplique coações para que a força da máquina estatal possa valer para a sociedade.

Nesse ponto, Bobbio (2007) aponta uma distinção da sua teoria com relação à teoria de Kelsen. Bobbio afirma que Kelsen entende que a característica da sanção jurídica consiste no uso da força física do Estado, consistindo a pena em uma execução forçada, obrigatória. Apesar de reconhecer que esta é uma das formas de sanção jurídica, Bobbio compreende que há mais formas de sanções, aludindo, portanto, à importância das sanções positivas para a institucionalização do poder estatal, de forma que a redução do poder coator nada teria em relação com a real força do Estado. A face mais importante dessa questão seria, justamente, o modo como as formas de controle social seriam utilizados pelo Estado para atingir as suas finalidades. A execução secundária de sanções seria, assim, uma forma importante de cumprimento das normas do ordenamento institucionalizado.

A partir desse pressuposto, Bobbio (2007, p. 29) afirma:

[...] podemos dizer que existe um certo consenso em entender como “sanção” a resposta ou a reação que o grupo social manifesta por ocasião de um comportamento por algum motivo relevante de um membro do grupo (relevante no sentido negativo ou positivo, não importa), com o objetivo de exercer um controle sobre o conjunto dos comportamentos sociais e direcioná-los a certos objetivos mais do que a outros.

Partindo desse pressuposto, faz-se a análise dos reflexos do positivismo jurídico na questão dos direitos de segunda geração. Essa corrente jusfilosófica, como opositora do jusnaturalismo, defende que os direitos são decorrentes de um processo histórico após o surgimento das relações sociais entre indivíduos, abrangendo a necessidade de proteção de direitos de cunho coletivo. Aqui, os direitos à saúde, educação e trabalhistas se destacam. Essa concepção utilitarista do direito coloca em pauta a separação das normas e da moral social. Segundo Bobbio (2012), a utilidade do juspositivismo se contrapunha à moralidade do jusnaturalismo, assim o direito estabelecerá o que é útil, não o que é bom. Ainda nesse contexto, o autor também afirma que, para a regulamentação das normas, de forma escrita, é de suma importância para a efetivação destes, contrapondo-se à ideia jusnaturalista, ao afirmar que os direitos naturais sequer seriam classificados como direitos, mas como exigências da condição inerente do ser humano.

Em vista disso, os direitos de segunda geração seriam substancialmente fundamentados no ideal positivista de ordenamento jurídico, partindo do pressuposto

da necessidade de sanções positivas e negativas para a sua efetivação. O positivismo jurídico, portanto, parte como referencial de racionalidade legislativa, afastando-se de certa forma do direito consuetudinário e aproximando-se da concepção utilitarista, ou seja, de que toda previsão legal deve buscar a sua melhor finalidade (Bobbio, 2012).

De forma geral, quando fala de positivismo jurídico, Bobbio reúne seu pensamento em três textos principais, apesar de haver outros: *Teoria da norma jurídica* (2003), *Teoria do ordenamento jurídico* (2019) e *O positivismo jurídico* (2006). Nestes textos, em linhas gerais, Bobbio defende a relação entre o jusnaturalismo e o positivismo, não sendo as teorias totalmente distintas, mas sim afirmando que o direito deve existir em uma tensão que não se resolva em favor de nenhuma destas, levando à prática tanto a austeridade científica quanto a liberdade moral.

Bobbio (2007), inclusive, não é contrário às críticas ao positivismo e à ideia de que essa teoria estaria em crise, juntamente do jusnaturalismo. Com o surgimento de outras fontes do direito, como os costumes e princípios, o autor parte ao estudo da função do ordenamento jurídico para a sociedade, partindo do pressuposto que a função precípua do Estado é a busca pelo bem-estar de seus cidadãos, do mesmo modo em que se ausente das relações entre particulares. Dito isso, Bobbio (2007, p. 34) afirma:

Pouco a pouco, à medida que se tomava consciência da grande mudança histórica produzida pelo advento da sociedade industrial na sociedade civil", antes mesmo que na sociedade política, o direito passou a ser considerado cada vez mais um epifenômeno um momento secundário do desenvolvimento histórico, e visto com desconfiança cada vez maior como instrumento de mudança social.

Essa percepção de que o direito deixou de ser o centro da relação Estado-sociedade e passou a ser instrumento de mudança social reflete um posicionamento importante do autor, que leva estudiosos a enquadrar Bobbio como um pós-positivista. Esse posicionamento lhe é atribuído justamente pela defesa da ideia que, com o passar do tempo, o direito deixou de ser parâmetro para as atitudes humanas e começou a se mover fora dos limites rígidos impostos pela teoria do positivismo. Assim, em razão de defender a possibilidade de existência de direitos fundamentais mesmo antes de serem efetivados, do mesmo modo que entende que a positivação de outros direitos não os torna absolutos, é o que caracteriza Bobbio como pós-positivista, de acordo com Losano (2022).

A partir disso é que Bobbio passa a estudar a fundo a teoria funcionalista do direito, a fim de compreender a função do direito no Estado e na sociedade.

3.3 A teoria funcional do direito de Norberto Bobbio

A discussão acerca das sanções positivas e negativas dá espaço a Bobbio para iniciar a teoria funcionalista do direito, a partir da análise do objeto que se encontraria intrínseco ao ordenamento jurídico. Em específico nos capítulos “Em direção a uma teoria funcionalista do direito” e “A análise funcional do direito: tendências e problemas”, dentro da obra estudada *Da estrutura à função*, Bobbio (2007) fundamenta a sua teoria de que o direito deve ser pautado em uma função essencial que lhe proporcione finalidade. É importante mencionar que grande parte da teoria é desenvolvida pelo autor em comparação à teoria estruturalista, de Hans Kelsen.

Para contextualizar, antes de dar início à análise do desenvolvimento, a teoria estruturalista defende que o direito é uma estrutura que serve à sociedade e funciona como instrumento de controle social. Enquanto isso, a teoria funcionalista, desenvolvida por Bobbio (2007), defende que o direito foi desenvolvido com uma função específica de proporcionar a paz na sociedade, sendo que essa função seria o objeto fundamental de sua existência. Bobbio afirma que, à época em que desenvolveu a teoria, a sociedade, no geral, se preocupava mais com o modo como o direito era feito do que para que ele servia e, por isso, a relevância de estudar a função da lei.

Explica-se a importância de tratar as duas teorias, tendo em vista que versam diretamente sobre a função da legislação perante o Estado e a sociedade. Para Kelsen, a função e a estrutura do direito são elementos distintos a serem estudados na teoria do direito, focando principalmente a estrutura jurídica e analisando as questões teóricas a partir de uma perspectiva de um direito separado da moral (Kelsen, 2007). Por outro lado, Bobbio (2007) aborda o direito como uma estrutura complexa de relações sociais entre entidades e pessoas, passando a analisar a função do direito, sua relação com a sociedade e a influência das normas morais no ordenamento jurídico.

Bobbio traz, assim, a possibilidade de deslocar a repressão do direito à prevenção, ou seja, diminuir as sanções e normas negativas e trazer mais normas de

incentivo. Para Kelsen, a função própria do direito coativo depende da aplicação das sanções negativas aplicadas pelo Estado, compreendendo a aplicação da pena e sua execução. Para Bobbio, por outro lado, um ordenamento social deve aplicar tanto as sanções positivas quanto negativas para obter um funcionamento jurídico finalístico para condicionar o comportamento dos indivíduos a partir de um objetivo de esta conduta ser ou não praticada. Por isso, coloca-se no mesmo plano a recompensa e a pena, sendo duas manifestações distintas da retribuição estatal para determinadas condutas. Nesse sentido, essas teorias se relacionam intimamente com os conceitos de positivismo e pós-positivismo. Isto porque as teorias do direito estudadas por Bobbio abordam a relação das leis com o poder de efetivação e o poder coercitivo dos Estados, por meio das sanções positivas ou negativas (Bobbio, 2007).

Bobbio (2007) argumenta que ambas as teorias estão ligadas por um vínculo estreito, visto que ainda que todo ordenamento jurídico possua uma estrutura, a ela é atribuída uma função específica, devendo assegurar segurança e eficácia ao direito. Assim, Bobbio afirma que, diferentemente de Hart, Kelsen traz a estrutura bem separada da função, aludindo a uma teoria pura do direito, por afirmar que não deve a ciência jurídica se ocupar de estudar a função do direito, uma vez que essa análise deveria ser confiada aos filósofos e sociólogos. Há, inclusive, uma polêmica, como o próprio Bobbio se refere, entre Kelsen e os autores soviéticos, que definem que o direito possui uma função estritamente ligada ao interesse da classe dominante, porém reitera seu pensamento afirmando que o objetivo do direito é ter autonomia normativa própria da estrutura, mas não relacionado ao objeto.

A principal tese de Kelsen, à qual Bobbio se contrapõe, é que o direito seja uma técnica específica de organização social, e esta técnica específica resume-se na organização do aparato coativo. Essa seria uma teoria majoritariamente positivista, da qual Kelsen compartilha, mas não deu origem. Veja-se que Bobbio menciona que, “na obra de Kelsen, não só análise funcional e estrutural estão declaradamente separadas, como essa separação é a base teórica sobre a qual ele funda a exclusão da primeira em favor da segunda” (Bobbio, 2007, p. 54).

Nesse sentido, Bobbio se refere a Kelsen como um estudioso antiteleológico, ou seja, que somente se preocupa com as ideias, mas não com os objetivos delas. Isto porque, na obra, afirmava que a análise estrutural não servia apenas para prevenir que houvesse contaminação ideológica na teoria do direito, mas também desmascarar posições políticas que se alojam nos conceitos tradicionais supostamente neutros da

ciência do direito. Há um abismo teórico em afirmar que o direito, como ordenamento de organização normativa, possui uma estrutura própria, individual, e afirmar que o direito não passa de uma estrutura de relações sociais. E aqui se encontra o ponto essencial da teoria. Apesar de Bobbio assumir que Kelsen não estudou o tema da função do direito, ele reconhece que não é possível dizer que Kelsen nunca se preocupou com isso, pois de fato já foi objeto de estudo (Bobbio, 2007).

Bobbio (2007) afirma que, ao estudar a função do direito, Kelsen se limita a apontar que o direito é uma das formas de controle social, na qual o Estado se ocupa em utilizar a força para fazer cumprir a legislação, utilizando-se do termo “ordenamento coativo” (Bobbio, 2007, p. 58). Contudo, essa teoria se limita a uma concepção instrumental, não uma abordagem funcionalista. Sobre isso, Bobbio afirma que, apesar de toda a teoria antiteleológica elaborada por Kelsen, há menção ao direito como uma ferramenta para a promoção da paz. Isso surge a partir de um raciocínio que leva o Estado coator a agir com o monopólio da força, a fim de evitar o uso indiscriminado da lei, devendo ter como objetivo finalístico atingir a paz na sociedade. Afirma, ainda, que não é objetivo do direito a paz absoluta, mas relativa, tendo em vista que a liberdade de determinados indivíduos é parcialmente suprimida para poder atingir a paz em uma comunidade.

Aqui, é possível verificar uma relação íntima com a teoria de Kant (2008) acerca da paz perpétua, que utiliza o instrumento estatal como meio de atingir uma convivência harmônica. Entretanto, Kelsen afirma que não se pode considerar o Estado de direito como necessariamente um estado de paz, em razão de que assegurar a paz é uma função periférica do direito. Nesse sentido, ao invés de afirmar que o fim do direito é a paz, Kelsen traz a segurança coletiva como finalidade primária, para torná-la mais genérica (Kelsen, 2007).

Contrapondo à teoria de Kelsen, observa-se que a teoria de Bobbio vai além da noção da sanção como forma negativa de aplicação da lei, de modo que as normas podem ter um caráter positivo ou negativo, da mesma forma as sanções e, assim, surge a função promocional do direito. Enquanto Kelsen desenvolve uma definição formal ao dever do Estado, Bobbio parte dessa análise a fim de buscar uma definição funcional ao dever de sanção. Para Kelsen (2007), a função própria do direito coativo depende da aplicação das sanções negativas aplicadas pelo Estado, compreendendo a aplicação da pena e sua execução. Para Bobbio (2007), por outro lado, um ordenamento social deve aplicar tanto as sanções positivas quanto negativas para

obter um funcionamento jurídico finalístico para condicionar o comportamento dos indivíduos a partir de um objetivo de essa conduta ser ou não praticada. Por isso, colocam-se no mesmo plano a recompensa e a pena, sendo duas manifestações distintas da retribuição estatal para determinadas condutas.

Sendo assim, Kelsen descreve que o Estado desenvolve a função de condicionar o comportamento da sociedade para determinados efeitos que seriam desejados, aplicando, portanto, a ideia de que o Estado seria um mero instrumento de controle social. O autor afirma que as sanções positivas têm importância secundária nos ordenamentos coercitivos, de forma que o reconhecimento de honra toma posição periférica (Kelsen, 2007).

A relação do Estado com a atividade econômica é outro ponto relevante nas pesquisas. Nesse contexto, traz-se o Estado liberal e o Estado social para análise. Bobbio (2007) afirma que os dois tipos de Estado são diferentes no que se refere à forma e produção jurídica. Enquanto o liberal possui uma esfera de autonomia privada muito ampla, o Estado social tem uma característica muito mais administrativa, ou seja, seus atos são, em sua maior parte, públicos. Da mesma forma, a regulação da produção normativa, no Estado liberal, se dá pelo particular, por meio dos contratos, enquanto no social é um ato administrativo.

Assim, Bobbio (2007) defende que a concepção de Estado como figura de força é limitada e se tornou insuficiente diante da intervenção do Estado na esfera econômica. Nesse contexto, segundo o autor, o Estado moderno confiou por muito tempo à Igreja o poder ideológico estatal, sem que fosse retirado o poder da força, que era monopolizado. Dessa forma, deixando de lado esse poder ideológico, defende que o Estado contemporâneo aumenta continuamente os recursos disponíveis para exercer todo tipo de poder, até o limite da monopolização dos meios de produção nos Estados coletivistas.

Diante disso, Bobbio (2007, p. 75) questiona a função coatora do Estado, conforme se observa:

Por meio dessa concepção, o direito passa a ser cada vez mais identificado com o ordenamento normativo estatal, salvo quando encontramos traços desse tipo de ordenamento também em outros ordenamentos sociais, como o internacional, que passa a ser comparado a um ordenamento jurídico na medida em que se assemelha, ou tende a assemelhar-se ao estatal. Contudo, é ainda hoje aceitável essa concepção do Estado exclusivamente como

organização da força? Com a ampliação das intervenções do Estado na esfera econômica, essa concepção não se tomou insuficiente, não é uma concepção mínima ou limitada do Estado?

Por outro lado, Bobbio (2007) afirma que a complexidade do ordenamento jurídico não permitiu o desenvolvimento de uma teoria funcional tão logo iniciou os seus estudos, em vista das transformações decorrentes da sociedade industrial que implica em controle social. Considerando o contexto histórico-social do autor, é relevante mencionar que o fenômeno da industrialização exerce grande influência sobre as suas teorias. Dito isso, no desenvolver da teoria funcional do direito, Bobbio entende seu pleno enquadramento na sociedade contemporânea, visto acreditar na necessidade de um ordenamento jurídico que fosse além da materialização de um Estado coator. Assim, o reconhecimento de um Estado intervencionista não seria incompatível com a coatividade, mas complementar à teoria de Kelsen.

Outro ponto relevante é a defesa de que a ascensão de uma sociedade industrial e a globalização, sob o ponto de vista de Bobbio (2007), são fatores responsáveis pela diminuição das funções do Estado na sociedade. Isto porque houve a evolução do Estado liberal para o Estado social, no qual o problema fundamental para uma teoria sociológica do direito passou a ser a verificação paralela das funções do direito na sociedade industrial. Esse ponto de vista é contrário ao que Kelsen (2007) afirma, visto que, de acordo com esse autor, com o declínio do Estado social, o direito passa a ser um instrumento sem uma função específica, disponível para as mais diversas funções que vierem a ser necessárias.

Nesse contexto, Bobbio (2007) trata das teorias de Kelsen e Jhering, afirmando que na história da filosofia do direito havia certa resistência dos filósofos em reconhecer que a finalidade do Estado está entre os seus elementos constitutivos. Não obstante, o autor reconhece que somente a finalidade deve ser claramente estabelecida para que seja suficiente para organizar a convivência humana. Sendo assim, afirma que o Estado moderno nasceu como grande organização da teoria do direito como um conjunto organizado de normas, constituído por diversas camadas e balizados por uma finalidade clarividente.

Ainda, a teoria funcionalista dá destaque à análise acerca da função repressiva do Estado, que sempre lhe foi atribuída e considerada por muitos, segundo o autor, como a única. Entretanto, Bobbio (2007) defende que os meios tradicionais de repressão estatal são bastante influenciados pelas novas tecnologias e formas de

relação social contemporâneas. Sob essa ótica, o direito, além de ter a função de tratar dos problemas sociais também precisa preveni-los, razão pela qual Bobbio defende que o comportamento coletivo deve ser balizado por meio das sanções positivas, ao invés de punido pelas sanções positivas. Diante da visão da teoria estruturalista, uma vez que, ao prevenir um problema, o direito assume uma postura positiva, de evitar uma ação antes que aconteça, evita-se também a aplicação de sanções negativas.

A partir do pressuposto de Bobbio (2007) de que o direito deve ser estudado de acordo com a sua função – e não somente a partir da abordagem estruturalista – têm-se que existem diversas funcionalidades atribuídas ao ordenamento legal para organização da sociedade. Nesse sentido, traz a função distributiva do direito, a qual o autor entende que seria a função pela qual dispõe-se do instrumento jurídico a cada membro de um grupo social, junto dos recursos econômicos e não-econômicos. À época em que elaborou a obra, Bobbio afirma que prevalece a ideia de que o papel do juiz no direito era de produção de normas, sem que houvesse distinção entre judiciário e legislativo. Defende que era atribuído um certo ativismo à função jurisdicional, na medida em que não atuava somente para a aplicação da norma, mas também a sua aplicação. Apesar de reconhecer que atualmente o cenário é outro, é importante entender essa primariedade do estudo para que seja possível estudar essa função distributiva.

Caberia ao Estado estabelecer que houvesse a distinção e correta separação dos poderes – ou funções – estatais, a fim de retirar unicamente do Poder Judiciário o poder de edição de normas. Nesse cenário, observa-se a importância dos costumes, moral e outras fontes do direito para auxiliar o processo jurídico, para que não se torne totalmente legislativo. O aumento da função do Estado no direito, como forma de regular a sua aplicação, é chamado por Bobbio (2007, p. 99) de “consumo jurídico”, que determina a distribuição de tarefas dentro do próprio Estado, refletindo um fenômeno de inflação legislativa.

Entretanto, algumas questões se fazem presentes nos textos de Bobbio (2007) quando se estuda a função do direito. Esmiuçando as dificuldades teóricas, o autor aborda o que é função e o que é direito, além de relacionar os conceitos e analisar o sentido de atribuir uma função a ele. Nesse contexto, abrange dois polos de questionamento: a sociedade como totalidade e os indivíduos componentes de um todo, ou seja, a função do direito deve ser direcionada para regular a integração social

ou para garantir a efetivação de direitos sociais na esfera individual. Nesse ponto, Bobbio se contrapõe às ideias de autores anteriores, em especial de Kelsen, ao afirmar que a grande relevância de estabelecer uma função às normas estatais seria a garantia de direitos intervencionistas, enquanto Kelsen (2007) se faz favorável à concepção de que a regulação da sociedade, em vista da paz social, deveria ser a função precípua de um ordenamento.

Em análise puramente teórica, as normas não possuem sempre o mesmo nível de reflexo social direto e indireto, sendo categorizadas de acordo com a função que exercem em diferentes abordagens, em intermediárias e finalísticas. De acordo com Bobbio (2007), nada impediria que funções intermediárias sirvam para a busca de uma verdadeira função finalística. Trazendo a ambiguidade do termo “direito”, quando se fala de sua função, questiona-se o significado que lhe atribuem, consistindo justamente em consentir que o direito pode ser um instrumento de repressão e um instrumento de prevenção, ao mesmo tempo, ou até mesmo se uma função levaria à outra. Portanto, a teoria funcionalista é tida como uma teoria generalizada, que busca o elemento caracterizador do direito não em sua estrutura, mas na especificidade da função.

4 O CUSTO DOS DIREITOS E A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO

No terceiro e último capítulo desta pesquisa, pretende-se trabalhar a teoria da função promocional do direito para Norberto Bobbio, diante da análise das ferramentas estatais institucionalizadas para promoção dos direitos sociais no aparato estatal. Além disso, também espera-se analisar a efetivação dos direitos sociais em um contexto de globalização e gradual fragmentação da proteção estatal no campo da proteção do ser humano e seu bem-estar. Por fim, neste capítulo, busca-se efetuar a análise da teoria da função promocional no direito de Bobbio como fundamento para a atuação estatal na efetiva proteção dos direitos sociais no contexto das mudanças sociais contemporâneas, bem como as suas limitações, considerando as esferas econômica e financeira, o custo dos direitos e a importância de tê-los em mente para a efetivação da teoria de Bobbio.

4.1 A função promocional do direito

O estudo da função promocional do direito surge na bibliografia de Bobbio (2007) a partir da constatação de que o Estado social resultou na transformação do direito de uma sociedade, de forma tão enraizada que chegou a assumir a posição de regulador das atitudes sociais. Decorrente da ideia de que o Estado não pode possuir somente uma função repressiva de eventuais atos indesejados, mas sim deve assumir uma postura positiva no sentido de defender as atitudes desejáveis e incentivados, Bobbio desenvolve a teoria da função promocional a fim de estudar e comprovar que a atuação estatal ultrapassa o liame da proteção de direitos pela simples abstenção. Isto, defende o autor, depende do desenvolvimento da teoria funcional do direito na esfera prática.

Losano (2007, p. XL), no prefácio da obra objeto principal desta pesquisa, afirma que a transformação da sociedade causou a profunda transformação do direito, na medida em que o Estado se tornava uma figura reguladora e repressiva:

A insatisfação intelectual de Bobbio nasce da constatação de que o moderno Estado Social àquela altura permeara tão profundamente a sociedade a ponto de resultar transformado o próprio direito, enquanto regulador daquela mesma sociedade. Em especial, à sua função

repressiva dos comportamentos indesejados se uniu em medida crescente uma função promocional, que se manifesta nos incentivos com os quais o Estado induz aos comportamentos desejados.

Nesse sentido, Bobbio (2007) afirma que a complexidade do ordenamento jurídico não permitiu o desenvolvimento de uma teoria funcional tão logo, em vista das transformações decorrentes da sociedade industrial que implica em controle social. Portanto, a teoria do autor vai além da noção da sanção como forma negativa de aplicação da lei, de modo que as normas podem ter um caráter positivo ou negativo, da mesma forma as sanções e, assim, surge a função promocional do direito.

A partir dessa ideia de que as normas podem ter um viés positivo na sociedade, como forma de incentivo para determinadas atitudes, remonta-se à percepção de igualdade e justiça que Bobbio (1997) desenvolve durante sua carreira, a partir da percepção de que a igualdade é o ideal do qual decorre a segunda geração de direitos fundamentais. A relevância da análise dessas questões decorre, em especial, da ideia de que a igualdade é um fim a ser buscado pelo Estado durante toda a sua atuação, que percorre a harmonia entre a sociedade como um fim em si mesmo, considerando que deve ser de caráter durável pelo máximo possível, a fim de garantir a pacificidade da convivência humana.

Desse modo, Bobbio (1997) afirma que o significado de igualdade, apesar de polêmico, é genérico, uma vez que todas as fórmulas igualitárias o são. Isto porque, como afirma o autor, é interpretação comum que a igualdade é uma exclusão de discriminações arbitrárias, ou seja, não fundamentada em nenhuma justificativa razoável. Partindo desse pressuposto, questiona-se o autor acerca de quais razões poderiam tornar uma discriminação justificada e qual seria o critério para traduzir as necessidades dos indivíduos de forma objetiva. Diante disso, igualdade e a justiça são conceitos intimamente relacionados, uma vez que, na medida que uma atitude é considerada justa, ela respeita a igualdade desejável para aquele ato, considerando o preceito geral de harmonia de convivência entre os indivíduos. Nesse sentido, Bobbio (1997, p. 15) afirma:

Em outras palavras, uma relação de igualdade é uma meta desejável na medida em que é considerada justa, onde por justa se entende que tal relação tem a ver, de algum modo, com uma ordem a instituir ou a restituir (uma vez abalada), isto é, com um ideal de harmonia das partes de um todo, entre outras coisas porque se considera que somente um todo ordenado tem a possibilidade de durar.

Nesse contexto, Bobbio (1983) desenvolve a ideia de igualdade a partir do preceito distributivo equânime, e não do merecimento. Desenvolve que a distribuição de benefícios pelo Estado deve se dar de forma igualitária e decorrente de características específicas, de mérito relativo, entre os indivíduos, ou seja, não se consideram as atitudes do beneficiário, mas sim as características que estejam dentro do critério de percepção. Não fala em objetividade na distribuição, mas sim na subjetividade e relatividade da existência ou não de determinadas características.

Afastando-se da ideia aristotélica de uma igualdade numérica, Bobbio (1983) trata muito mais de uma igualdade de condições, oportunidades e eliminação das desigualdades. Para ele, a ideia de distribuição deve gerar um benefício ou ônus atribuível ou negável a qualquer pessoa, a depender da existência ou não de alguma característica ou fato específico que decorra daquele critério. Significa que grande parte da teoria de igualdade de Bobbio é desenvolvida a partir da distributividade, seja de renda, de bens, de direitos, de deveres ou outro conceito pertinente. Bobbio (2007) afirma que a igualdade decorre dos critérios de justiça, que devem ser analisados a cada situação de modo distinto, a fim de que a igualdade possa ser considerada a partir de cada caso concreto, para que seja enfim atingida a finalidade da justiça. Significa dizer que a equalização decorre desse critério de justiça, a partir do qual os aspectos devem ser considerados distintivamente, para definir se aquela igualdade seria desejável ou não.

A partir desse ponto de vista, a existência de uma justiça distributiva implicaria na existência também de uma justiça retributiva e atributiva. A retribuição, nesse sentido, adota uma posição de constituição ou reconstituição da igualdade social, enquanto a atribuição trata dos modos e formas com que isso deve ser mantido. Considerando que a justiça não indica, por si só, qual o melhor tratamento a determinado indivíduo, mas se limita a exigir a aplicação igual ou desigual a depender do contexto, a percepção de uma justiça formal pode ser aplicada (Bobbio, 1997).

Sobre isso, Bobbio (1997, p. 25) discorre:

Em nenhuma das acepções historicamente importantes, a máxima pode ser interpretada como uma exigência de que todos os homens sejam iguais em tudo. A ideia que a máxima expressa é que os homens devem ser considerados iguais e tratados como iguais com relação àquelas qualidades que, segundo as diversas concepções do homem e da sociedade, constituem a essência do homem, ou a

natureza humana enquanto distinta da natureza dos outros seres, tais como o livre uso da razão, a capacidade jurídica, a capacidade de possuir, a dignidade social *[sic]*.

Não obstante, um conceito desenvolvido pelo autor é o de igualdade proporcional, decorrente da percepção aristotélica de equidade, ou seja, de atribuição de benefícios maiores àqueles que deles mais necessitam. As desigualdades, nesse ponto, são apenas características atribuíveis aos indivíduos diante das quais é analisada a necessidade distributiva de cada um (Bobbio, 1983). Além disso, também remete à ideia de que igualdade não é, propriamente dita, o antônimo de desigualdade, tendo em vista que o tratamento desigual decorrente de uma justificativa seria a verdadeira igualdade:

O igualitarismo é às vezes definido diretamente em relação à justiça e não indiretamente, ou seja, mediante a relevância. Segundo artigo recente, "o que se opõe verdadeiramente à Igualdade é a desigualdade de tratamento arbitrário, isto é, a desigualdade injustificável ou iníqua". De onde se seguiria que uma desigualdade de tratamento justificável ou equitativa seria "verdadeiramente" igualitária. Então, se a discriminação racial é igualitária ou não, é coisa que dependeria ainda de ela ser considerada justa ou injusta (Bobbio, 1983, p. 602).

Sob esse preceito, denota-se que a figura do Estado assume um papel importante. Bobbio (1997) trata igualdade diante do contexto legal, ou seja, como a ideia de igualdade se comportaria no ordenamento jurídico de uma sociedade. Ele destaca a transição de um modelo de Estado estamental para um Estado liberal burguês, enfatizando que, no primeiro, os cidadãos eram divididos em categorias hierárquicas, o que implicava privilégios para as classes consideradas superiores. Nesse modelo, as desigualdades jurídicas eram evidentes, pois os membros de diferentes estamentos possuíam direitos e deveres desiguais. Em contraste, no Estado Liberal burguês, a noção de cidadania se impõe, eliminando essas distinções e tratando todos os indivíduos da mesma forma perante a lei. Essa percepção acerca do conceito de igualdade reflete a transformação do papel do Estado e das relações jurídicas entre seus cidadãos.

Bobbio (1997) critica justamente a existência de Estados nos quais existem os privilégios indistintos de classes consideradas hierarquicamente superiores, de forma rígida e supervisionada. Significa dizer que a igualdade não decorre,

necessariamente, de colocar todos os indivíduos em condições de igualdade pura e indistinta, tendo em vista que a sociedade decorre, evolutivamente, de um contexto no qual existiam as desigualdades, de forma inquestionável.

Decorrente disso, Bobbio (2007) desenvolve a teoria do direito promocional a partir de uma passagem do Estado liberal para o Estado social, por meio da mudança entre a proteção da atividade produtiva para o direcionamento da atividade econômica. Essa função pode ser exercida por incentivos ou prêmios, sendo o primeiro medidas facilitadoras ao exercício da atividade econômica e o segundo, medidas que oferecem satisfação àqueles que já tenham realizado determinada atividade. Ou seja, o incentivo vem antes da ação, o prêmio vem depois. Nesse sentido, afirma que somente o prêmio é considerado uma sanção positiva, pois o incentivo é apenas uma ação meramente especulativa, não podendo o desincentivo se enquadrar como sanção negativa. As sanções positivas e negativas, como afirma Bobbio (2007), têm relação com o conceito de conduta, que impõe um dever, em uma reação institucionalizada de um grupo social.

Sendo assim, Losano (2007) relata que Bobbio desenvolve o conceito de função promocional do direito a partir justamente da ideia de instituição das sanções positivas, pelos mecanismos de incentivo, por meio do qual se busca atender as necessidades sociais e promover a harmonia social por meio das ações desejáveis. Em suma, a função promocional seria aquela pela qual o Estado passa a adotar uma postura ativa e atuante na sociedade, a fim de garantir o fornecimento de direitos aos indivíduos, bem como o cumprimento de seus deveres básicos.

Sob a mesma ótica, Bobbio (1997) afirma que a igualdade consiste exatamente em tornar uma conduta desejável por ser justa, em um contexto sociologicamente considerado:

Em outras palavras, uma relação de igualdade é uma meta desejável na medida em que é considerada justa, onde por justa se entende que tal relação tem a ver, de algum modo, com uma ordem a instituir ou a restituir (uma vez abalada), isto é, com um ideal de harmonia das partes de um todo, entre outras coisas porque se considera que somente um todo ordenado tem a possibilidade de durar (Bobbio, 1997, p. 15).

Desse modo, Bobbio (2007) afirma que, buscando o fim comum, a delimitação das liberdades individuais passa a ser essencial para que possam os interesses

sociais se tornarem convergentes, na medida que o ordenamento jurídico desempenha o papel de mantenedor da ordem social. Entretanto, não se extingue dessa visão a percepção de que as liberdades individuais são decorrentes de ações políticas e lutas coletivas afirmativas, de modo que a conquista das liberdades é, na verdade, uma reconquista de algo que já havia sido de direito do indivíduo e foi cedido ao aparato estatal para a busca do fim comum mencionado.

A percepção de que o Estado pode adotar a postura de promotor da igualdade, por meio dos incentivos às condutas socialmente desejáveis decorre, então, da ideia de que o indivíduo, ainda que perca uma parcialidade do arbítrio suas ações, cede ao Estado o poder de controle para atingir a harmonia social. Segundo Bobbio (1997), isso não configura um poder arbitrário do Estado, ao tomar essa parcela das ações, uma vez que, para configurar um poder estatal abusivo, deve haver a supressão da liberdade dos indivíduos, o que não ocorre quando se analisa a teoria da função promocional do Estado.

Assim, Bobbio (2007) defende que o direito consegue transitar entre a conservação e a transformação da sociedade quando há um bom funcionamento do aparato coativo. Verifica-se que o Estado não é somente figura meramente conservadora da força coativa, identificada por exemplo pela violência institucionalizada, mas também pode passar uma imagem de mudança e superação da perpetuação das relações de força, partindo para uma figura promocional e garantista.

Por isso é que o papel de promotor do Estado é tido como uma função, e não como uma teoria única do ordenamento jurídico, considerando que são ações individuais condicionadas às percepções de desejável ou não pelo Estado. Diante disso, Bobbio afirma que as medidas de incentivo são justamente a característica principal da função promocional do direito, quando afirma que “em um ordenamento repressivo, o desencorajamento é a técnica típica por meio da qual se realizam as medidas indiretas. Em um ordenamento promocional, a técnica típica das medidas indiretas é o encorajamento” (Bobbio, 2007, p. 16).

Desse modo, a partir da análise funcional da sociedade, Bobbio (2007) considera que há dois objetivos precípuos do aparato estatal: a conservação e a mudança. Atribui-se o valor necessário à inércia estatal, mas também ocorre o mesmo com relação às transformações sociais necessárias. Disso, decorre a importância de tratar os direitos sociais não como uma garantia já existente, mas como uma conquista

social ocasionada pelas transformações e necessidades, como dita o autor (Bobbio, 2012).

Em artigo desenvolvido em crítica à sua própria obra, “A função promocional do direito revisitada”, Bobbio (2018) reconhece que a definição da função promocional, levando em conta somente o uso das funções positivas, pode ter resultado em um argumento circular. Contudo, confirma que os prêmios e incentivos são, de fato, característicos de um Estado com a função promocional presente. A partir desse pressuposto, o autor conclui que a função promocional do direito deriva da percepção de que o direito tradicional se tornou obsoleto na medida que ocorriam mudanças radicais na sociedade, levantando questionamentos acerca da obrigação e necessidade de sanções negativas, pois geram resultados muito restritos em uma sociedade mais modernizada. Assim, o Estado assistencial serviria, de forma geral, de normas de organização. As normas positivas, segundo o autor, marcam a passagem de um Estado liberal para o Estado social, que foi aumentando a função promocional do Estado conseqüentemente.

Nesse contexto, denota-se que a função promocional está intimamente relacionada com a ideia de justiça distributiva adotada pelo Estado. A função distributiva, de acordo com Bobbio (1983), assume uma característica de equidade, partindo de uma visão aristotélica, por meio da divisão de propriedades, honras, bens materiais ou outro objeto divisível entre os que participam do sistema político. Os autores afirmam que a justiça distributiva funciona para o fornecimento do instrumental mínimo ao cidadão, a partir do qual podem ser avaliados méritos e deméritos de cada qual, a fim de chegar a uma conclusão justa e moral.

Sob esse pressuposto, a justiça distributiva segue o princípio de que as necessidades individuais de cada indivíduo devem ser atendidas, pela concessão de benefícios maiores ou menores, em razão do grau averiguado pelo Estado. Preocupa-se, principalmente, com as condições básicas e bens mais fundamentais, para somente então passar a cuidar de bens mais supérfluos à sociedade. Nesta feita, Bobbio (1983) aponta que salários-mínimos, seguro-desemprego e salário-família são considerados princípios fundamentais da justiça distributiva, uma vez que garantem condições proporcionais ao mérito de cada cidadão, bem como sua necessidade diante dos demais, para, então, atingir o mais próximo possível de uma justiça social.

A partir da ótica utilitarista, segundo Greene (2018), que prega que a felicidade é o maior bem que a humanidade pode alcançar em sua convivência em sociedade,

na medida em que se consideram as ações humanas como corretas ou não quando constituem meios adequados para atingir o fim último da felicidade, têm-se que a justiça distributiva atua para atingir a maior média possível de felicidade ou bem-estar na sociedade, ainda que isso signifique uma distribuição desigual dos bens. Seguindo essa linha de pensamento, o utilitarismo é tido como a corrente por meio da qual se busca a maximização da felicidade em um contexto social, buscando proporcionar esse fim para a maior quantidade de pessoas possível.

Entretanto, Bobbio (1983) critica essa visão, justamente por considerar médias aritméticas anuláveis entre si de fatores que não poderiam ser tratados com tamanha exatidão, de modo que ainda que se considere uma média de felicidade e bem-estar entre a população, desconsidera-se completamente a existência de desigualdade de distribuição igualitária das condições. Por isso, os autores defendem três formas que o utilitarismo poderia utilizar para neutralizar a ideia antagônica à justiça distributiva moralmente preferível:

A primeira consiste em reformular o Utilitarismo de tal modo que a justificação de uma ação dependa sempre do valor relativo de suas conseqüências que dizem respeito ao indivíduo que está pior. [...] Um segundo modo pelo qual o partidário do Utilitarismo pode tentar neutralizar a objeção em discussão é o de atribuir à igualdade um certo valor intrínseco positivo e à desigualdade um certo valor intrínseco negativo [...] Uma tentativa de solução deste problema e ao mesmo tempo um terceiro modo que o Utilitarismo pode utilizar, procurando neutralizar a objeção formulada no início deste parágrafo, consiste em introduzir no Utilitarismo o conceito de "média efetiva" [...] [sic] (Bobbio, 1983, p. 1282).

Por outro lado, também é importante observar a justiça distributiva sob a ótica consequencialista, que, de acordo com Greene (2018) trata-se de uma percepção muito mais ampla, ao abordar não somente a felicidade como fim útil da sociedade, mas também a justiça, a equidade e a liberdade. Nesse sentido, Bobbio (2007) defende que a justiça distributiva deve ser considerada como um meio para atingir o fim de controle social necessário ao Estado para a regulação da sociedade como um todo, conferindo aos membros da sociedade os recursos econômicos e não econômicos que necessitem e disponham, com o fim de atingir a finalidade comum. Nesse contexto, Bobbio (2007, p. 97) discorre:

Em qualquer grupo social, a começar pela família, a função do sistema normativo que o rege não é apenas prevenir e reprimir os comportamentos desviantes ou impedir o surgimento de conflitos e facilitar-lhe a composição após seu surgimento, mas também repartir os recursos disponíveis.

Diante disso, a justiça distributiva, conforme anota Bobbio (2007), não serve para extinguir ou mitigar as controvérsias entre particulares, muito menos para reprimir atos danosos. A distribuição equitativa vai além da função protetivo-repressiva do Estado, uma vez que a distribuição dos recursos foi, historicamente, ocorrendo sob o véu dos interesses privados capitalistas, de modo que a justiça distributiva assume no órgão público o papel de ingerir diretamente na economia a fim de garantir a distribuição equitativa. Nesse sentido, a função promocional se distingue da função repressiva, à medida em que a repressão estatal é um conceito mais tradicionalista e observado em sociedades jurídicas que não possuíam movimentos sociais muito fortes.

De acordo com Bobbio (2007, p. 135-136):

Uma análise dos ordenamentos jurídicos dos Estados modernos, a começar pelos documentos constitucionais, em que o termo "promover" suplantou ou colocou de lado o termo "garantir, induz a modificar a imagem tradicional do direito, ou, pelo menos, a perfilar ao seu lado uma nova, na qual a função promocional se sobrepõe à função repressivo-protetiva. Isso não quer dizer que o direito não tenha tido, inclusive no passado, além da função de repressão, também a função de promoção. Contudo, o primeiro tipo de função sempre foi tão predominante que a maior parte das teorias do direito não registraram, nas suas definições do direito, a função de promoção. Aliás, com freqüência, a distinção entre as duas funções serviu de critério para distinguir o direito de outros sistemas de controle social. É exemplo desse ponto de vista a grande obra de Rudolf [von] Jhering, *Der Zweck im Recht*, que sai em busca das quatro alavancas que determinam o movimento social. Dessas quatro alavancas, duas - o prêmio e a pena - movem os impulsos inferiores e duas - o sentimento de dever e o amor - movem os impulsos superiores. Nessa dicotomia, o direito ocupa um lugar bem específico: ele recobre o campo em que age a alavanca da coação, o que equivale a dizer que a sua função é essencialmente repressiva [sic].

Denota-se, ainda, que Bobbio (2007) afirma que a repartição de recursos é consequência natural da realização da justiça social e da superação da insegurança da sociedade perante as desigualdades. Diante disso, o direito promocional para Bobbio (2007) é, além de uma medida de justiça, uma forma também de intervenção

do Estado na economia, com a finalidade de atingir o objetivo de se tornar uma figura programática, respeitando princípios e objetivos que guiam sua atuação. O autor afirma, ainda, que há diferença entre a percepção de promoção e de garantia. Segundo Bobbio (2007), atribuir ao Estado a característica promocional é suplantando a ideia de garantia dos direitos por ele, alterando o significado tradicionalista do direito que se sobrepõe à percepção meramente repressiva do Estado.

Por esse motivo, a função promocional do direito está intimamente ligada à promoção dos direitos de segunda geração, ou direitos sociais, uma vez que ambos estão vinculados à ideia de promoção do bem-estar social e proteção social dos indivíduos. A preocupação do Estado, por intermédio da função promocional, em proporcionar a garantia de acesso aos direitos sociais, culturais e econômicos demonstra que a atuação estatal pode ser fator relevante para facilitar o acesso dos grupos mais vulneráveis às melhores condições de vivência em sociedade, fator de extrema importância para garantir a existência com dignidade.

4.2 Os direitos sociais e a globalização

Bobbio (2007) afirma que a teoria da função promocional do direito não foi desenvolvida a partir de um pensamento contemporâneo, mas sim de uma percepção puramente teórica, de modo que trazer essa teoria à atualidade faz parte do problema da pesquisa. Como Bobbio (2012) menciona, os direitos fundamentais, ainda que sejam basilares, continuam sendo direitos históricos, nascidos em certas oportunidades e circunstâncias históricas, que decorrem da luta por liberdade contra os poderes antigos que já não fazem mais sentido. Nesse sentido, de acordo com Bercovici (2013), partindo de uma ótica histórica, os direitos de segunda geração foram amplamente desenvolvidos na passagem do século XIX ao XX, em razão da ascensão da classe burguesa em uma sociedade cada vez mais capitalista.

A Revolução Industrial e as Revoluções Burguesas ocasionaram uma forte onda de industrialização do mercado, o que aumentou o êxodo rural e, conseqüentemente, a marginalização urbana. De acordo com Silva Junior (2010, s/p), “o sistema liberal que inibia a atuação estatal, provocou o aumento da desigualdade, que obrigou uma transformação da igualdade formal e material, para que não somente uma parcela da população desenvolver-se, mas sua totalidade”. Com o aumento do

campo da indústria, ocorre a ampliação do mercado de trabalho e de consumo, a classe burguesa passa a necessitar de um Estado maior e mais presente, a fim de se expandir no mercado internacional, exercendo seu poder de influência sobre a máquina estatal, regulando a economia. Entretanto, na época, as relações de trabalho ocasionaram condições precárias de trabalho aos operários, que se encontravam à mercê da burguesia para a sobrevivência, em razão das precárias condições de moradia e trabalho (Bercovici, 2013).

Como consequência do aumento da população nos sítios urbanos e a superlotação das áreas marginalizadas, houve o aumento dos índices de violência, fome, miséria e doenças. Entretanto, esse fato não era benéfico para a classe burguesa. Trabalhadores doentes e fracos não são bons trabalhadores. Por isso, surge a necessidade de que o Estado assumira uma postura relativamente protetora, para que fossem oferecidas a essa classe marginalizada condições mínimas de moradia e saúde, além de garantir a continuidade dos lucros dos empresários. É nesse momento que surgem os direitos de segunda geração, cuja principal característica é a proatividade do Estado para promover a – tentativa de – equiparação de relações sociais (Bercovici, 2013).

Diante da detenção do monopólio da força pelo Estado, Bobbio (2012) defende que os direitos de segunda geração são reflexos utilitaristas e consequencialistas das ações sociais no próprio ordenamento jurídico, uma vez que, ao mesmo tempo em que visam estabelecer uma boa convivência entre os indivíduos de uma sociedade, pretendem garantir as condições de vida mínimas para eles. A partir das garantias básicas dos direitos sociais, o Estado busca a maximização dessa finalidade, por meio da oferta de condições mínimas de vivência social, razão pela qual se considera que é impossível atingir a finalidade da felicidade humana sem que haja essa garantia das condições básicas de existência. Por isso, considera-se que os direitos sociais são aqueles que visam garantir condições mínimas de bem-estar e dignidade para todos os indivíduos em uma sociedade, com o objetivo de reduzir desigualdades e promover a justiça social. Esses direitos abrangem áreas fundamentais da vida humana, como saúde, educação, trabalho, moradia, alimentação, previdência social e assistência social, por serem as áreas pilares para a garantia de uma sobrevivência de forma minimamente digna do ser humano em sociedade.

Como já mencionado, os direitos sociais são conhecidos como direitos de segunda geração, pois foram consolidados a partir do século XIX e início do século

XX, em um contexto de fortalecimento do Estado e de crescente preocupação com as condições de vida das classes trabalhadoras. Enquanto os direitos de primeira geração, também chamados de direitos civis e políticos, foram focados na liberdade individual e na proteção contra abusos de poder, os direitos sociais visam a garantir condições materiais mínimas para uma vida digna (Bobbio, 1997).

Essa classificação reflete a ideia de que os direitos sociais não são apenas uma extensão dos direitos fundamentais, mas também uma necessidade para que a igualdade seja alcançada. Por exemplo, o direito à educação e à saúde vai além da simples liberdade de escolher ou de acessar serviços, pois implica o dever do Estado de oferecer esses serviços a todos, sem discriminação, e de maneira que atendam às necessidades da população, especialmente das camadas mais vulneráveis (Bobbio, 1997).

Portanto, os direitos sociais são considerados direitos de segunda geração porque surgiram em um segundo momento, após os direitos civis e políticos, como uma resposta à necessidade de garantir não só a liberdade, mas também a igualdade material, que é essencial para a verdadeira emancipação do ser humano. Conforme a afirmação de Bobbio (2012) de que os direitos são historicamente conquistados, e não decorrentes de características inerentes dos seres humanos, os direitos sociais foram conquistados como uma forma de superação de questões históricas que levavam à desigualdade.

Contribuindo com o pensamento de Bobbio, Lafer (1988, p. 147) discorre:

Com efeito, os direitos humanos enquanto conquista histórica e política, ou seja, uma invenção humana, estavam vinculados à solução de problemas de convivência coletiva dentro de uma comunidade política. É por isso que, no âmbito desta, o próprio cerceamento dos direitos humanos por força de lei não significa perder os benefícios da legalidade.

Nesse sentido, a necessidade de sobrevivência do ser humano se sobrepõe ao altruísmo ou egoísmo tribal, independentemente de qual dos dois se analise, uma vez que, em última instância, a preservação da vida e o acesso a condições mínimas de existência são fatores fundamentais para a manutenção de qualquer grupo social, seja ele uma tribo ou uma sociedade mais ampla. A busca por subsistência e segurança, em todos os seus aspectos, constitui uma base essencial para a convivência humana e para o desenvolvimento de uma coletividade. Nesse contexto, cabe à instituição

estatal a responsabilidade de garantir que os indivíduos, não importa sua origem ou contexto, tenham acesso às condições necessárias para a sua sobrevivência e dignidade. O Estado, adotando a função de organização da vida social, deve assegurar que os indivíduos da sociedade possam satisfazer suas necessidades básicas para que possam não apenas sobreviver, mas também se integrar plenamente ao tecido social, com plenas oportunidades de participar ativamente na sociedade (Bobbio, 2012).

Portanto, o Estado não age apenas como ser um regulador das relações sociais, mas também como um garantidor, criando uma estrutura que permita a todos viverem de maneira justa, com igualdade de oportunidades, e que favoreça a construção de uma sociedade mais equitativa e harmoniosa. Assim, a garantia dessas condições mínimas de vida não é apenas uma questão de benevolência ou filantropia, mas uma obrigação ética e política que visa a promoção da justiça social e o fortalecimento da coesão social como um todo (Bobbio, 2012). Nesse sentido, Holmes e Sunstein (2019, p. 201) apontam que “[...] os direitos de bem-estar social compensam os pobres por não ter tanto acesso quanto os ricos aos direitos supostamente garantidos a todos”.

Além disso, Lafer (1988) contribui significativamente para a discussão ao afirmar que os direitos sociais têm como um de seus objetivos a proteção das minorias, oferecendo condições que, pelo menos em teoria, possibilitam a equalização entre as diferentes classes sociais. Dessa forma, a convivência entre classes heterogêneas é aprimorada ou, ao menos, atenuada por meio de políticas públicas que promovem condições de igualdade. Essas condições são construídas pelo Estado, que, através das normas que regem a organização da comunidade política, busca assegurar um tratamento mais justo e equitativo entre os diversos grupos da sociedade.

Sendo assim, partindo de uma abordagem mais contemporânea, observa-se que o sistema capitalista atualmente se configura como modelo econômico dominante, e é caracterizado por uma série de instabilidades intrínsecas, que se manifestam de maneira acentuada no contexto da intervenção estatal nas dinâmicas sociais e econômicas. Bobbio (2007), apesar de não ser um teórico da área da economia, analisa também a complexa interdependência entre Estado, economia e sociedade, considerando o contexto socioeconômico e histórico em que essas interações ocorrem. Bobbio (2007), ao refletir sobre o equilíbrio entre os interesses

individuais e coletivos, propõe uma análise crítica das funções do Estado, enfatizando os desafios impostos pelas desigualdades econômicas e sociais, e as tensões entre o liberalismo econômico e as necessidades de uma intervenção reguladora do poder público. Essa abordagem teórica se revela essencial para compreender as dinâmicas atuais do capitalismo, as quais estão em constante transformação e sujeitas às forças de mercado, mas também à necessidade de políticas públicas que busquem mitigar suas contradições e desigualdades.

A crise das instituições protecionistas, conforme aponta Deo (2020), é um marco importante para começar a análise acerca da relação entre Estado, sociedade, economia e política. Com a globalização premente, houve o aumento do comércio internacional e a interdependência entre os países. Esse contexto, a partir do qual houve a integração entre a comunidade internacional, acabou por tornar as políticas protecionistas menos eficazes. Na visão de Deo (2020), a maior crise estrutural capitalista se deu em meados de 2007 e 2008, em âmbito mundial, ocorrida em razão de alguns fatores como a crise da bolha imobiliária dos Estados Unidos da América e inovações hipotecárias. A crise financeira global, apontada por Deo (2020) como estopim para o início da ruptura do capitalismo contemporâneo, desencadeou uma recessão mundial, atingindo desde as menores economias até grandes potências econômicas. Diante disso, por intermédio de reformas estruturais, flexibilização de direitos e contratos, fragilização dos sindicatos e pela transformação da morfologia da classe proletária, o Estado encontra base para atuar nesse campo sem deixar de lado a livre iniciativa econômica das empresas e indivíduos.

Observada desde a época de Bobbio (1986), essa crise econômico-social atingiu proporções globais que repercutiram em todos os setores da sociedade. De acordo com Deo (2020), o aumento da miséria, da informalidade e da criminalidade, bem como da marginalização de comunidades e aumento do desemprego representam os reflexos dos maus caminhos econômicos daquela época. Assim, adotando-se uma ideia neoliberal de economia, acreditava-se que a abstenção do Estado perante a ordem econômica seria a forma mais viável de solucionar o problema, já que o mundo vinha experimentando uma onda de problemas que causaram a insatisfação popular com a figura do Estado. Não obstante, a ocorrência de momentos de recessão econômica comprovou a necessidade de um Estado, ainda que minimamente, presente e atuante na sociedade para garantir algumas condições básicas.

Segundo Deo (2020), essas mudanças na economia ocasionadas pela crise do capital impulsionaram uma profunda alteração na configuração da relação Estado-economia. Uma vez que o neoliberalismo afasta a figura do ser humano do centro da economia, observa-se o crescimento de uma hegemonia burguesa, potencializando-se a existência de classes miseráveis. De acordo com Bercovici (2013), o neoliberalismo desencadeou uma campanha entre os setores economicamente mais fortes, ou seja, a burguesia, que combatia os direitos e garantias sociais constitucionalmente previstos, visando a destruição de qualquer possibilidade de fortalecimento da classe trabalhadora, perpetuando a situação de crise econômica e mantendo as classes economicamente poderosas no topo da cadeia capitalista. Esse comportamento, segundo o autor, é algo que se consolidou na sociedade atualmente, conforme o neoliberalismo se concretizava.

Nesse contexto, quando analisa a questão da função promocional do direito alguns anos após o desenvolvimento da teoria, Bobbio (2018) verifica que o processo de industrialização foi algo que afetou muito no aumento das tarefas do Estado para com a sociedade. A existência de uma doutrina puramente liberal contribuiu para que a função repressiva do Estado se perpetuasse na sociedade contemporânea. Entretanto, aponta a importância da figura de um Estado paternalista, ou seja, que não se preocupa somente com a garantia das liberdades dos indivíduos da sociedade, mas também proporciona todas as condições necessárias como auxílios econômico e moral. Nas palavras do autor (2018, p. 229):

O que estava errado neste trecho era o fato de ter conectado o aumento das tarefas do Estado ao processo de industrialização. [...] era justo destacar como a doutrina liberal do Estado, cujo núcleo fundamental é a redução das tarefas do Estado ao mínimo indispensável, tivesse contribuído para reforçar a teoria tradicional da função puramente repressiva-protetora do direito que se reduzia em comandar, proibir e punir, segundo a famosa passagem de Modestino. Basta retomar, mesmo que só por um momento, a constante polêmica dos escritores liberais, como Kant, Humboldt, Constant, contra o Estado paternalista, entendido justamente como o Estado que não se limita a garantir a liberdade dos seus cidadãos, mas os ajuda com medidas de natureza econômica e com auxílios morais, como faz o pai com o filho menor de idade, e aceito, eventualmente (como será para John Stuart Mill) como remédio necessário para os povos que ainda não atingiram a maturidade.

Acerca dessa figura do Estado, Creveld (2004, p. 309-310) aponta que, “[...] depois de estabelecer um domínio firme sobre o intelecto dos jovens, o Estado passou à tentativa de conquistar a lealdade dos que tinham idade suficiente para perceber que seus verdadeiros interesses consistiam não em circo, mas em pão”. A análise desse trecho pode ser feita a partir de Estados sociais, que buscam majoritariamente a proteção da sociedade, ou a partir de Estados autoritários, uma vez que as técnicas de controle social passam a ser viáveis ao exercer técnicas de dominação pelo Estado, permitindo a perpetuação da submissão da sociedade aos órgãos de poder. Assim, o "pão", enquanto necessidade básica, passa a ser oferecido como uma forma de manter a ordem social e a estabilidade política, sem permitir que a população questione a estrutura de poder estabelecida.

O controle das ideias e o controle material se interligam, criando um vínculo ambivalente entre o fornecimento de direitos sociais e a manutenção da submissão ao Estado. A ambivalência surge justamente devido ao controle social exercido pelo Estado no processo de implementação dos direitos sociais. Por um lado, os direitos sociais são fundamentais para garantir a dignidade humana e promover a igualdade, assegurando que todos os indivíduos, especialmente os mais vulneráveis, tenham acesso a condições mínimas de vida. No entanto, por outro lado, o Estado passa a exercer força e domínio sobre a massa social (Creveld, 2004).

Acerca disso, Lafer (1988, p. 142) afirma:

Estava claro, no entanto, para eles, que no âmbito dos Estados-nacionais, mais cedo ou mais tarde, as minorias teriam que ser ou assimiladas ou eliminadas, pois enquanto coletividades com identidade própria elas colocavam no território estatal o problema da tensão entre Estado e nação, inclusive por força do alcance transnacional de movimentos [...].

Não somente, mas também Bercovici (2013) afirma que a expansão do Estado com uma característica mais social é modo de reforçar a autoridade estatal, justificando eventuais ações extraordinárias e específicas, caracterizando-se pela dualidade, pois ao mesmo tempo em que busca promover o bem-estar social, também adota posturas repressivas e controladoras. O autor afirma que o Estado social é a razão de existência de um Estado na época de uma economia com viés político agregado, uma vez que os programas sociais são modos de instrumentalizar o seu poder, fundamentando eventuais ações extraordinárias que sejam necessárias. Por

esse motivo, afirma que o poder de um Estado social é, simultaneamente, caracterizado como ambivalente, repreensivo e promocional.

Diante disso, sob um viés contemporâneo, observa-se que, com o avanço da globalização e da intercomunicação, de acordo com Lafer (1988), houve uma ruptura e um declínio significativo dos direitos fundamentais. A crescente melhoria na comunicação, nas tecnologias e no transporte – fatores que deveriam aproximar as comunidades internacionais e promover o progresso – de forma muito paradoxal, não foi capaz de eliminar, ou até mesmo mitigar, as profundas desigualdades sociais, políticas e econômicas existentes no modelo econômico capitalista. Ao contrário, essas desigualdades foram potencializadas, resultando em uma situação social cada vez mais vulnerável, em que grandes parcelas da população continuam marginalizadas e em condições de precariedade.

Conforme argumentado por Lafer (1988), essa ruptura dos direitos fundamentais não se dá apenas em momentos excepcionais, mas sim de forma cotidiana, em todos os aspectos da vida social. A questão é, portanto, intrínseca e estrutural, manifestando-se em práticas e condições que, embora muitas vezes invisíveis, têm um impacto profundo na qualidade de vida e na dignidade humana. Em tempos em que o fluxo de informações, de dinheiro e de mercadorias é constante, as injustiças sociais permanecem, revelando a falha das instituições em promover uma verdadeira igualdade e respeito aos direitos fundamentais de todos os indivíduos.

Denota-se, ainda, que a questão econômica é de extrema relevância para essa discussão. Lafer (1988) aponta que, após a globalização, as questões sociais, políticas e econômicas não haviam sido resolvidas, o que influenciou negativamente para a ocorrência da ruptura dos direitos fundamentais. O autor afirma que as desigualdades sociais e econômicas contribuíram para tornar o ser humano cada vez mais supérfluo, ou seja, superficial, sem lugar no mundo. Isso decorre, também, pelos regimes (políticos ou econômicos) totalitários, uma vez que são regimes que consideram o ser humano como descartável para os seus fins.

Diante dessa perspectiva de que os direitos fundamentais estão passando por um momento de ruptura e reconstrução, percebe-se o motivo pelo qual teorias desenvolvidas acerca dos direitos sociais defendem que a garantia que parte do Estado não deve abranger a totalidade dos direitos e seus entremeios, mas somente o núcleo existencial destes. Isto porque, conforme Bobbio (2007), a efetivação dos direitos não dependeria do seu fornecimento de modo totalitário, mas sim

proporcionando que os próprios indivíduos sociais tenham a possibilidade de buscar efetivá-los.

Entretanto, ainda que Bobbio defenda que o Estado se limite ao núcleo essencial dos direitos sociais, o Estado ainda segue sendo a figura mais importante para a efetivação dos direitos de caráter coletivo e social, tendo em vista que é necessário que proporcione as condições para que a socialidade e a solidariedade possa ser exercida. Santos (1989) afirma que a dicotomia entre indivíduo e Estado não é mais tão relevante frente ao Estado solidarista, que presta políticas públicas e subsistência material aos indivíduos. Por isso, a solidariedade, nessa sociedade, somente pode ser alcançada se houver atitudes proativas por parte do Estado.

Nessa perspectiva, a globalização e modernização da sociedade contemporânea demonstraram uma face agressiva do modelo capitalista contra os direitos fundamentais. Santos (1989, p. 11) afirma que “o projecto da modernidade sacralizou o direito e trivializou os direitos. Temos agora que fazer o trajecto inverso: trivializar o direito e sacralizar os direitos [*sic*]”. Significa dizer, portanto, que o avançar da modernidade ocasionou a banalização dos direitos fundamentais, ao atribuir muito significado a questões estruturais e ignorar o caráter humanitário que o direito deveria possuir.

Por esse mesmo motivo, Bobbio (2007) reconhece que a efetividade dos direitos fundamentais era uma discussão muito mais relevante e que requer mais atenção do que a própria fundamentação do direito em si. Isto porque encontrar condições necessárias para a garantia desses direitos era, de fato, algo que exigia uma certa urgência por parte do Estado, em especial no período após as guerras mundiais. Além disso, um caráter utópico dos direitos fundamentais permite que sejam abordados sob um viés sociológico, que estudam as declarações simbólicas, porém eficazes, que concretizam os direitos fundamentais.

4.3 Os limites da função promocional na efetivação dos direitos sociais em um mundo globalizado

De acordo com Losano (2022), o direito, quando possui a função promocional, tem por objetivo promover uma maior justiça social, especialmente no âmbito interno das sociedades. Essa abordagem busca estabelecer mecanismos que não se

restringam apenas à punição dos cidadãos, mas que os incentivem de certa forma a agir da forma desejável. A ideia central é que o direito deve ser um instrumento ativo na transformação das condições sociais, combatendo desigualdades estruturais e promovendo o bem-estar coletivo. O autor destaca que o direito promocional acaba por se tornar um meio de mitigação das disparidades sociais, auxiliando na redução de lacunas econômicas e sociais. A função promocional, portanto, visa uma construção mais equitativa da sociedade, na qual os indivíduos possuem acesso aos mesmos direitos e oportunidades, independentemente de sua origem ou condição social. Assim, a função promocional se torna uma ferramenta essencial para a criação de uma sociedade mais justa e solidária.

Diante disso, o direito, ao longo do tempo, passa a atuar de diferentes formas na sociedade, incluindo várias formas de controle estatal sobre os indivíduos. Conforme já mencionado, as mudanças do direito na época da industrialização foram de extrema importância não somente para o avanço da tecnologia e economia, mas também da forma que o Estado atuava diante de uma sociedade que necessitava de uma atuação mais presente para corrigir eventuais desequilíbrios. Isso se torna muito visível quando se observa o fenômeno marginal da globalização, pois a existência das instituições jurídicas e políticas que exercem o papel de controle social, a fim de manter a ordem e evitar comportamentos indesejáveis, bem como reger a convivência social de modo mais harmônico. Dessa forma, o Estado não apenas regula, mas também exerce poder sobre as práticas sociais e as estruturas de classe, influenciando as oportunidades e os direitos de diferentes grupos dentro da sociedade, conforme Losano (2022).

Nesse sentido, frisam Holmes e Sunstein (2019, p. 204):

O fato de o governo livre proporcionar serviços públicos com regularidade, fazer investimentos seletivos, criar incentivos à autodisciplina e mediar acordos com vistas à cooperação social não deve ser objeto de controvérsia. O que deve ser frisado é que o governo faz tudo isso quando garante direitos. Todos os governos desenvolvem técnicas para lidar com os conflitos sociais e estimular a cooperação social.

Nas sociedades recém industrializadas, o direito não era pensado de forma tão rígida quanto o é atualmente. Isso se dá pois o positivismo foi aos poucos cedendo lugar para formas mais flexíveis e maleáveis de aplicabilidade das normas, a função

diretiva do Estado na sociedade se percebia cada vez mais presente, por meio da atuação jurídica. Bobbio (2007) acreditava que o direito era uma forma de individualização do Estado assistencial, em razão da aplicação das normas em cada caso concreto. Com o tempo, a intervenção estatal foi se expandindo, abrangendo não apenas questões legais, mas também aspectos sociais, econômicos e culturais, buscando moldar a sociedade de acordo com os interesses do poder dominante. O Estado, ao se tornar mais presente na regulação da vida cotidiana, passou a ter um papel ativo na formação dos indivíduos, incentivando a conformidade com normas e valores estabelecidos.

Bobbio (2007) construiu um sistema que individualiza a atuação do Estado nas sociedades modernas, a fim de que possam promover a proteção dos direitos sociais: em primeiro, um ordenamento repressivo que objetiva tornar desvantajosa uma ação por medidas diretas; em segundo, um ordenamento promocional que torna uma ação vantajosa por meio de ações indiretas. Diante disso, o autor entende que a função do direito é, sobretudo, uma função social, competindo-lhe decidir quando e como intervir na sociedade.

De acordo com Losano (2022), a função promocional é uma vertente importante do Estado na economia, pois, à medida que o Estado se torna mais presente nas atividades econômicas, sua capacidade de influenciar e regular os mercados também se expande. Isso implica que um Estado economicamente forte não apenas fiscaliza e regula a atividade privada, mas também assume um papel ativo na promoção do bem-estar social, através de políticas públicas que busquem reduzir desigualdades e assegurar condições mínimas de vida para a população. Quanto mais o Estado intervém de forma positiva, por meio de incentivos fiscais, subsídios e investimentos em áreas como educação, saúde e infraestrutura, maior será sua capacidade de moldar o ambiente econômico de maneira favorável ao crescimento e à justiça social. Além disso, ao fortalecer a sua presença econômica, o Estado adquire mais legitimidade e poder para utilizar sanções positivas, de forma que também é potencializado o controle estatal exercido sobre a sociedade. Assim, a função promocional contribui não apenas para a estabilidade econômica, mas também para a construção de uma sociedade mais equitativa e integrada.

Com isso em mente, é importante mencionar que o trabalho de Bobbio (2007) acerca da função promocional do direito não é absolutamente aceito e defendido, tanto por ele quanto pela comunidade acadêmica. A título de exemplo, Losano (2022)

aponta críticas ao trabalho de Bobbio, afirmando que a teoria da função promocional desenvolvida somente se preocupa com o seu aspecto teórico, sem desenvoltura no que tange a eventuais disfuncionalidades do modelo proposto, ou seja, não há questionamento se as normas de incentivo alcançaram de fato o seu fim pretendido. Losano (2022) afirma que Bobbio não se preocupou com aspectos muito fundamentais da teoria, que permaneceram até hoje negligenciados.

Isso é clarividente também quando Bobbio (2018) revisitou a sua própria teoria da função promocional. No artigo, que foi desenvolvido um tempo após a obra original, Bobbio assume que não observou algumas questões substanciais para o desenvolvimento formal da teoria. Contudo, também nesta nova obra não há grandes desenvolvimentos quanto às críticas tecidas à obra.

Ademais, Losano (2022) observa que, em sua análise da obra de Kelsen, Bobbio apresenta uma certa contradição em seu posicionamento. Em determinado momento, Bobbio afirma que Kelsen estaria vinculado ao viés funcional do direito, enquanto, por outro lado, argumenta que o autor não realiza uma análise integrada das questões funcionais e estruturais do direito. Diante dessa aparente incongruência, Losano questiona a possibilidade de que haja erros materiais no tratamento dado por Bobbio a essa parte específica da teoria de Kelsen, sugerindo que tal abordagem possa carecer de maior precisão e coerência.

Nesse sentido, observa-se que, quando trata da função promocional do direito, Bobbio (2007) se remete a uma visão muito mais instrumental do direito, considerando-o não como um fim em si mesmo, mas sim um fim para atingir um objetivo comum entre Estado e sociedade. A função promocional do direito, portanto, está diretamente vinculada à capacidade do Estado de usar a legislação e as normas jurídicas como meios para alcançar o desenvolvimento social, econômico e político de maneira mais equitativa.

É por esse motivo que a teoria de Bobbio sofre com algumas críticas acadêmicas, em razão de certa obsolescência e utopia a ela atribuídas. É necessário observar que o cenário econômico interfere drasticamente na efetivação da teoria da função promocional do direito, em especial nas sociedades capitalistas. Isto porque, primeiramente, o Estado assistencial não pode usar apenas a repressão para proteger os valores que considera positivos. De acordo com Holmes e Sunstein (2019), a proteção dos direitos e valores essenciais para a vida em sociedade precisa ser fundamentada em uma percepção um pouco mais profunda da dignidade do ser

humano e das liberdades individuais que permeiam a harmonia social. O uso exclusivo da força por parte do Estado, apesar de realmente garantir o respeito às normas impostas, pode causar a violação dos direitos fundamentais, os quais o Estado deveria proteger. Sendo assim, a força estatal precisa estar coaduna com a consciência de que não pode ser utilizada para instaurar um regime opressivo e autoritário.

Holmes e Sunstein (2019) enfatizam que, para que o Estado consiga preservar os direitos que considera essenciais, precisa adotar uma abordagem mais inclusiva e democrática, que permita o debate, a participação e a negociação, ao invés de impor suas visões através de um mero aparato coercitivo. Os autores sugerem que a proteção dos direitos fundamentais e sociais não pode ser tratada como uma questão de ordem pública resolvida apenas pela força, mas deve ser, ao contrário, um compromisso contínuo com a justiça social, a equidade e o respeito à liberdade individual. Observando o equilíbrio e a responsabilidade, os autores (2019) afirmam que o rumo para uma sociedade com valores sociais sólidos e direitos protegidos deve estar pautado no respeito e educação cívica, a partir de ações construídas com base no diálogo e na promoção de um entendimento mútuo dos direitos e deveres dentro da sociedade.

Não obstante, de acordo com Holmes e Sunstein (2019), a efetivação dos direitos por parte do Estado não parte de uma base tão simples e poética quanto o mero respeito e diálogo. Na realidade, os autores apontam que os direitos possuem um custo, e um custo muito alto, aos Estados democráticos. É por esse motivo que, conforme mencionado anteriormente, a economia tanto interfere na eficiência da proteção dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, observa-se que, segundo Losano (2022), o cenário econômico e social atual praticamente implora por uma intervenção do Estado para remediar o excesso da atuação neoliberal. O sistema do neoliberalismo dá ênfase no livre mercado, aprimorando o ideal liberal, porém dando continuidade à ideia de que o Estado pouco deve interferir na economia. Contudo, com o avançar do sistema neoliberal, observou-se que dele resultou em um aumento das desigualdades sociais, precarização do trabalho e redução das políticas públicas que atendem às camadas mais vulneráveis da população.

Considerando que a globalização atuou na eliminação das barreiras que anteriormente existiam, quando Bobbio (2007) desenvolveu a teoria da função promocional do direito, é necessário considerar que o direito atual sofreu uma redução

de fronteiras e barreiras, tornando-se cada vez mais próximo de um direito global e expandido a atuação da máquina estatal que, anteriormente, era muito mais limitada.

Atualmente existem cortes e tribunais regionais e internacionais que atuam unicamente na garantia dos direitos fundamentais, como, a título de exemplo, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, vinculada à Organização dos Estados Americanos. A construção normativa do Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁴ ocorreu em 1969, por meio do Pacto São José da Costa Rica, e está em vigor no Brasil desde 1978, organizando o sistema interamericano. Segundo Piovesan (2018, p. 107):

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, [...] traduz a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção [...] O Estado tem sempre a responsabilidade primária relativamente à proteção dos direitos humanos, constituindo a ação internacional uma ação suplementar, adicional e subsidiária. É sob esta perspectiva que se destaca a atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não obstante sua natureza declaratória em relação à garantia, proteção e promoção de direitos fundamentais, o Pacto redefine e reorganiza o mecanismo de proteção exercido pela Corte e Comissão Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com Aras (2020), a existência dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos favorece o fortalecimento do conceito de ordem pública internacional, de modo que busca punir violações graves aos direitos fundamentais pelos Estados, além de incentivar os próprios Estados a velar pelo respeito aos direitos fundamentais.

A Comissão e a Corte, órgãos do sistema regional de proteção exercem, precipuamente, a função de supervisionar a atuação dos Estados-membros deste

⁴ O Sistema Interamericano de Direitos Humanos constitui um conjunto de mecanismos regionais estabelecidos para a promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano, com base na Organização dos Estados Americanos (OEA). Esse sistema é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, as quais desempenham papéis complementares: a Comissão atua na vigilância e monitoramento das violações de direitos humanos, recebendo petições e realizando investigações, enquanto a Corte tem a competência de julgar casos individuais e emitir sentenças vinculativas para os Estados membros. O Sistema Interamericano visa fortalecer a proteção dos direitos fundamentais no âmbito interno dos Estados, e dos direitos humanos, oferecendo uma instância supranacional que assegura a responsabilização dos Estados pelas infrações cometidas contra os direitos humanos reconhecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e em outros tratados regionais. Para mais informações: https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm?lang=pt. Acesso em 28 abr. 2024.

sistema quanto aos direitos fundamentais, fiscalizando a observância das disposições dos tratados interamericanos sobre direitos fundamentais, bem como averiguando as medidas internas adotadas em prol da efetivação destes direitos (OEA, 1948). Essa atuação independente das cortes é uma maneira que se observa como a globalização interferiu na proteção aos direitos fundamentais e como a união de Estados podem até mesmo potencializá-la.

Corroborando com isso, Losano (2022, p. 341) afirma que “na sociedade globalizada o direito parece ter esgotado também sua função promocional e é tratado, portanto, como um objeto a eliminar”. Significa dizer que cada vez mais o mercado tenta eliminar a atuação estatal e agir unicamente de acordo com os seus próprios princípios. Diante disso, a crítica de Losano (2022) se baseia na constatação de que o modelo neoliberal, quando prioriza a competição mercadológica e a desregulação por parte do Estado, muitas vezes desconsidera as desigualdades estruturais e as falhas do sistema que perpetuam a situação de pobreza, exclusão social e concentração de riqueza. Não obstante, Holmes e Sunstein (2019) argumentam que até mesmo o Estado neoliberal, que prega a intervenção mínima, precisa ser uma figura, ainda que minimamente, presente para garantir determinadas condutas, de forma que precisa exigir a contribuição tributária da população para a realização de finalidades públicas e proteção dos vulneráveis, ainda que a intenção tenha tido o efeito contrário. É partindo desses problemas que a atuação estatal se torna importante. Losano (2022) argumenta que o Estado, através da função promocional, não deve ser vista apenas como uma forma de intervir de modo assistencialista, mas como uma ação estratégica para corrigir os desequilíbrios e as injustiças do sistema neoliberal.

Sob esse pressuposto, observando que o Estado passa a agir não só como regulador, mas como agente ativo na economia, é que Holmes e Sunstein (2019) observaram os grandes custos que a promoção dos direitos tem para o Estado. Os autores (2019, p. 21) apontam que, apesar de os custos serem óbvios, é um assunto pouco discutido e, ao mesmo tempo, de muita importância, que não pode ser negligenciado:

Embora o custo dos direitos seja quase um truísmo, soa antes como um paradoxo, uma ofensa às boas maneiras, talvez mesmo como uma ameaça à própria preservação dos direitos. Afirmar que um direito tem

um certo custo é confessar que temos que renunciar a algo para adquiri-lo ou garanti-lo.

Pensar que os direitos sociais possuem um custo para o Estado é, para Holmes e Sunstein (2019), de suma relevância para que o elevado valor a ser despendido nessas políticas de efetivação não sejam um empecilho intransponível. Isto porque esse custo não é apenas financeiro, mas envolve também uma complexa gestão política e administrativa, a criação de infraestrutura, a implementação de programas e a distribuição de recursos públicos de maneira eficiente entre os órgãos e setores. Não somente, mas também a promoção dos direitos fundamentais exige, comumente, um planejamento de longo prazo por parte da administração pública e uma articulação entre diferentes áreas do governo e da sociedade.

No entanto, veja-se que o argumento dos autores não é no sentido de que esses custos tornam a promoção pelo Estado inviável, visto que a linha de defesa é no sentido de que é necessário um planejamento de curto e longo prazo, bem como a realização de uma abordagem equilibrada. Para Holmes e Sunstein (2019), apesar da existência dos custos dos direitos, o Estado precisa atuar no sentido de mitigá-los, realizando suas funções de proteção social de forma eficaz, a fim de que os benefícios sociais superem os custos envolvidos. Significa dizer que embora o custo seja real e significativo, com grande impacto no orçamento estatal, ele não pode ser um obstáculo intransponível para a promoção dos direitos fundamentais.

Por esse motivo, a fim de evitar que o custo dos direitos seja um obstáculo, Holmes e Sunstein (2019) discutem que, muitas vezes, a implementação de políticas de promoção de direitos envolve não somente o custo financeiro, mas também outros fatores que impactam diretamente no orçamento público, na agenda política e na elaboração de políticas sociais. Entre esses periféricos, observa-se a existência de custos políticos e custos logísticos e administrativos, que se materializam, por exemplo, nos confrontos com diferentes grupos de interesse, como empresas, elites políticas ou outras partes da sociedade que podem se beneficiar de um modelo mais restritivo ou menos inclusivo. Além disso, inclui-se também as eventuais dificuldades de consenso que o governo de um Estado pode enfrentar, acerca de quais direitos devem ser prioritários, ou mesmo como devem ser implementados.

Além disso, outro fator que pode ser considerado também como um custo ao Estado é a limitação dos recursos, não somente financeiros, mas demais como

peçoais, naturais, de infraestrutura, entre outros. Para a efetivação de direitos sociais, é necessário que o Estado enfrente a questão logística e burocrática, o que exige não somente a contratação de recursos humanos capacitados, mas também a manutenção e atualização da capacitação dos servidores. De igual maneira, são importantes para garantir a sustentabilidade das políticas implementadas a longo prazo, uma vez que não basta a sua instituição, precisam ser acompanhadas e mantidas de forma constante. Conforme Holmes e Sunstein (2019) “a atenção ao custo é apenas mais um caminho, paralelo a outros trilhados de modo mais habitual, rumo a uma compreensão melhor da natureza qualificada de todos os direitos”.

Para conferir maior carga prática à teoria, veja-se o trecho de Holmes e Sunstein (2019, p. 139):

Com efeito, o custo dos direitos nos permite entrar por uma porta lateral no debate sobre direitos e responsabilidades. Os direitos de propriedade têm um custo porque, para protegê-los, o Estado precisa contratar policiais. Isso envolve, em primeiro lugar, a responsabilidade de direcionar honestamente o dinheiro dos contribuintes para os salários da polícia. Envolve-a também, em segundo lugar, no momento em que o Estado gasta uma quantia imensa de dinheiro para formar os policiais e ensiná-los a respeitar os direitos dos suspeitos. E envolve-a em terceiro lugar quando o Estado, mais uma vez às custas do público, monitora o comportamento dos policiais e disciplina os abusos a fim de impedir que essas autoridades desrespeitem os direitos e as liberdades civis entrando à força na casa das pessoas, criando provas falsas ou espancando suspeitos, por exemplo. Em outras palavras, a atenção ao custo dos direitos refina nosso entendimento da relação de apoio mútuo entre os direitos e as responsabilidades. E o mesmo ocorre quando deixamos de lado os direitos clássicos e passamos a pensar nas características dos direitos do moderno Estado regulador.

Entretanto, é importante mencionar que não são apenas os direitos sociais que exigem do Estado uma parcela do seu orçamento. Os direitos sociais ou, como já dissertado, os direitos de segunda geração são, para Bobbio (2012) aqueles que exigem uma postura ativa do Estado para a sua existência e efetivação, como saúde, educação, alimentação, moradia e segurança. É notório que esses direitos são os mais caros aos Estados, uma vez que a sua efetivação depende de elaboração de políticas, distribuição de renda, contratação de pessoal, construção de infraestrutura e outros pormenores que garantem a sua existência. Não obstante, os direitos de primeira geração também merecem atenção quando se fala de seu custo. Bobbio (2012) descrevia os direitos de primeira geração como aqueles que exigem apenas a

abstenção do Estado, mas é importante considerar que até mesmo para garanti-los é preciso que haja uma postura ativa da máquina estatal, por meio da regulamentação e repressão dos comportamentos indesejados, conforme Holmes e Sunstein (2019). As sanções positivas e negativas, já mencionadas neste trabalho e apresentadas por Bobbio (2007), são um exemplo de porque os direitos de primeira geração também ocupam parcela do orçamento público.

Significa dizer que os direitos de primeira geração, comumente associados como direitos de liberdade, também dependem de recursos a serem dispostos para possuírem eficácia, uma vez que as liberdades, somente calcadas em teoria, não possuem o condão de progresso de uma sociedade. Acerca disso, dispõem Holmes e Sunstein (2019, p. 16) que:

A liberdade tem pouco valor quando aqueles que aparentemente a possuem não dispõem dos recursos necessários para dar eficácia a seus direitos [...] somente as liberdades dotadas de valor prático dão legitimidade a uma ordem política progressista.

Diante disso, é pertinente o questionamento acerca da origem do dinheiro gasto com a efetivação desses direitos. Nesse sentido, Holmes e Sunstein (2019) afirmam que as contribuições tributárias são o maior exemplo de cooperação que a sociedade presta para com o Estado, ainda que apresentem objeções morais e teóricas quanto aos próprios direitos ou à forma que são executados.

Partindo desse pressuposto, é conclusão lógica que a arrecadação tributária de um Estado precisa ser eficiente para que haja uma efetiva execução das políticas públicas de efetivação de direitos. No entanto, de acordo com Holmes e Sunstein (2019), em países com recursos financeiros limitados, o próprio financiamento dos direitos pelo Estado se torna um desafio, com reflexos diretos na qualidade do serviço estatal prestado. Importante ressaltar que a limitação recursal do Estado pode estar ligada a diversos fatores, porém a limitação da arrecadação tributária é a maior delas. Em países cuja população tem baixa renda e riqueza, a arrecadação dos tributos é limitada, o que significa que o Estado não possui dinheiro suficiente para assegurar o acesso de qualidade, universal e igualitário aos direitos sociais. Esse é um problema recorrente em muitas nações em desenvolvimento, mais pobres sob o ponto de vista capitalista, que podem enfrentar dificuldades para equilibrar os gastos públicos, uma vez que a renda da população interfere diretamente no quão abastado

financeiramente é um país. Diante disso, a escassez de recursos não só afeta a qualidade dos serviços básicos relacionados aos direitos sociais, mas também limita a criação de programas mais amplos que atendam às necessidades mais urgentes da população.

Desse modo, muitas vezes, a pobreza e desigualdade social são decorrentes da falha na distribuição de renda entre a população, tendo em vista que diversos países possuem grande parte da população muito pobre e poucas pessoas que detêm a maior parte do capital privado. Assim, um debate muito importante se concentra na relevância da existência de políticas distributivas de renda para a população, como defendido por Bobbio (2014), considerando que, quanto melhor é a renda média da população, mais o Estado pode arrecadar para executar os programas sociais.

Apesar disso, Holmes e Sunstein (2019) apontam que a arrecadação tributária organizada não somente organiza a convivência social na tentativa de obter uma sociedade mais justa, mas também pode ser uma forma de garantir a legitimidade de uma autoridade política, que se funda na ideia de que a proteção desses direitos é essencial para a confiança no sistema político e na sua capacidade de promover o bem-estar e a liberdade dos indivíduos. Os autores apontam que os direitos de bem-estar social são compreendidos como acordos sociais, ou concessões feitas pela sociedade a determinados grupos, em razão de uma cooperação necessária. Assim, cada indivíduo da sociedade pode pagar de bom grado, ou não, o preço dos direitos. Seja por medo, hábito, ignorância ou até mesmo por saber o cidadão que os direitos valem o preço pago, os autores apontam que o pagamento da tributação é necessário e precisa ocorrer para que o Estado possa utilizar o valor em prol da própria sociedade. Por esse motivo, entendem os autores que os direitos mais básicos são os mais importantes para a sustentação de uma sociedade, funcionando como pilares para garantir o bom funcionamento social e financeiro, bem como legitimar uma forma de governo que se preocupa com a sociedade.

Nesse sentido, Holmes e Sunstein (2019, p. 169-170) apontam:

Na qualidade de instrumentos de aperfeiçoamento do bem-estar individual e coletivo, os direitos naturalmente exigem diversos tipos de renúncia por parte de todos os membros da comunidade (e não somente das autoridades), renúncias que serão abundantemente compensadas pelos benefícios decorrentes da reciprocidade, da especialização e da junção de esforços. Assim, o contrato social norte-americano não deve ser descrito somente como uma troca de direitos

por cooperação, na qual o Estado oferece os direitos e os cidadãos respondem com a cooperação. O contrato social norte-americano envolve uma negociação mais deliberativa e reflexiva entre os próprios cidadãos que respeitam os direitos [...].

Sob esse pressuposto, de acordo com Myrdal (1944), a economia ocorre de forma cíclica e recíproca, ou seja, se há desenvolvimento de determinado setor em detrimento de outro, há o empobrecimento de ambos, inevitavelmente. Nesse sentido, observa-se que a escassez de recursos de um Estado pode acabar por se tornar um círculo vicioso, pois a falta de investimentos em áreas essenciais prejudica o desenvolvimento de setores econômicos e, conseqüentemente, pode impedir o crescimento das receitas do Estado. Isso, por sua vez, diminui ainda mais a capacidade do governo de oferecer esses direitos, considerando que as desigualdades sociais são enraizadas nas estruturas da sociedade capitalista, a partir dos ideais sociais, políticos e econômicos.

Um apontamento importante é que a desigualdade social é a maior causa da pobreza de um Estado, tendo em vista que a riqueza da população, conseqüentemente, interfere diretamente na riqueza de um Estado. Quanto mais pobre a população, maior será a dificuldade de um Estado concretizar as políticas sociais e tentar equilibrar econômica e socialmente sua população e território. Há, nesse sentido, alguns fatores que interferem diretamente na riqueza ou pobreza de um país e sua população. Em especial, cita-se o contexto histórico e geográfico, pois, como Bobbio (2012) afirma, os próprios direitos são históricos. De acordo com Myrdal (1944), a partir de uma breve análise do contexto histórico de um Estado, é possível determinar se existe causas estruturais de pobreza na população, tais como histórico de escravidão recente e guerras. Por outro lado, pela análise do contexto geográfico, é possível identificar outros fatores, entre os quais é possível citar a expansão territorial, densidade demográfica e distribuição da população no território, tendo em vista que, quanto maior um país ou sua população, mais caro e difícil será efetuar políticas públicas sociais.

Myrdal (1944) faz essa análise a partir das diferenças sociais e econômicas entre negros e brancos, o que, por si só, já reflete uma desigualdade social profundamente enraizada em algumas sociedades atuais. Contudo, o mesmo raciocínio pode ser aplicado a outros grupos minoritários que comumente estão nas parcelas mais pobres da sociedade, aquelas que mais necessitam da atuação

presente do Estado para garantir os seus direitos sociais básicos, como mulheres e indígenas. Segundo o autor, quanto mais enraizado é a desigualdade, mais ela afeta as condições de mobilidade social e condição de vida da população ao longo da vida, uma vez que a população mais pobre precisa, inevitavelmente, superar barreiras sociais e econômicas que acabam por perpetuar essa situação de desigualdade.

Por esse motivo é que quanto mais desigualdade social existe em um país, maior será a dificuldade de arrecadação tributária suficiente para a efetivação dos direitos que a população precisa. A capacidade tributária de um Estado interfere diretamente na sua capacidade de gastar dinheiro com a sua população, de acordo com Holmes e Sunstein (2019). Assim, os autores indicam que os direitos somente podem, de fato, ser garantidos por comunidades política e juridicamente organizadas, uma vez que “[...] na realidade, um direito jurídico só existe se e quando tem um custo orçamentário” (Holmes; Sunstein, 2019, p. 16).

Diante disso, os autores (2019) apontam que a deliberação pública acerca dos direitos de bem-estar social precisa ser pautada em alguns parâmetros: quanto de dinheiro se pretende gastar com cada direito; qual direito ou grupo de direitos priorizar quando não houver dinheiro o suficiente para proteger todos; e quais as melhores formas de potencializar a proteção com o mínimo de custo. Isto porque a análise do custo-benefício, tanto para o Estado, quanto para a sociedade, é essencial para que não afete o bem-estar moral da sociedade e do Estado. E considerando que a moral é relativa, Holmes e Sunstein (2019) afirmam que o juízo de valor sobre cada direito e cada custo deve ser feito em evidência, de forma aberta e identificados como tais, para estar a discussão sujeita a críticas, revisões e debates públicos.

Dito isso, considerando que o juízo de valor também é necessário para a efetivação dos direitos sob um custo-benefício favorável, Holmes e Sunstein (2019) reconheceram que “a metáfora da negociação ou acordo pode dar a impressão de conflitar com a promessa moral da igualdade humana”. Significa dizer que, ainda que haja um processo público de negociação entre as autoridades e entre estas e a sociedade, precisa ficar explícito quais os direitos que o Estado se compromete a garantir aos que dele necessitem. Afastando-se do conceito de justiça, uma vez que, segundo os autores, este poderia levar à conclusão errônea de que os mais ricos e poderosos poderiam obter maiores benefícios em razão de eventual contribuição maior, tem-se em vista que os direitos sociais não podem ser uma moeda de troca ou um parâmetro de balizamento de classes sociais. Os autores afirmam que os direitos

são históricos e conquistados, não fruto de negociações, tendo em vista que eventual caráter negociável de um direito poderia abrir margem a consequências decorrentes puramente de interesses particulares. A título de exemplo, Holmes e Sunstein (2019, p. 192) afirmam:

Numa época de austeridade fiscal, se os direitos são frutos de negociações, os que não votam nem dão contribuições aos candidatos [...] sofrerão maior perda de direitos que os beneficiários dos sistemas Social Security e Medicare.

É daí que se extrai a importância do direito na efetivação dessas garantias que, além de possuírem um custo financeiro ao Estado, também exigem uma estrutura social e política organizada. Holmes e Sunstein (2019) afirmam que a constitucionalização dos direitos transcende a esfera filosófica tradicional sobre os direitos, assumindo uma dimensão pragmática ao ser adaptada à prática cotidiana e aos desafios concretos de uma população. Essa percepção enfatiza a importância de tornar os direitos não apenas um conceito abstrato, mas uma ferramenta funcional dentro da estrutura constitucional, com vistas ao cumprimento da função promocional do direito. Além disso, a constitucionalização não dá margem a alterações exclusivistas na legislação a fim de beneficiar apenas um grupo restrito de indivíduos.

Assim, a garantia dos direitos sociais depende diretamente da capacidade organizativa de um Estado, decorrente da formalização destes para tornar viável a superação das desigualdades existentes. Nesse sentido, os autores afirmam:

Será que os países – pobres ou ricos – devem constitucionalizar as garantias sociais e econômicas? Não se trata somente de uma questão filosófica acerca da natureza essencial dos direitos enquanto tais, mas também de uma questão com prementes consequências pragmáticas [...] Um argumento filosófico talvez seja capaz de demonstrar que as garantias mínimas devem ser classificadas como interesses humanos básicos. As pessoas não podem levar uma vida decente sem um nível mínimo de alimento, abrigo e assistência médica. Mas o simples ato de chamar de “básica” a necessidade nos leva muito longe nessa direção. Uma sociedade justa garantiria a seus cidadãos alimento e abrigo; procuraria garantir uma assistência médica adequada; se esforçaria para fornecer uma boa educação, bons empregos e um meio ambiente limpo. Mas quais desses objetivos ela deve buscar alcançar por meio da criação de direitos legais ou mesmo constitucionais? Trata-se de uma questão que não pode ser respondida somente por uma teoria abstrata; tudo depende de um contexto (Holmes; Sunstein, 2019, p. 115).

A partir desse pressuposto, Holmes e Sunstein (2019) defendem que os direitos sociais não podem existir de maneira plena sem a atuação do Estado. Isto porque os direitos precisam de uma base para sua sustentação, normalmente uma construção social ou jurídica impositiva e coercitiva, que preveja sua uniformidade e obrigação de garantia pelo Estado. Em suma, a existência de direitos não pode ser dissociada da necessidade de uma estrutura estatal organizada, que garanta não somente a igualdade de tratamento perante a lei, mas também a formalização dos órgãos que fazem valer o previsto na legislação. Portanto, os direitos sociais sem o seu devido reconhecimento legal tornam-se insustentáveis.

Por outro lado, também é relevante pensar acerca da repressão de direitos pelo próprio Estado. Algumas situações podem ser mencionadas. Primeiro, questiona-se: a repressão de um direito por falta de dinheiro seria, necessariamente, reprimir uma garantia? Reprimir um direito para garantir outro seria violação às garantias fundamentais? Para responder a tal questionamento, Holmes e Sunstein (2019) recorrem à ideia de conflito entre os interesses individuais e coletivos. Os autores afirmam que, para restringir uma liberdade civil, o Estado necessariamente precisa invocar um interesse público mais relevante que o direito individual, porém de forma persuasiva para que haja a legitimidade de violação de valores constitucionais. Ao colocar um interesse coletivo superior a um interesse individual, o Estado passa a priorizar o bem comum em detrimento do indivíduo. Porém, não obrigatoriamente isso implicaria em uma violação grave ao direito restringido, uma vez que, conforme já mencionado, também faz parte dos encargos estatais a garantia da paz e harmonia social. Nesse sentido, os autores colocam que utilizar um direito como trunfo necessita de uma justificativa plausível e sólida, pois não deixa de ser uma restrição a um direito que pelo Estado deveria ser protegido.

Um dos principais motivos apontados pelos autores para existir uma violação a um direito seria a falta de dinheiro o suficiente para arcar com os custos dele decorrentes. Ainda que parcela da sociedade ou dos seus representantes possam se apresentar contrários à efetivação de determinado direito, é necessário entender os motivos ocultos pelo qual o fazem. Holmes e Sunstein (2019) afirmam que a justificativa de economizar o dinheiro público poderia ser um dos principais motivos alegados por indivíduos contrários ao progresso social para que haja a violação de um direito: “Se todo direito tem um custo, a imposição dos direitos sempre será

influenciada pelo interesse do contribuinte em economizar o seu dinheiro (Holmes; Sunstein, 2019, p. 91).

No entanto, parte-se da premissa de que nenhum direito é absoluto em uma sociedade que apresenta limitações econômicas – quase que – intrínsecas aos próprios direitos sociais. Holmes e Sunstein (2019) afirmam que a origem dos recursos financeiros para o custeio de um direito é quase tão importante quanto o próprio direito em si, uma vez que a atenção aos custos financeiros e orçamentários de uma garantia conduz a questões mais filosóficas acerca de justiça distributiva. Significa dizer que, tão importante quanto o próprio direito, é questionar quais os princípios devem nortear uma decisão do Estado quando se está em frente a um dilema motivado por falta ou escassez de recursos.

Apesar de não haver uma resposta concreta a tal questionamento, o que cabe questionar no presente trabalho é se os custos dos direitos são – ou poderiam ser – uma limitação funcional à função promocional do direito, defendida por Bobbio (2007). De olho em todas as ressalvas feitas pelo próprio autor da teoria, em especial no artigo “A função promocional do direito revisitada” (Bobbio, 2018), observa-se a ausência de críticas, ao menos nas mencionadas no artigo, quanto à limitação econômica para a efetivação dos direitos por parte do Estado.

Bobbio (2018) argumenta para afirmar que o Estado, ainda que muito mais voltado para as características de um Estado social, regula a economia em aspectos sutis, através da regulação do comércio e da política monetária, por exemplo, ao mesmo tempo em que subsidia e controla os principais serviços públicos sociais. Partindo desse pressuposto, Bobbio (2018) se questiona se a obrigação do Estado deveria ser mesmo restrita à garantia dos direitos, ou ainda, se haveria a possibilidade de a máquina estatal controlar não somente a sociedade, mas também a economia em seus aspectos genéricos, através das normas de conduta, características dos Estados liberais. Afirma o autor (2018, p. 227), ainda, que “mesmo prescindindo do juízo de valor totalmente negativo sobre o Estado de bem-estar, que eu, pessoalmente, não compartilho, pareceu-me que esta resolução da diferença entre Estado liberal e Estado assistencial em uma distinção jurídica não fosse certa”.

Bobbio (2018), quando revisitou a sua teoria escrita quinze anos antes, apontou alguns problemas que a teoria possuía. O escrito dá grande relevância à questão dos incentivos comumente utilizados pelo Estado promocional para mitigar a aplicação de penas e utilizar-se das sanções positivas como forma de controle da sociedade.

Conforme mencionado no tópico 2.2 desta dissertação, acerca das sanções positivas e negativas, os incentivos pelo Estado comumente acontecem pela via econômica e financeira, por meio de prêmios em dinheiro ou isenções tributárias. Quando se considera que a arrecadação tributária é a principal fonte de recursos para garantir que o direito tenha uma origem financeira a qual recorrer, Bobbio (2018) peca ao não considerar a existência de Estados com limitações financeiras e dificuldades em, primeiramente, custear os direitos mais básicos, quiçá o oferecimento de prêmios aos cidadãos.

Bobbio (2018) aponta somente críticas teóricas tecidas por outros estudiosos ao seu trabalho da função promocional do direito, referente a eventuais falhas quanto à conceituação superficial de função ou sanção ou, ainda, da ausência de diferenciação entre prêmios e incentivos em sua obra original. Não obstante, não aparenta nenhuma das críticas rebatidas pelo autor serem direcionadas a questões econômicas que, certamente, seriam um dos maiores empecilhos para a efetivação de sua teoria.

Sendo assim, partindo de tudo o que foi abordado na presente pesquisa, deve-se ter em vista que, primeiramente, o contexto histórico e geográfico influencia, diretamente, na capacidade que um Estado tem de proporcionar a efetivação de direitos sociais à sociedade. Considerando que os direitos são, inequivocamente, conquistas históricas e permeadas de todas as características da luta social por melhores condições aos que necessitam, o direito tem o papel de observar os erros do passado, evitar repeti-los e utilizá-los por base para observar as prementes necessidades de uma sociedade, a fim de otimizar o contexto social, visando a promoção do bem-estar e a garantia de direitos fundamentais a todos os seres humanos.

O Estado, independente de qual seja seu formato, liberal ou social, precisa prezar pelas condições básicas de uma sociedade para que o desenvolvimento social, tecnológico, jurídico e econômico possa acontecer, sem que se perca de vista a necessidade de manter a harmonia social. Tanto o Estado liberal quanto o Estado social possuem seus privilégios e benefícios, bem como seus pontos negativos, porém com vistas que mesmo o Estado mínimo precisa agir de forma ativa em alguns setores da sociedade para garantir o desenvolvimento de forma justa e mitigar as desigualdades sociais, prezando não somente pelas liberdades individuais, mas também pela igualdade entre os indivíduos.

Por intermédio das sanções positivas e negativas, o Estado pode atuar de forma presente, com ou sem intervenção na economia, garantindo o controle social pela intervenção na sociedade, seja por meio de prêmios e incentivos ou do uso da força de coação. Utilizando-se do direito como base para as suas ações ativas perante a sociedade, o Estado pode garantir o desenvolvimento social e a redução das desigualdades, incentivando determinados comportamentos desejáveis e reprimindo os indesejáveis. Por isso, verifica-se a importância da existência de um ordenamento jurídico forte e presente.

Contudo, independentemente da concepção que se tenha sobre o direito, quanto à sua estrutura, verificou-se ao longo da pesquisa a importância de uma teoria funcional forte para que não se percam os objetivos principais que guiam um Estado e uma sociedade à excelência e à promoção da paz e dignidade dos indivíduos. Por isso, a teoria da função promocional do direito desenvolvida por Norberto Bobbio (2007) na coletânea *Da Estrutura à Função*, como teoria base desta dissertação, demonstra não somente as contribuições ao Estado, mas também as suas falhas e possíveis entraves para a efetivação dos direitos sociais. A partir da dicotomia entre absentismo e atuação, o Estado encontra o equilíbrio na atuação, a depender do contexto histórico, geográfico e social, promovendo a transformação da sociedade e do direito para atender as necessidades prementes.

Assim, em vista de um mundo globalizado, os direitos sociais, já fragilizados pela própria economia global, apresentam uma instabilidade que deve ser observada pelo Estado, no uso de suas funções garantistas e repressivas. Tendo por base a necessidade de proteger os direitos sociais, como alimentação, moradia, saúde, segurança e educação, proporcionar à sociedade melhores condições de vida e trabalho não garante somente o desenvolvimento social, mas também a consolidação de uma estrutura estatal forte, um ordenamento jurídico basilar e uma harmonia social necessário para o desenvolvimento econômico e construção de uma sociedade livre, justa, igualitária e poderosa economicamente.

Por fim, ter consciência das limitações estatais, aqui em especial as financeiras, é de suma importância para o desenvolvimento de teorias sólidas sobre a filosofia do Estado e do direito, a fim de que seja possível sempre melhorar a questão da atuação estatal e priorizar os direitos individuais e sociais. Na comunidade internacional, a construção de Estados fortes é fundamental para a instituição dos seus pilares de sustentação, principalmente para a consolidação de sociedades complexas e bem

desenvolvidas socialmente. Garantir direitos básicos e mitigar as desigualdades, sem dúvida, é um desafio para os Estados, não só economicamente, mas também organizacional e politicamente.

Por isso, não perder de vista a importância das instituições sociais é uma forma de vislumbrar a efetividade da teoria da função promocional do direito, do notório estudioso abordado nesta obra, Norberto Bobbio, que mesmo em uma época diferente, elaborou teorias atuais e importantes para o desenvolvimento econômico, social e tecnológico até hoje e, provavelmente, nos próximos tempos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de tudo o que foi discutido e abordado, é importante frisar que, por ser um tema complexo e cheio de nuances, a presente pesquisa pende de uma continuidade, que aguarda uma oportunidade para que possa ser desenvolvida. Isto porque se trata de um tema que exige certo aprofundamento para que seja tratado com todas as suas peculiaridades.

Dito isso, recapitula-se o que foi abordado na presente dissertação para, enfim, adentrar às considerações finais propriamente ditas. Em primeiro lugar, rememora-se uma opinião emblemática de Bobbio, ao afirmar que os direitos são históricos. Bobbio viveu em um período histórico de bastante movimentação geopolítica, decorrente da ascensão do fascismo na Itália e, posteriormente, a explosão das guerras mundiais. É inevitável, portanto, considerar que cada pessoa possuía à época uma opinião e um lado sobre os acontecimentos, e não poderia ser diferente com o autor estudado. Ele demonstra nitidamente a posição favorável aos direitos fundamentais e, veementemente, se posiciona contrário aos atos bélicos ocorridos, através de seus estudos e publicações, nos quais demonstra um viés humanístico e protecionista. Não à toa é que acredita que os direitos fundamentais são frutos de um contexto histórico e social, e não são inerentes à condição de ser humano.

Partindo desse pressuposto, Bobbio estudou e criou teorias bastante complexas sobre os direitos fundamentais, segregando-os em três gerações independentes no quesito hierárquico. De forma breve, foram tratados na presente pesquisa os contornos de cada uma das gerações, porém aprofundou-se nos direitos de segunda geração, os tidos como direitos sociais, que abrangem aqueles que exigem uma prestação estatal muito mais ativa e proativa, tais como moradia, educação, saúde, alimentação e segurança.

Uma vez que a própria conceituação de Bobbio do direito social afirma que é dependente de uma ação estatal, Bobbio também dedicou parte de sua trajetória acadêmica a estudar o Estado como instituição, a sua importância e relevância para a sociedade, a sua necessidade ou prescindibilidade, os seus formatos e poderes. Ao mesmo tempo em que acreditava na sua necessidade para a defesa e garantia dos direitos individuais e sociais, também era assíduo ao defender a importância da livre iniciativa mercadológica, razão pela qual é possível enquadrá-lo como um filósofo social-liberal.

Diante disso, Bobbio partiu para o estudo da filosofia do direito, na tentativa de entender melhor o papel de um ordenamento jurídico em uma sociedade já com a figura estatal consolidada. Entendeu que o Estado possui mais ferramentas do que meramente a força coercitiva, apesar de se posicionar no sentido de que esta não deve ser deixada de lado para fazer valer a garantia da ordem social. Assim, observou-se a teoria das sanções positivas e negativas, que estabelecem um importante vínculo com o ponto final da pesquisa: o econômico, que é retomado ao final da dissertação.

Por afirmar que o Estado precisa utilizar não somente de coerção como modo de controle social, Bobbio assume a postura de defender que o Estado não precisa agir de forma sumariamente repressiva para fazer valer a ordem, uma vez que dispõe de outros mecanismos, denominados de sanções positivas, a fim de incentivar comportamentos sociais desejáveis. As sanções positivas, portanto, podem ser resumidas em incentivos e prêmios - conceitos estes que não foram diferenciados pelo autor - como forma de manter a sociedade agindo de maneira que fosse alinhada aos objetivos estatais.

A partir dessa percepção de cooperação entre Estado e Sociedade, Bobbio desenvolve a teoria funcional do direito, na qual afirma que o Estado é muito mais do que apenas uma instituição de poder. Significa dizer, portanto, que o Estado e, precipuamente, o direito, precisam ter uma função delineada, caso contrário a sua atuação perde o sentido. Ao se comparar com a teoria de Kelsen, que considera o direito apenas como uma estrutura, Bobbio alinha seu semblante de defensor dos direitos fundamentais com a ideia de que o Estado e o direito precisam ter uma função delimitada, com objetivos a serem perseguidos.

A relevância dessa teoria se mostra quando Bobbio desenvolve a Teoria da Função Promocional do Direito, a partir da qual se consolida a percepção de que o Estado precisa atuar de forma presente a fim de garantir os direitos básicos da sociedade e promover as condições dignas aos indivíduos. Não somente os direitos sociais, mas também os individuais, uma vez que Bobbio considera que a figura do Estado potente é importante até mesmo para assegurar que não haja pela própria sociedade uma violação aos direitos individuais, como a vida.

Contudo, apesar de ser de fácil visualização a relevância da teoria de Bobbio, é necessário ressaltar que, novamente, o contexto histórico interfere. Ao trazer a Teoria da Função Promocional do Direito para um contexto contemporâneo, vê-se a necessidade de expandir o seu alcance, uma vez que, com o fenômeno da

globalização e aumento da conectividade mundial, o direito internacional tomou uma proporção maior que merece atenção dos juristas e filósofos. Quando se observa que o direito assumiu uma proporção maior, superior à figura do próprio Estado, observa-se ainda mais presente a necessidade de estar bem definida e delineada a função que este possui, para que possa ser possível alinhar os objetivos internacionais entre nações que cooperam entre si.

Não obstante, apesar de muito clara a importância da atualização da teoria para o cenário atual, também é relevante observar a existência de limitações da Teoria. Como mencionado no corpo da dissertação, a teoria de Bobbio sofreu algumas críticas, que foram prontamente rebatidas pelo autor e por outros comentadores, mas ainda é possível observar algumas falhas ou lacunas essenciais para dar maior concretude ao seu estudo.

Nesta pesquisa, optou-se pelo aprofundamento apenas na questão econômica, referente aos custos dos direitos para o Estado, apesar de ser este apenas uma das limitações que poderiam ter sido identificadas na teoria de Bobbio. A partir da obra de Holmes e Sunstein (2019), observou-se o inquestionável fato de que direitos custam, e custam caro, ao Estado responsável por sua efetivação, principalmente os direitos sociais, que dele exigem mais. Por esse motivo é que o custo dos direitos foi apontado como potencial limitação à teoria de Bobbio, uma vez que em nenhum momento de sua obra considerou a hipótese de que nem todos os Estados possuem os recursos necessários para a garantia de direitos fundamentais, que todo ser humano deve ter acesso para boas condições de vida digna. Sob um olhar mais panorâmico, é surpreendente que Bobbio não tenha feito menções a esse ponto no seu trabalho, considerando o contexto histórico que vivenciou.

Entretanto, insta frisar que cada Estado é diferente do outro, razão pela qual as necessidades são diferentes, não só deles próprios, mas da população. Por isso, o que se pode concluir, a partir de toda a pesquisa realizada, é que existem limitações à teoria de Norberto Bobbio, que deixa de considerar alguns fatores em sua elaboração. Não obstante, não se deixa de lado a relevância do seu estudo para o aprimoramento de uma filosofia do direito consolidada no objetivo de buscar uma sociedade mais justa e igualitária.

Diante disso, conclui-se que em vista de um mundo globalizado e conectado, os direitos sociais, apresentam uma instabilidade que precisa ser observada pelos Estados, que não pode deixar a esmo a população, apesar de ser possível observar

uma exponencial fragilização dos direitos sociais pela própria economia global, ausência de recursos e crescente instabilidade econômica. Estes fatores, portanto, devem ser observados pelos Estados, no uso de suas funções garantistas e repressivas, de modo que cresce da utopia a teoria da função promocional do direito de Bobbio, caminhando para uma cada vez mais próxima possibilidade de efetivação.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. O Brasil diante do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; SILVA NETO, Manuel Jorge; MOTA, Helena Mercês Claret da; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, 2020. p. 819–846.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERNARDO, João. Ainda não sabiam que eram fascistas: Corradini e os sindicalistas revolucionários. *Passa palavra*. 16 de março de 2014. Disponível em: <https://passapalavra.info/2014/03/92734/>. Acesso em: 10 out. 2023.

BOBBIO, Norberto. Liberdade; Justiça; Utilitarismo. In BOBBIO, Norberto; *et al.* *Dicionário de Política*. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília. 1983, p. 660-666, 868-706, 1274-1284.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1986.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Edipro. 2003.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia. 1. ed. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 18. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 2016.

BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito revisitada. In: SALATINI, R.; BARREIRA, C. M. *Democracia e direitos humanos no pensamento de Norberto Bobbio*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2018. p. 223-246.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo, 2004. Cap.

CARON, Giuseppe Rafael. *Discursos de Benito Mussolini: Permanências e Mudanças (1919-1922)*. Dissertação (Mestrado em História) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2015.

CASARA, Rubens Roberto Resello. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

COIMBRA, Rodrigo. Os direitos transindividuais como direitos fundamentais de terceira dimensão e alguns desdobramentos. *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*. n° 16. p. 64-94. Publicada em 30 de setembro de 2011. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/365>. Acesso em: 28 jan. 2025.

CREVELD, M. *Ascensão e Declínio do Estado*. 1. ed. São Paulo: Martins Fonte, 2004. Cap. 4.

DEO, Anderson. *Norberto Bobbio: a teoria democrática do Estado mínimo*. Novos Rumos, Marília. 2020. v. 57, p. 103-124.

GRIS, Anna Christina; DAL RI, Luciene. A Função do Direito e o Pós-positivismo jurídico. *Revista Direito em Debate*. Ano XXVII no 49, jan.-jun. 2018.

GREENE, Joshua. *Tribos Morais: A tragédia da moralidade do senso comum*. 1. ed. Rio de Janeiro: 2018.

HABERMAS, Junger. *A Nova Obscuridade: Pequenos Escritos Políticos V*. São Paulo: Unesp. 2015.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua: Um Projeto Filosófico*. Covilhã: LusoSofia Press. 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOSANO, Mario Giuseppe. *Norberto Bobbio: Uma Bibliografia Cultural*. São Paulo: UNESP, 2022.

LOSANO, Mario Giuseppe. "Prefácio". In BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito*. 1. ed. Barueri: Manole, 2007. p.19-48.

MYRDAL, Gunnar. *An American Dilemma: The Negro Problem and Modern Democracy*. New York: Harper & Brothers Publishers. 1944. Cap. 10, 15 e 17.

NUNES, A. J. A. *O Estado Capitalista e as suas Máscaras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2013. Cap. 1.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. OEA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá, 1948. Disponível em:

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 28 jan. 2025.

PARIS, Robert. *As Origens do Fascismo*. São Paulo: Perspectiva, 1976.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao Desenvolvimento como Direito Fundamental. In: FOLMANN, Melissa; FERRARO, Suzani Andrade (Org.). *Previdência nos 60 anos da Declaração de Direitos Humanos e nos 20 da Constituição Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

REIS, Medeia Lais. *Direitos do Homem como pré-requisito para a implantação da democracia e da paz no pensamento de Norberto Bobbio*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Toledo, 2022.

SALUN, Alfredo Oscar. A Itália e a guerra no Mediterrâneo entre 1940-1943. *Revista Diálogos Mediterrânicos*. nº 3. p. 12-23. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. 1989. Coimbra: Oficina do CES Centro de Estudos Sociais. Nº 10.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; et al. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap. 3.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes. Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais. Publicado em 01 de março de 2010. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7433. Acesso em: 10 mai. 2024.

TOSI, Giuseppe. *10 Lições sobre Bobbio*. Petrópolis: Vozes. 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. Brasília: Universidade de Brasília. 2. ed. 2000. p. 126.

VANNUCHI, Paulo. *Bobbio, a trajetória de um questionador*. Publicado em 25 de maio de 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/c4X9rM6GGbkbpVxHwnV7Vrtm/?lang=pt>. Acesso em 22 de abril de 2025.