

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CPGD**

---

**RAFAEL L. F. DA C. SCHINCARIOL**

**ESTADO DE DIREITO E NEOLIBERALISMO**  
uma análise garantista

**FLORIANÓPOLIS, 2008**

RAFAEL L. F. DA C. SCHINCARIOL

**ESTADO DE DIREITO E NEOLIBERALISMO**  
uma análise garantista

Dissertação apresentada como requisito parcial  
à obtenção do grau de Mestre em Direito,  
Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro  
de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de  
Santa Catarina.

Orientador: Prof. Dr. Sergio U. Cademartori

**FLORIANÓPOLIS, 2008**



*Dedico este trabalho a utopia, que nos faz caminhar.*

*Agradeço a minha mãe, minha Tia Marlene, minha avó Terezinha, a minha tia Vera, a minha tia Rosa e a tia Andréa, mulheres da minha vida, que me ajudaram muito nessa caminhada, que (espero!) está apenas no início.*

*Agradeço ao meu orientador Sergio Cademartori por ser muito mais que um professor.*

*Agradeço a professora Cecília Lois por ser, definitivamente, muito mais que uma professora.*

*Agradeço aos colegas de turma, de representação discente, do CAXIF gestão 2007-08, e de comitê estudantil na campanha para a reitoria da UFSC em 2008, pelo suor, risadas, debates, crescimento, noites sem sono...*

*Agradeço aos amigos de sempre: Gordo, Marcel, Daniel, Viegas, Marcelo, Danilo... por serem amigos de sempre.*

*Agradeço a luz que iluminou o final deste trabalho (e minha vida).*

*Agradeço por último, e em especial, ao Diretório Acadêmico Octavio Mazziotti, onde tudo começou.*

*Quem morre?*

*Morre lentamente*

*quem se transforma em escravo do hábito,  
repetindo todos os dias os mesmos trajetos, quem não  
muda de marca*

*Não se arrisca a vestir uma nova cor ou não conversa  
com quem não conhece.*

*Morre lentamente*

*quem faz da televisão o seu guru.*

*Morre lentamente*

*quem evita uma paixão,  
quem prefere o negro sobre o branco  
e os pontos sobre os "is" em detrimento de um  
redemoinho de emoções,  
justamente as que resgatam o brilho dos olhos, sorrisos  
dos bocejos,  
corações aos tropeços e sentimentos.*

*Morre lentamente*

*quem não vira a mesa quando está infeliz com o seu  
trabalho,*

*quem não arrisca o certo pelo incerto para ir atrás de  
um sonho,*

*quem não se permite pelo menos uma vez na vida, fugir  
dos conselhos sensatos.*

*Morre lentamente*

*quem não viaja, quem não lê,*

*quem não ouve música,*

*quem não encontra graça em si mesmo.*

*Morre lentamente*

*quem destrói o seu amor-próprio, quem não se deixa  
ajudar.*

*Morre lentamente, quem passa os dias queixando-se da  
sua má sorte*

*ou da chuva incessante.*

*Morre lentamente,*

*quem abandona um projeto antes de iniciá-lo, não  
pergunta sobre um assunto que desconhece ou não  
responde quando lhe indagam sobre algo que sabe.*

*Evitemos a morte em doses suaves,*

*recordando sempre que estar vivo exige um esforço  
muito maior*

*que o simples fato de respirar. Somente a perseverança  
fará com que*

*conquistemos*

*um estágio esplêndido de felicidade.*

*Pablo Neruda*

## RESUMO

O presente trabalho objetiva, de forma dedutiva, apresentar uma saída para a crise de eficácia/efetividade dos direitos fundamentais pela qual passam os Estados democráticos de Direito das modernas democracias ocidentais. Para o delineamento desta crise analisa-se o impacto da ideologia neoliberal, que se dinamiza e se reproduz com a globalização econômica, sob o funcionamento deste modelo de Estado, fazendo-o descumprir seus principais mandamentos. Desta forma se chega ao conceito de exceção econômica. Pretende-se, nessa toada, dar uma resposta, com base na teoria geral do garantismo, para este problema. Dessa maneira, no primeiro capítulo desenvolvem-se os modelos de Estado e o desempenho do seu papel na sociedade, partindo do Estado Liberal até o moderno Estado Constitucional. No segundo capítulo são apresentadas a teoria geral do garantismo jurídico e sua leitura sobre a relação entre validade, vigência e eficácia das normas, bem como a relevância dos direitos fundamentais como base para a construção de uma democracia substancial calcada na substância das normas. Já no último capítulo traça-se um panorama histórico-ideológico do neoliberalismo, demonstrando sua conexão com a globalização, até que se delineie o conceito de exceção econômica. Num segundo momento neste último capítulo, expõem-se as possíveis respostas garantistas frente a esse problema, sendo a primeira o papel do juiz. Neste sentido apresenta-se o juiz tradicional, apegado ao *paleopositivismo* dogmático que, imerso na interpretação lógico-formal, contribui para a manutenção do *status quo*, para então demonstrar o dever do magistrado de controlar a constitucionalidade das leis realizando a filtragem constitucional e defendendo, contra qualquer maioria, os direitos fundamentais, principal traço que o caracteriza como juiz garantista. Por último, tendo que esta resposta não se apresenta suficiente para a efetividade do modelo de Estado vigente, é colocada como última saída possível antes da capitulação ao paradigma do Estado democrático de Direito o exercício do direito de resistência pela população.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Teoria geral do garantismo jurídico. Neoliberalismo. Globalização econômica. Exceção Econômica. Juiz. Direito de Resistência.

## ABSTRACT

This study aims, in a deductive, present a solution to the crisis of efficacy / effectiveness of fundamental rights which are the democratic states of law of modern Western democracies. To examine the design of this crisis is the impact of neoliberal ideology, which streamlines and is reproduced with the economic globalization, under the operation of this type of state, making it their main breaks commandments. This way you get the concept of economic exception. It is in that tune, giving a response based on the general theory of security to cover this problem. Thus, in the first chapter there are the models of state and performance of its role in society, the State Liberal until the modern constitutional state. The second chapter is presented the general theory of legal guarantees and reading about the relationship between validity, validity and effectiveness of standards and the relevance of fundamental rights as the basis for building a democracy based substantially on the substance of the rules. In the previous chapter outlines is a historical and ideological picture of neoliberalism, demonstrating their connection to globalization, to which the concept of exception delineie economical. Second in this final chapter, put up collateral against the possible answers to this problem, the first being the role of the judge. In this sense it is the traditional court, attached to paleopositivismo dogmatic that, immersed in formal-logical interpretation, contributes to maintaining the status quo, then demonstrate to the magistrate's duty to monitor the constitutionality of laws making the filtering constitutional and defending, against most of the fundamental rights, the main feature that characterized the court as security. Finally, given that this response is not sufficient to model the effectiveness of current state, is placed as the last possible exit before the capitulation to the paradigm of the democratic state of law the right of resistance by the population.

**Keywords:** Democratic State of Law. General theory of legal guarantees. Neoliberalism. Economic globalization. Economic Exception. Judge. Right of Resistance.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 CONCEITO DE ESTADO E SUA EVOLUÇÃO NA SOCIEDADE .....</b>	<b>12</b>
1.1 ESTADO LIBERAL DE DIREITO .....	13
<b>1.1.1 Características do Estado Liberal de Direito.....</b>	<b>15</b>
1.2 ESTADO SOCIAL DE DIREITO.....	19
<b>1.2.1 Natureza e características do Estado Social de Direito.....</b>	<b>25</b>
<b>1.2.2 Estado Social de Direito no Brasil.....</b>	<b>27</b>
1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	28
<b>2 TEORIA GERAL DO GARANTISMO .....</b>	<b>37</b>
2.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO GARANTISMO .....	37
<b>2.1.1 As acepções do termo garantismo .....</b>	<b>38</b>
2.1.1.2 Garantismo como teoria jurídica .....	45
2.1.1.3 Garantismo como filosofia política .....	52
<b>2.1.2 Categorias centrais para uma leitura da estrutura jurídico-política.....</b>	<b>56</b>
2.1.2.1 Diferenças e desigualdades.....	56
2.1.2.2 Direitos fundamentais.....	57
2.1.2.3 Direito de resistência .....	60
<b>3 NEOLIBERALISMO, GLOBALIZAÇÃO E EXCEÇÃO ECONÔMICA: A RESPOSTA GARANTISTA .....</b>	<b>62</b>
3.1 NEOLIBERALISMO E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA .....	62
<b>3.1.1 Exceção econômica .....</b>	<b>74</b>
3.2 A RESPOSTA GARANTISTA.....	79
<b>3.2.1 O papel do juiz sob o enfoque do garantismo jurídico.....</b>	<b>80</b>
<b>3.2.2 Direito de resistência como saída .....</b>	<b>91</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>94</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>98</b>

## INTRODUÇÃO

*Nós vos pedimos com insistência:  
não digam nunca 'isso é natural'  
diante dos acontecimentos de cada dia,  
numa época em que reina a confusão,  
em que corre sangue,  
em que o arbitrário tem a força da lei,  
em que a humanidade se desumaniza,  
não digam nunca: "isso é natural"  
para que nada passe a ser imutável!*

*Bertolt Brecht*

O presente trabalho parte do pressuposto de que o neoliberalismo se consolidou como uma “técnica de governo” que se caracteriza por desconhecer as fronteiras estatais impondo restrições à soberania e ao poder do Estado. Seus mandamentos, basicamente unidos em torno do domínio da *lex mercatoria*, determinam a expansão do mercado sem limites ou controles. Nesse contexto há uma demanda, advinda principalmente de organismos internacionais como o Fundo Monetário internacional - FMI e o Banco Mundial - BM, específica para os países periféricos de se enquadrarem rapidamente nos preceitos neoliberais.

Este disciplinamento exige respostas, por vezes rápidas, aos pleitos do mercado, que é volátil, por parte dos governos destes países. Isso faz com que o governo se valha de medidas, muitas excepcionais, para dar conta destas solicitações, o que acaba por fazer contrariando o próprio ordenamento jurídico. Dessa forma se delinea o paradoxo de um próprio poder estatal atuar com primazia na exceção e de descumprir sistematicamente os mandamentos constitucionais.

Soma-se, nesse contexto de problematização, a situação da sociedade brasileira. A desigualdade sócio-econômica, pode-se afirmar, é talvez uma das marcas mais relevante do Brasil. Com efeito, resultado das demandas político-sociais num momento de redemocratização do país, a Constituição brasileira assegura um amplo sistema de direito e garantias ligados a consolidação e efetivação dos direitos fundamentais, tais como, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais, o direito ao meio ambiente, a saúde, a previdência, a um salário mínimo justo, a repressão ao abuso econômico, etc.

Mas, como saída desse abismo de convulsão social, o *establishment* apresenta um programa movido pelos interesses neoliberais e que se encontra em franca expansão. Tal “programa” é marcado, fundamentalmente, pelas privatizações, pela potencialização das liberdades de mercado, pela ocupação de áreas públicas por entes privados (exemplos são

saúde e educação), pela redução e financeirização do Estado e pela abertura do mercado, o que é vendido como modernidade, mas que apresenta claros sinais de barbárie.

Decorrente disto é a defesa, realizada por determinados setores, da retirada do Estado do cenário social, com a maximização do mercado, inclusive em áreas antes exercitadas por aquele, e a consequente sobreposição do setor privado sobre o público, que transforma direitos econômicos e sociais em serviços, colocando o cidadão na posição de mero consumidor.

Nessa esteira, tendo que esta atuação estatal acontece na contramão dos preceitos constitucionais, o objetivo inicial deste trabalho é indicar algumas bases do que se denomina Estado democrático de Direito<sup>1</sup> e da sua relação com o descumprimento de suas disposições, com destaque a sistemática violação de direitos fundamentais. Essa relação será analisada enfocando o atuar dos governos, evidenciando as ligações dos projetos políticos executados com os interesses da *lex mercatoria* e do discurso hegemônico neoliberal.

Para tanto, num primeiro momento, será realizada uma exploração da construção dos modelos de Estado contemporâneos, desenvolvendo seu papel na evolução da sociedade e constatando as diferenças entre os modelos, com o intuito precípuo de situar o paradigma atual de Estado e os seus preceitos fundamentais.

Em um segundo momento será apresentada a teoria geral do garantismo, desenvolvida pelo italiano Luigi Ferrajoli, demonstrando a definição de três acepções para o termo garantismo, que seria um modelo normativo de Direito, um modelo de Estado, e uma doutrina político-filosófica. Ainda é apresentada uma definição de direitos fundamentais, os quais seriam a base da legitimidade substancial e da democracia material, bem como a questão do direito de resistência para Ferrajoli. Esta teoria servirá de base para que se intente responder a problemática acima desenvolvida, no sentido de que, conforme Cademartori, ela permite dar conta de uma análise rigorosa da estrutura normativo-institucional desse fenômeno de dominação conhecido como Estado de Direito em sua versão contemporânea e de propor um caminho para a correção das distorções que hoje determinam a crise desse modelo. Além disso permite o garantismo uma crítica da política.

Num terceiro e último momento ocorre a explicitação do que se entende hodiernamente por globalização, para que se chegue ao conceito de globalização econômica, e

---

<sup>1</sup> No decorrer deste trabalho os termos “Estado de Direito”, “Estado constitucional” e “Estado democrático de Direito” serão utilizados como sinônimos. Regra geral quando se fala nesses Estados a referência é aos Estados constituídos nas democracias ocidentais. Eventualmente o exemplo brasileiro será utilizado para ilustrar e problematizar as questões centrais a que se refere este trabalho, tendo em vista que se vive sob a égide de um Estado democrático de Direito no Brasil.

que, assim, seja realizada a ligação desta globalização com os preceitos do neoliberalismo e a sua relação com o Estado de Direito. Nessa esteira será apresentado também o conceito de exceção econômica, de forma a enriquecer o debate sobre a influência do econômico no jurídico e no político.

Ainda nesta última parte apresentam-se duas possíveis respostas garantistas. Delineia-se qual seria o papel do juiz num Estado democrático de Direito sob o enfoque da teoria geral do garantismo, demonstrando como o atuar do Poder Judiciário, se reestruturado, pode contribuir para a garantia e efetivação dos direitos fundamentais, tendo este poder como última instância para que se pleiteie a efetivação destes direitos. Contudo, crendo que esta solução não será suficiente para resolver os problemas apresentados, coloca-se a questão da resistência como uma possível saída para a luta pela efetivação do Estado de Direito e, assim, caminhar para a superação das diferenças que dilaceram a democracia brasileira.

Cumprido, ainda, deixar claro que não é a intenção desse trabalho reconstruir a Teoria do Estado e nem a Teoria política. Procura-se tão somente apresentar uma denúncia aos excessivos atentados aos direitos fundamentais que são o cerne e coração da Constituição de modo a debater criticamente o paradigma do Estado democrático de Direito. A formatação do texto não segue à risca a normatização técnica porque se julga que a forma adotada no trabalho favorece a leitura e a compreensão, destacando o caráter pedagógico que deve cumprir uma dissertação de mestrado. Nesse sentido também foram confeccionados quadros para ilustrar algumas questões de forma a facilitar a leitura e compreensão do texto. Além disso, para explicitar bem os objetivos e limites do trabalho foram utilizadas muitas notas de rodapé explicativas. Notas de rodapé que são também largamente utilizadas para a colocação de exemplos ou problematizações a respeito de temas que permeiam esse texto mas que seriam excessivos se ficassem no corpo do texto principal. Isto ocorre no sentido de manter o texto concatenado e com uma linha reta de raciocínio. Todas as traduções efetuadas do espanhol para o português foram realizadas livremente pelo autor.

## 1 CONCEITO DE ESTADO E SUA EVOLUÇÃO NA SOCIEDADE<sup>2</sup>

A definição do que vem a ser Estado não é tarefa das mais simples, pois implica a compreensão das diversas relações de comportamento entre os indivíduos e suas justificativas, além da análise das relações de poder que compõem a sociedade. Entender o Estado significa atentar-se para seus conteúdos jurídico e político, e interpretá-los de forma indissolúvel, valorando-os de acordo com as finalidades adotadas pelo modelo de Estado em estudo.

Dalmo Dallari aduz que encontrar um conceito de Estado que satisfaça a todas as correntes doutrinárias é absolutamente impossível, pois sendo o Estado um ente complexo, pode ser abordado sob diversos pontos de vista e, além disso, sendo extremamente variável quanto à forma por sua própria natureza, haverá tantos pontos de partida quanto forem os ângulos de preferência dos observadores. O jurista então conceitua o Estado como:

a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território. Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação desse a um certo povo e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território.<sup>3</sup>

Tendo em vista leituras nas quais se conclui que o Estado atravessa uma crise<sup>4</sup>, devido a fenômenos como a globalização e a internacionalização<sup>5</sup>, a compreensão e entendimento do funcionamento do paradigma de Estado sob o qual se erigem as modernas democracias é de fulcral importância para o objeto de estudo deste trabalho. Por isso, a seguir, será realizada uma breve exposição da evolução dos modelos de Estado de Direito na sociedade<sup>6</sup>, de forma que se situe o debate no moderno Estado de Direito que é o Constitucional e Democrático. Dessa maneira ficará claro como deve(ria) operar este modelo de Estado. Além disso, essa exposição será realizada para melhor se entender a complexidade

---

<sup>2</sup> A presente (re)construção dos modelos de Estado de Direito tem uma dupla face: de um lado pretende-se, de forma didática, apresentar os paradigmas de Estado pelos quais atravessaram a maioria das democracias ocidentais e, de outro lado, nessa apresentação, expor os elementos que caracterizam estes modelos, para que ocorra um diálogo com a reflexão que se deslindará no terceiro capítulo sobre a efetividade dos direitos consubstanciados nesses modelos e a efetividade do próprio modelo. Não há o objetivo de reproduzir neste espaço a Teoria do Estado. Para tanto, conferir, dentre outros: DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1998; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Edição Gradiva, 1999; ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997; e CHÂTELET, François *et al. História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

<sup>3</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 118.

<sup>4</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

<sup>5</sup> Essas questões serão trabalhadas no terceiro capítulo do presente trabalho.

<sup>6</sup> Via de regra fala-se das sociedades ocidentais que seguiram a tradição do liberalismo.

dos fenômenos sociais e, principalmente, jurídicos que caracterizam nossa sociedade que se encontra assolada pela onda neoliberal<sup>7</sup>.

## 1.1 ESTADO LIBERAL DE DIREITO

O Estado Liberal surgiu como resultado de uma batalha contra as monarquias absolutas. A forma de Estado existente antes do surgimento deste modelo de Estado era conhecida como o Antigo Regime, baseado no poder divino dos reis que detinham todo o poder e, devido a essa concentração, quem produzia, interpretava e aplicava a lei era o rei. Era um modelo de Estado no qual o soberano detinha o direito sobre a vida, a liberdade e a propriedade de todos seus súditos e ainda determinava a vida econômica, a qual era baseada na organização feudal pontuada no pacto de submissão dos vassalos ao senhor.

O Estado, nessa versão absolutista, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando, por razões econômicas, esta classe social abriu mão do poder político, delegando-o ao soberano. Na virada do Século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter só o poder econômico e queria tomar conta também do poder político – até então privilégio da aristocracia.

A monarquia favoreceu os interesses da burguesia nascente exercitando uma política que lhe mantivesse no poder, estimulando a política mercantilista já que não podia frear a expansão capitalista.<sup>8</sup> Dessa forma, exercitando os interesses da burguesia, a “superestrutura política do feudalismo abriu à infra-estrutura econômica da burguesia caminhos que lhe eram fatais”<sup>9</sup>, o absolutismo aparelhou a crise revolucionária que teria como corolário sua própria destruição.

Nesta feita surge o liberalismo como uma crítica contundente ao sistema monárquico-feudal-mercantilista que ainda dava forças ao Estado monárquico o qual teve sua expressão mais acabada na famosa frase do Rei Luís XIV: "O Estado sou eu". Essa crítica baseou-se nas idéias de direito natural do indivíduo e de sociedade civil, o que quebrou com a concepção vigente de hierarquia, criando a idéia de contrato social substituindo a de submissão social, o que, por sua vez, desconstrói a origem divina do poder do soberano. O fim do *Anciën Regime* conclui-se quando a teoria política consagrou a propriedade privada

---

<sup>7</sup> Cf.: RAMOS FILHO, Wilson. Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho (org.). *Direito e neoliberalismo: elementos par uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 47.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 69-70.

como direito natural e desfez a imagem do rei/soberano como senhor dos bens. A decisão sobre tributos passa a ser tomada por um Parlamento. Dessa forma o destinatário e a origem do poder político é o indivíduo, poder nascido de um contrato social voluntário, mas no qual não se cede a individualidade (liberdade, vida e propriedade). Canotilho entende esse fenômeno político nas seguintes acepções:

O termo liberalismo engloba o liberalismo político, ao qual estão associadas as doutrinas dos direitos humanos e da divisão dos poderes, e o *liberalismo econômico*, centrado sobre uma economia de mercado livre (capitalista).<sup>10</sup>

Na seara econômica preconizou-se a liberdade contratual e a intervenção mínima como direitos naturais, assim como a propriedade privada.

Por outro lado afirma-se o caráter republicano do poder de uma forma que o Estado é o poder público e nele os interesses dos proprietários devem estar representados por meio do Parlamento. O Poder Executivo poderia ser monárquico, caso no qual o rei estaria submetido às leis, ou democrático, caso em que o Executivo era eleito por voto censitário<sup>11</sup>.

Os filósofos e pensadores liberais teceram uma crítica à sociedade absolutista-monárquica que culminou em um processo revolucionário de caráter político-social - a Revolução Francesa -, e ao mesmo tempo coincidiu com um fenômeno de caráter científico-tecnológico que foi a 1ª Revolução Industrial, os quais num processo simultâneo e convergente deram origem a um novo tipo de sociedade - a capitalista, e a um novo tipo de Estado - o Estado Liberal-Burguês. Esta convergência deu origem também a um novo tipo de trabalhador: o industrial ou proletário.

Com a Revolução Francesa a burguesia inaugura seu poder político como classe. Têm-se então contornos do que seria a nova contradição: a da burguesia-operariado, aquela na seqüência do conflito ideológico que lhe haveria de ser fatal à conservação intacta dos privilégios econômicos adquiridos.<sup>12</sup>

O Estado Liberal surgiu como um conceito de luta, como uma arma política da burguesia com o objetivo político de impor uma nova ordem política frente à velha ordem de

---

10 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

<sup>11</sup> A cidadania liberal caracteriza-se na centralidade do indivíduo, que é o cidadão. Contudo, para a concepção liberal só eram cidadãos livres e independentes os proprietários, os quais votavam e eram votados. Já os sem-propriedade eram dependentes e não-livres e, dessa maneira, excluídos da cidadania (aqui se incluem as mulheres e os trabalhadores). Cf.: WOLKMER, *Antonio Carlos. Ideologia, estado e direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.117. Nesse sentido Bonavides aduz que o contrato social representava não o pacto de toda a sociedade, mas de uma classe social - a burguesia, já que a burguesia construiu um Estado em que o princípio liberal se sobrepuja sobre o democrático. Cf.: BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 68.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 79.

Absolutismo. Contudo, assevera Antônio Carlos Wolkmer que a forma revolucionária do liberalismo durou pouco tempo:

No início, o Liberalismo assumiu uma forma revolucionária marcada pela “liberdade, igualdade e fraternidade”, em que favorecia tanto os interesses individuais da burguesia enriquecida quanto os de seus aliados economicamente menos favorecidos. Mais tarde, contudo, quando o capitalismo começa a passar à fase industrial, a burguesia (a elite burguesa), assumindo o poder político e consolidando seu controle econômico, começa “a aplicar na prática somente os aspectos da teoria liberal” que mais lhe interessam, denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo.<sup>13</sup>

### 1.1.1 Características do Estado Liberal de Direito

O Estado Liberal de Direito é influenciado pelo liberalismo. O liberalismo estabelece uma dualidade entre o Estado e a sociedade, o que se expressa na idéia de que o Estado e a sociedade se concebem como sistemas autônomos e claramente discerníveis entre si, dotados ambos de sua própria racionalidade, com limites claramente estabelecidos; a sociedade se autodetermina, numa ordenação natural que obedece a suas próprias leis de funcionamento; o Estado é criação artificial, instrumento histórico de ação humana.

Este paradigma de Estado pode ser definido como

sendo um Estado cuja função principal é estabelecer e manter o Direito cujos limites de ação estão rigorosamente definidos por este, bem entendido que Direito não se identifica com qualquer lei ou conjunto de leis com indiferença sobre seu conteúdo [...] significa, assim, uma limitação do poder do Estado pelo Direito, porém não a possibilidade de legitimar qualquer critério concedendo-lhe forma de lei.<sup>14</sup>

Então não basta qualquer legalidade, mas a que reflita um ideário, o que significa que não basta ser um Estado legal para ser Estado de Direito. Observa-se que o conceito de Estado de Direito nasceu com os conceitos do liberalismo, dessa forma impregnado pelos conteúdos liberais como o princípio da legalidade (submissão da soberania estatal à lei), a divisão de poderes e a garantia dos direitos fundamentais.

Suas características fundamentais são as seguintes segundo Streck e Bolzan de Moraes:

---

<sup>13</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.117.

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 89.

A – Separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça.

B – A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado.

C – A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a idéia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta – *referendum* e plebiscito – bem como, pela imposição de um controle de constitucionalidade.

D – O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando assim, a liberdade de atuação dos indivíduos.<sup>15</sup>

Não se tem aqui o reducionismo do Estado de Direito à lei, o que não vem com o liberalismo, mas sim com o positivismo jurídico e suas teses normativistas extremadas. Dessa forma tem-se que a acepção liberal de Estado continha também o conceito material de Estado – a ação estatal e a relação Estado-cidadão. A nota central deste Estado Liberal de Direito apresenta-se como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado impeditiva ou constrangedora de sua atuação cotidiana. Ou seja: a este cabia o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas a sua atuação positiva. Como afirma Bonavides, o traço mais peculiar do liberalismo é a limitação do poder, pois todas as suas diligências se dirigiam para esse fim.<sup>16</sup>

Segundo a filósofa Marilena Chauí a função do Estado Liberal é tríplice, sendo a primeira:

por meio das leis e do uso legal da violência (exército e polícia), garantir o direito natural de propriedade, sem interferir na vida econômica, pois, não tendo instituído a propriedade, o Estado não tem poder para nela inferir.<sup>17</sup>

Tendo em vista que os monarcas absolutos detinham o controle do comércio mercantilista, o que era um obstáculo ao desenvolvimento da burguesia, esta pleiteava liberdade de mercado para e produzir e comercializar produtos. A idéia da propriedade como direito natural serviu para proteger a propriedade burguesa dos nobres e dos pobres. Da liberdade de mercado/econômica derivam-se os termos liberal/liberalismo. A segunda função seria:

---

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 90.

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 167.

<sup>17</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2004, p. 375. A obra “Convite à filosofia” apesar de ter a finalidade de apresentar de forma sistematizada noções gerais sobre filosofia trás importantes reflexões e conceitos sobre política e direito que importam a este presente trabalho.

visto que os proprietários privados são capazes de estabelecer as regras e as normas da vida econômica ou do mercado e que o fazem agindo numa esfera que não é estatal e sim social, entre o Estado e o indivíduo intercala-se uma esfera social, a sociedade civil, sobre a qual o Estado não tem poder instituinte, mas apenas a função de arbitrar, por meio das leis e da força, os conflitos da sociedade civil.<sup>18</sup>

Esta função reforça ainda mais a idéia de liberalismo pois é a sociedade civil que deve se auto-organizar para realizar ações sociais sem a interferência do Estado nestas que não são privadas, mas sim públicas, sendo reservado ao Estado intervir quando alguma lei foi infringida. Por último a filósofa coloca ainda como função do Estado Liberal:

o Estado tem o direito de legislar, permitir e proibir tudo quanto pertença à esfera da vida pública, mas não tem o direito de intervir sobre a esfera privada, isto é, sobre a consciência dos governados. O Estado deve garantir a liberdade de consciência, ou seja, a liberdade de pensamento de todos os governados, e só poderá exercer censura nos casos em que se emitam opiniões sediciosas que ponham em risco o próprio Estado.<sup>19</sup>

Destarte, fica claro que os pontos fulcrais do liberalismo são as liberdades de mercado, de organização da sociedade civil entre indivíduos livres e iguais e a de consciência. Assim, o centro da sociedade civil é a propriedade privada, que diferencia indivíduos, grupos e classes sociais, e o centro do Estado é a garantia dessa propriedade, sem, contudo, mesclar política e sociedade. O coração do liberalismo é a diferença entre Estado e sociedade, pois é essa distância que lhe permite defender a idéia de liberdade econômica (de mercado) e de liberdade de ação social distinta da ação pública ou política.

O papel do Estado Liberal então é a garantia da ordem pública, dominando, reprimindo, exigindo obediência e punindo o que a lei defina como crime. Sergio Cademartori define da seguinte forma o Estado Liberal:

O pensamento liberal concebeu o Estado de Direito limitado não somente por proibições, correspondentes às garantias do indivíduo de não ser privado dos bens pré-políticos ou naturais (vida, liberdade, propriedade). Com efeito, *as garantias liberais* ou *negativas* consistem em deveres públicos negativos de não fazer – deixar viver e deixar fazer – as quais têm por conteúdo prestações negativas.<sup>20</sup>

Dessa forma tem-se que o Estado Liberal foi o mais fraco possível caracterizando-se como *Estado mínimo* ou *Estado-polícia*, com funções restritas quase à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas, o que facilitou a implantação do

---

<sup>18</sup> Idem, Ibidem, p. 375.

<sup>19</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2004, p. 375.

<sup>20</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 159-160.

constitucionalismo e da separação de poderes, pois ambos implicavam o enfraquecimento do Estado e, ao mesmo tempo, a preservação da liberdade de comércio e de contrato, bem como do caráter basicamente individualista da sociedade.<sup>21</sup>

O Estado Liberal com o mínimo de interferência na vida social trouxe alguns inegáveis benefícios como o progresso econômico acentuado, que acarretou na Revolução industrial; a valorização do indivíduo e da liberdade humana e o desenvolvimento de técnicas de poder pela substituição do poder pessoal pelo legal. Mas, em sentido contrário criou as condições para sua própria superação pois a valorização do indivíduo foi extrapolada, ignorando a natureza associativa do homem, dando margem a um comportamento egoísta (que se diga de passagem reflete até hoje na sociedade, principalmente com o neoliberalismo), mais vantajoso para os menos escrupulosos e mais audaciosos. Ao lado disso a concepção individualista da liberdade concedeu liberdade para todos mas não o poder para exercê-la, gerando grave injustiça social. Conforme Dallari:

Na verdade, sob o pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da Sociedade.<sup>22</sup>

Nesse sentido, Bonavides assevera que as constituições liberais eram breves e isto derivava

sem dúvida de sua inteira indiferença ao conteúdo e substância das relações sociais. A Constituição, que não podia evitar o Estado, ladeava, contudo, a Sociedade, para conservá-la por esfera imune ou universo inviolável de iniciativas privatistas: era uma Sociedade de indivíduos e não de grupos, embebida toda numa consciência antioletivista.<sup>23</sup>

A constituição estabelecia somente a estrutura básica do Estado proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais, os chamados direitos da liberdade – capacidade civil e política dos governados. Faria acrescenta ainda que

a Constituição nada mais é do que uma ficção a cumprir uma função pragmática precisa: fixar os limites das reações sociais, programando comportamentos, calibrando expectativas e induzindo à obediência no sentido de uma vigorosa

---

<sup>21</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 277.

<sup>22</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 277-278.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Malheiros. São Paulo: 2000, p. 203-204.

“prontidão generalizada” de todos os cidadãos para a aceitação passiva das normas gerais e impessoais – ou seja, das prescrições legais ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto.<sup>24</sup>

Por seu lado, Canotilho explica que a economia capitalista necessita de segurança jurídica, e esta não estava garantida com o Estado Absoluto, que freqüentemente intervinha na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e alterava e revogava leis. Portanto para o português “toda a construção constitucional liberal tem em vista a *certeza do direito*”.<sup>25</sup> Daí se conclui que o liberalismo apresentou-se como uma *teoria antiestado*, tendo como aspecto central o indivíduo e suas iniciativas e colocando o Estado como ente responsável pela manutenção da ordem e da segurança, selando que as disputas porventura surgidas sejam resolvidas pelo juízo imparcial sem recurso a força privada, além de proteger as liberdades civis e a liberdade pessoal e assegurar a liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista.<sup>26</sup>

Então tem-se no Estado Liberal de Direito um conteúdo liberal da legalidade (liberdades negativas) através de uma regulação restritiva da atividade estatal. A lei caracterizava-se como ordem geral e abstrata, regulando a ação social através do não impedimento de seu livre desenvolvimento e seu instrumento básico era a coerção através da sanção das condutas contrárias. O ator era o indivíduo.

## 1.2 ESTADO SOCIAL DE DIREITO

A partir de meados do século XIX mudam-se os rumos e o Estado Liberal passa a assumir tarefas positivas, prestações públicas. Com a amplificação da atuação positiva do

---

<sup>24</sup> FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994, p. 25.

<sup>25</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 109.

<sup>26</sup> No Brasil, como não houve revolução burguesa, a ideologia liberal que aqui se desenvolveu foi nos moldes da Inglaterra, França e Estados Unidos. Expressou “a necessidade de reordenação do poder nacional e a dominação das elites agrárias, processo este marcado pela ambigüidade da junção de ‘formas liberais sobre estruturas de conteúdo oligárquico’”, um conteúdo conservador sob a aparência de formas democráticas. Uma mostra disso foi a coexistência do liberalismo com a escravidão. É que no Brasil foi o próprio governo que instalou o liberalismo. Parafrazeando Wolkmer fomos mascarados por um liberalismo conservador, elitista, antipopular, matizado por práticas autoritárias, formalistas, ornamentais e ilusórias. Cf.: WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 123-124.

Estado<sup>27</sup>, com o crescimento da intervenção, tem-se a diminuição no âmbito da atividade livre do indivíduo – desaparece o Estado mínimo<sup>28</sup>. Isso se explica da seguinte maneira:

No século XIX, os liberais e os movimentos e partidos liberais mudaram a estrutura econômica, social e política da Europa e modificaram drasticamente a comunidade internacional. Pôs-se fim a escravidão, incapacidades religiosas (tolerância), inaugurou-se a liberdade de imprensa; discurso e associação à educação foi estendida; o sufrágio universal foi se estendendo até a universalização; constituições escritas foram elaboradas; o governo representativo consolidou-se como modelo; garantiu-se o livre comércio e eliminaram-se taxas até então impostas, etc. O liberalismo teve um impacto profundo na vida econômica e a liberdade de movimento se realiza. Lar e propriedade se tornam invioláveis; eliminam-se taxas de mercadorias para a facilitação do comércio mundial.<sup>29</sup>

Referente ao sufrágio modifica-se a formação de partidos políticos, a participação eleitoral e o conteúdo de demandas políticas. Governos e partidos ficam mais suscetíveis às demandas sociais, expressadas a partir da ampliação da participação política do proletariado. A prestação pública aperfeiçoa-se com a luta dos movimentos operários. Emergem leis trabalhistas, combate ao desemprego, regulação de jornada de trabalho (luta que ficou conhecido como reivindicação pelo “8-8-8” – oito horas de sono, oito de lazer e oito de trabalho).

Dessa forma a liberdade contratual e econômica é reduzida pela inserção do Estado como ator do jogo econômico atuando no e sobre o domínio econômico. Essa atuação não se limita à simples normatização e atinge a participação efetiva e positiva do poder público no mercado capitalista como agente econômico privilegiado.

Surge a justiça social e inicia-se a construção do *Welfare State*. O Estado mínimo muda de rota e o poder público estatal atua em espaços até então próprios à iniciativa privada.

Para entender essa “transformação” do Estado Liberal para o Estado Social deve-se entender o ideário liberal no qual, ao lado do desenvolvimento econômico e técnico-científico, viu-se o agigantamento dos centros urbanos e o surgimento do proletário urbano, fruto do desenvolvimento industrial e da conseqüente destruição de modos de vida antigos e tradicionais. O projeto liberal teve algumas circunstâncias que geraram uma postura ultra individualista, “uma concepção individualista e formal da liberdade onde há direito e não o poder de ser livre; e a formação do proletariado em conseqüência da Revolução Industrial e

<sup>27</sup> Para efeitos didáticos a referência a “Estado” generaliza os Estados de democracias ocidentais e os efeitos que, em maior ou menor medida passaram na transformação de uma modelo à outro.

<sup>28</sup> Bonavides afirma que “para sobreviver, o Estado burguês se adapta a certas condições históricas; ora recua, ora transige, ora vacila”. In: BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 183.

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 58-59.

seus conseqüências, tais como a urbanização, condições de trabalho, segurança pública, saúde, etc.”.<sup>30</sup>

Com a segunda grande guerra aumenta a atitude intervencionista do Estado que assumiu amplamente o encargo de assegurar a prestação dos serviços fundamentais à todos os indivíduos, ampliando sua esfera de ação. A necessidade de controlar os recursos sociais e obter o máximo de proveito faz o Estado chegar a todos os campos da vida social. Terminada a guerra ocorre um avanço ainda maior já que as necessidades de reconstrução dos países envolvidos na guerra impõem iniciativa estatal. Enfim, a atitude do Estado mudou, sendo que a atividade econômica não é mais discricionária, pois os regulamentos administrativos a colhem em suas malhas; a liberdade de exercer a atividade econômica como, quando e onde cada um queira, é restringida; a liberdade contratual cede espaço à regulação estatutária; a vitória definitiva da vontade individual sobre a vontade coletiva não é mais o que se exprime – a vontade do Estado tende a predominar em todos os campos; os monopólios integram-se ao Estado, não se suprimem; o Estado não se limita à polícia e à administração da justiça: financia, comercia, gera a economia.<sup>31</sup>

Conforme Bonavides afirma, na medida que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa a ser de todas as classes:

o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distinto regimes políticos, importante transformação [...] nasce, aí, a noção contemporânea do Estado social.<sup>32</sup>

Dessa forma pode-se caracterizar o nascimento do Estado Social de Direito com a reunião de vários fatores:

a) As Lutas da Classe Trabalhadora - o proletariado, devido sobretudo à aplicação dos princípios econômicos e políticos do liberalismo, foi objeto de grande exploração. Esta situação trouxe como conseqüência as lutas da classe trabalhadora e de outros movimentos políticos que questionaram fortemente o sistema capitalista e o Estado Liberal de Direito, ao qual se foram introduzindo mudanças que culminaram

---

<sup>30</sup> STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 61-62.

<sup>31</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 280.

<sup>32</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 185.

com o surgimento de dois novos tipos ou formas de Estado, quais sejam o Estado Socialista e o Estado Social de Direito.

b) O Estado Socialista - A liberdade não tinha chegado aos trabalhadores. A igualdade de direito na qual o Estado só mantém a ordem social só servia para manter/preservar a ordem injusta e os privilégios. A liberdade contratual resultava em salários miseráveis, jornadas imensas de trabalho, que se realizavam em ambientes insalubres. E o proletário “tinha assegurado pelo Estado seu direito de livremente escolher entre esse contrato de trabalho ou o desemprego, que representava o desabrigo, a fome, a doença, para o trabalhador e sua família”.<sup>33</sup>

Essa situação de miséria e exploração do proletariado gerou um conjunto de críticas, principalmente por parte de Karl Marx e Friedrich Engels que escreveram para um congresso secretamente realizado em Londres, em 1847, um documento de cunho teórico e prático – o Manifesto do Partido Comunista – que propôs a inevitabilidade da sociedade socialista como fase de trânsito em direção da sociedade comunista<sup>34</sup>.

Estas idéias socialistas lograram materializar-se com o triunfo dos socialistas na Rússia que em 1917 tomaram o poder, o que fez surgir a União Soviética e um novo tipo de Estado – o Estado Socialista, o qual só pela própria existência consistia em uma severa crítica ao capitalismo/liberalismo<sup>35</sup>.

Não se pode negar que a existência deste tipo de Estado foi um dos fatores que contribuíram com a reforma do Estado Liberal Burguês e com a transformação deste, em maior ou menor medida, em Estado Social de Direito.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 283.

<sup>34</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 284.

<sup>35</sup> Então, a partir de 1917 iniciou-se uma luta pela hegemonia mundial entre os dois tipos de Estado (o socialista e o capitalista – que, por sua vez, representavam a luta das ideologias capitalista contra a socialista), a qual passou por várias fases terminando com a queda do Muro de Berlim, um marco na história que representa o fim do socialismo real, que hoje resiste apenas isoladamente em Cuba, que sofre muito sem o apoio da antiga URSS (e onde existem especulações sobre a continuidade do regime, tendo em vista a recente retirada do poder, após 49 anos, de Fidel Castro) e na China, onde os jornais costumam chamar o seu modelo econômico de “capitalismo vermelho”(notadamente a Folha de S. Paulo), tendo em vista a atuação econômica de forma similar ao capitalismo (muitos países até já a consideram economia de mercado, como o Brasil).

<sup>36</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 183-185. Bonavides afirma que a intervenção ideológica do próprio socialismo foi determinante para o aparecimento do Estado Social. Aduz ainda que não se pode confundir o Estado Socialista com o Estado Social. A diferença básica entre os dois modelos de Estado é que o Estado proletário intentou implantar o socialismo enquanto o Estado Social conserva a sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal ao qual não renuncia. É que, para as orientações que pretendiam chegar ao socialismo pela via democrática o Estado Social seria meio caminho andado.

c) A Primeira Guerra Mundial - A primeira grande guerra rompe com a tradição do liberalismo econômico acelerando a ação de fatores desagregadores. Exige muito armamento e aprovisionamento, o que gera a concentração da economia pelo Estado.

d) A Revolução Mexicana e a Constituição de Weimar - A Revolução Mexicana, que se iniciou em 1910 e culminou em 1917 com uma nova Constituição, teve uma contribuição para a gestação do Estado Social de Direito, já que esta foi a primeira no mundo que consagrou os direitos sociais dos trabalhadores e os direitos dos camponeses. Também na Alemanha, em 1919, aprovou-se a Constituição de Weimar que estabeleceu a obrigação do Estado de realizar ações positivas para o cumprimento dos direitos sociais<sup>37</sup>.

e) As crises cíclicas: a crise econômica do Capitalismo de 1929. O “crack” de 1929 é outro fator que influenciou o nascimento do Estado Social de Direito. O capitalismo apresentava crises cíclicas de expansão e depressão, que apontavam para as fissuras do liberalismo, e no século passado foram duas as grandes crises do sistema capitalista: a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, a qual desencadeou a política do então presidente estadunidense Franklin Roosevelt, o *New Deal*, que foi um passo ao Estado de Bem-estar (*Welfare State*); e a crise de 1970, que paradoxalmente deu origem ao neoliberalismo, que está desmontando o Estado Social de Direito.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> A Constituição de Weimar fez suscitar nos ambientes acadêmicos germânicos intensos debates sobre o conceito de constituição. Nessa época pela primeira vez falou-se em teoria constitucional e, a partir de então, a teoria constitucional se desenvolveu como nunca antes se tornando um ramo apartado da teoria do Estado.

<sup>38</sup> O “crack” de 1929 trouxe como conseqüências a súbita e brusca baixa das ações, estrondosas quebras, o declínio da produção industrial e sobretudo o crescimento espantoso do desemprego e da miséria não só nos EUA e em grande parte do planeta. Em 1932, Franklin Roosevelt é eleito presidente dos Estados Unidos da América e, em decorrência da crise, encontrou o povo em situação desesperadora com muito desemprego, famílias sem abrigo e sem comida e até os altos círculos financeiros desorientados e inseguros. Enfrentando a resistência dos empresários e dos tradicionalistas, Roosevelt lançou seu programa de governo conhecido como *New Deal*, que era, na realidade, uma política intervencionista. O *New Deal* foi implantado sob a orientação e assessoria do prêmio Nobel em economia, o economista inglês Keynes, que em um livro denominado “O fim do deixar fazer” (*The end of the laissez faire*), afirmava que os principais defeitos da sociedade em que vivemos são sua incapacidade para proporcionar pleno emprego e sua arbitrária e desigual distribuição das riquezas e das rendas. Sugerindo uma correção dessa distorção Keynes propôs, no seu livro “Teoria Geral do Emprego, do Interesse e da Moeda”, um papel mais ativo por parte do Estado, convertendo-o em um ente gerador de empregos através de grandes investimentos públicos e também um agente protagonista no processo de redistribuição das rendas, através dos impostos progressivos. Esta política do *New Deal* nos Estados Unidos deu início ao que depois se denominou “economia mista” – economias nacionais baseadas na combinação ou coexistência de dois tipos de agentes econômicos, a iniciativa privada e o Estado Nacional. Na América Latina esta economia mista também se chamou “capitalismo de Estado”. Com o *New Deal* “o Estado-polícia foi substituído pelo Estado de serviço, que emprega seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por uma intervenção decidida, algumas das conseqüências mais penosas da desigualdade econômica”, e esse foi o primeiro passo com êxito na história no desenvolvimento do *Welfare State* pois interveio diretamente na economia, através de obras, regulamentação de

f) A Segunda Guerra Mundial - Novamente o Estado desempenha papel de controlador dos recursos sociais e mantém a produção, a distribuição e o controle da economia, não se limitando a uma atitude apenas repressora.

g) Os movimentos sociais - Diversos movimentos sociais que rechaçaram o dogma de que o mercado com sua mão invisível seria capaz de levar a bom termo o processo econômico.

h) Os Partidos Sociais Democratas - Os marxistas, desde muito cedo discutiam como deveria ser feita a passagem do capitalismo ao comunismo, se pela revolução ou por um conjunto crescente de reformas no qual o poder passaria das mãos da burguesia ao proletariado. A discussão deu origem a idéia de etapas de transição na qual o socialismo era a principal delas e a política socialista era proposta por partidos que se denominavam sociais-democratas – o que indica política da esquerda reformista<sup>39</sup>. A social-democracia teve experiências no período entre-guerras mas ganha mais força após a segunda grande guerra quando se institui como política do Estado de Bem-Estar Social.<sup>40</sup>

---

crédito, controle sobre produção agrícola, e outros. Com efeito, Keynes demonstrou objetivamente que o capitalismo não poderia sobreviver se seguisse orientando-se pela auto-regulação do mercado como prescrevia a teoria clássica. Cf.: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 279; e AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 86-90.

<sup>39</sup> CHAÚÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2004, p. 399.

<sup>40</sup> Este é mais um fator que deu um aporte à gestação do Estado Social de Direito. Devido as disputas internas na URSS, Lenin divide o movimento socialista ao criar a III Internacional no ano 1919, com o propósito de promover a revolução mundial. A consequência foi a criação de duas vertentes no movimento socialista: a vertente social-democrata (antiga II Internacional) e a vertente comunista (a III Internacional). A social-democracia abandona a via revolucionária e se converte em reformista. Em tese conserva vários pontos do socialismo revolucionário, mas praticamente os abandona, tais como a interpretação econômica do Estado, a luta de classes, a ditadura do proletariado, a abolição da propriedade privada dos meios de produção e a desaparecimento do Estado. Em suma, a social democracia conserva do socialismo marxista os programas amplos de benefício social, mas mantém a essência do capitalismo. Por conseguinte, a social-democracia adota uma visão positiva do Estado para alcançar o poder, a qual implica, em primeiro lugar, o reconhecimento do Estado como instrumento adequado para realizar a reforma social. A social-democracia tem uma concepção de Estado promotor do desenvolvimento e seu programa propõe a luta para a construção de sociedades onde haja democracia política e democracia econômica, desenvolvimento e extensão da propriedade pública, sobretudo nas áreas ou setores estratégicos, e desenvolver formas de propriedade social tais como cooperativas de produção e de consumo.

Assim se denota que o Estado Social de Direito teve sua gestação na Alemanha de Bismark<sup>41</sup>, continuou na Europa Ocidental no entre guerras e seguiu nos EUA com o *New Deal* de Roosevelt. Consolidou-se na maioria dos países sociais-democratas quando estes assumiram o poder depois da 2ª guerra mundial.

O Estado do Bem-estar Social foi utilizado, no contexto da Guerra Fria, para conter possíveis rebeliões populares em países do chamado terceiro mundo. Quem financiou este modelo de Estado nos países de terceiro mundo foram os países mais ricos por meio do Fundo Monetário Internacional – FMI, e do Banco Mundial que fizeram empréstimos para o desenvolvimento das políticas sociais.<sup>42</sup>

### **1.2.1 Natureza e características do Estado Social de Direito**

O Estado Social inclui direitos que não apenas limitam o Estado, mas também direitos às prestações do Estado. Neste modelo o Estado tende a criar uma sensação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Assim, esvai-se a lei nos moldes do ideário liberal – geral e abstrata, pois ela passa a ter, muitas vezes, caráter específico e concreto, como instrumento de ação para atender critérios circunstanciais.

Este modelo de Estado é fundado com o intuito de garantir a seguridade social, individual e coletiva, que promove a justiça social e que propõe fórmulas eficazes de solidariedade entre os homens e as gerações. Tem a responsabilidade de organizar e de dirigir a economia do país.

O Estado de árbitro de conflitos passa a interventor na economia, investindo em indústria estatais, subsidiando a indústria, a agricultura e o comércio, exercendo controle sobre preços, salários e taxa de juros. Assume os direitos sociais como encargos do Estado, tais como a educação, a moradia, o transporte, a previdência social.

O Estado Social de Direito absorveu os conteúdos do liberalismo e acrescentou os direitos sociais, dando-o um novo conteúdo axiológico e político, incluindo o dever de prestação por parte do Estado. Este tipo de Estado cunha o termo social em detrimento da concepção individual do liberalismo e pretende criar uma situação de bem-estar geral.

A intervenção que é característica deste paradigma de Estado também se caracteriza por impor função social a alguns institutos, como fez, por exemplo, para a liberdade

---

<sup>41</sup> O Chanceler estabeleceu as primeiras leis de seguridade social no mundo ao criar o seguro de enfermidade, o seguro de acidentes e os seguros de velhice e de invalidez.

<sup>42</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2004, p. 400.

contratual que passou para a idéia de função social do contrato (dirigismo contratual) e a livre disponibilidade da propriedade privada passa a vigor sob o princípio da função social da propriedade.<sup>43</sup> Além disso, com o sufrágio universal e o aumento das propostas políticas do novo eleitorado, surgiram as normas programáticas, que acabaram por serem entendidas por alguns autores como de eficácia limitada, como políticas.<sup>44</sup>

Segundo Cademartori estamos de frente a um Estado Social quando a Constituição incorporar não só as proibições em garantias dos direitos de liberdade, mas também as obrigações correspondentes aos direitos sociais. Dessa forma conclui que:

muda a base de legitimação do estado: enquanto o estado de direito liberal deve apenas *não piorar* as condições de vida dos cidadãos, o estado de direito social deve também *melhorá-las* [...] as garantias sociais ou positivas baseadas em obrigações do estado permitem pretender ou adquirir condições sociais de vida: subsistência, saúde, educação, trabalho, moradia, etc.<sup>45</sup>

Em poucas palavras: “Estado social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo”<sup>46</sup>. Então quando o Estado, coagido pelas pressões da massa, confere direitos de trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia, dita o salário, manipula a moeda, regula a moeda, protege os enfermos, compra a produção, dentre outros, neste instante o Estado pode receber a denominação de Estado Social.<sup>47</sup>

A intervenção na área econômica impõe como tarefas ao Estado Social de Direito: ser um ente regulador, o que corresponde estabelecer as regras do jogo da economia privada, de um modo que garanta à todos o exercício da liberdade econômica; ser também um ente de controle do exercício da liberdade econômica para proteger os débeis, evitando a indevida elevação de preços e as manobras abusivas tendentes a obstruir o exercício da liberdade

---

<sup>43</sup> STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: 2003, Editora Livraria do Advogado, p. 68.

<sup>44</sup> A discussão sobre determinadas normas serem programáticas e a forma de lidar com elas, principalmente no campo da aplicação do Direito, ainda permeiam grandes debates tanto na doutrina como na jurisprudência.

<sup>45</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 160.

<sup>46</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 203.

<sup>47</sup> Importante destacar que Estado Social de Direito não é o mesmo que estado de bem-estar. O Estado de Bem-estar é um conceito definido de política econômica e social, delimitado por notas econômicas e sociais. O Estado Social de Direito é um conceito mais amplo, pois integra aspectos políticos, ideológicos e jurídicos. Nessa esteira podemos afirmar que a idéia e o conceito de Estado Social de Direito se estende a aspectos mais gerais que fazem dele uma forma política concreta sucessora do Estado Liberal de Direito, ainda não em contradição sem solução com ele. O Estado de Bem-estar é uma política que empreende o Estado enfrentando uma situação de crise. O Estado aparece como a única instituição capaz de estabelecer as correções necessárias para salvar o capitalismo de suas agudas crises. O Estado Social de Direito é um conceito elaborado conscientemente, pois pretende dar uma direção racional ao processo histórico, de forma programática, ao ter um programa de ação, e protetivo, na medida que intenta guiar o Estado, antepondo-se e moldando os acontecimentos, em atenção a uma estratégia construída em função da realização de valores. Sobre o tema ver: MARTINEZ, Vinício C. *Estado do bem estar social ou estado social?*. Disponível em: <[www.ihj.org.br](http://www.ihj.org.br)>. Acesso em: 31 set. 2005.

econômica por estes; ainda deve ser um ente de fomento no sentido de promover, estimular, fomentar o desenvolvimento de atividades econômicas pelo setor privado. Dentro dessas atividades de fomento tem que realizar atividades de infra-estrutura e de equipamento.<sup>48</sup>

Ainda neste plano impõe-se ao Estado atuar como um ente empresário e, como tal, desenvolver uma atividade industrial, com monopólio nas áreas econômicas que se reservou por razões de conveniência nacional, tais como a exploração de petróleo. Deve, além disso, desenvolver a indústria básica pesada e assumir empresas, ainda em concorrência com os particulares, naquelas áreas onde seja necessário segundo a política econômica.

Nessa esteira Plauto Faraco de Azevedo<sup>49</sup> assevera que a principal característica do Estado Social é o fortalecimento do Poder Executivo em detrimento dos outros. O Estado passa a ser a segurança do cidadão, uma vez que ele, nada tira de seus administrados e também não lhes impõem deveres. Seu único compromisso é a intervenção na dinâmica sócio-econômica da sociedade, garantindo assim uma melhor qualidade de vida aos cidadãos e, por conseqüência, diminuindo as freqüentes injustiças sociais. Há uma atenuação das garantias dos direitos individuais econômicos e uma maior aclamação dos direitos sociais.

Todavia, é seguro dizer que os direitos sociais, tão aclamados nas primeiras décadas do século XX, ainda não foram plenamente concretizados em nossa sociedade. Andréas J. Krell<sup>50</sup> destaca que o padrão mínimo para uma existência digna varia de país para país, mas em qualquer lugar do mundo, deve ser garantido, ao menos, um atendimento básico e eficiente na saúde, bem como o acesso à alimentação básica, à escola e à moradia, sob pena de estar-se ofendendo o próprio conceito de dignidade humana.

### **1.2.2 Estado Social de Direito no Brasil**

No Brasil não houve Estado Social. O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador foi pródigo para com as elites, que privatizaram o Estado, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia. Elites que mantém o povo manietado, pela escravidão, pelo genocídio, pela ignorância, pela superstição, enquanto o país se afunda na enorme dívida social – fome, ensino miserável, sem-terra para trabalhar, e enquanto, por exemplo, utilizaram-se de empréstimos do Banco Nacional da Habitação –

---

<sup>48</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2004, p. 400.

<sup>49</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: RT, 1999.

<sup>50</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 63.

depositário dos recolhimentos do FGTS – para construir casas e apartamentos na cidade e na praia.<sup>51</sup> No Brasil o que houve foi um *simulacro* de Estado Social.

### 1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A crise do Estado de Direito em sua versão legislativa ou liberal, ligada à crise da lei como mecanismo de regulação social, determinou a aparição do modelo constitucional de Estado, crise que se desenvolveu pelas dificuldades do Estado clássico para assegurar seus pressupostos, o que se manifestou com o absolutismo legislativo e a insuportável desviação entre o modelo liberal e sua *práxis* social e econômica, o que atinge seu paroxismo com os Estados totalitários, que se viam como Estados de Direito. Contribuem para essa crise a constatação do caráter conflitivo da realidade social e da não-neutralidade do Direito com respeito aos conflitos sociais, tendo-se o Direito como parte do conflito social, de forma que a norma geral e abstrata deixa de ser considerada instrumento adequado para assegurar a paz social.<sup>52</sup> Some-se a isso a crise da Lei e do Direito que tem fundamento também em uma noção estreita de um positivismo jurídico identificado apenas como ciência da legislação positiva.<sup>53</sup>

Dessa forma foi questionada a capacidade da lei e do poder legislativo de regular adequadamente a vida social e política, o que marcou o fim dos antigos modelos<sup>54</sup>. Cademartori atesta:

O déficit de indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, afetados pelos processos políticos ordinários, criará a necessidade de um nível de juridicidade superior e vinculante.

O resultado será a afirmação do caráter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e da sua produção normativa.<sup>55</sup>

Na falha em resolver a questão da igualdade, tendo sido o Executivo também incapaz de oferecer condições de possibilidade à efetivação dos direitos sociais prometidos pelo Estado Social (tendo até em alguns casos se afundado num populismo exacerbado e

---

<sup>51</sup> STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 24-25.

<sup>52</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 26-27.

<sup>53</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 33.

<sup>54</sup> FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997, p. 54.

<sup>55</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 27.

aristocrático), e com a percepção puramente formal se sobrepujando sobre a base material, surge o Estado Democrático de Direito que desenvolve um novo conceito tentando unir o democrático ao Estado de Direito, não como mera oposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social, tendo como norte principal a *transformação do status quo*.

Quanto a união do democrático ao constitucional, J. J. Gomes Canotilho assevera que ao Estado de Direito tradicional, com o constitucionalismo que cumpria bem o seu dever de limitação do poder político, faltava um elemento que era a legitimação democrática do poder. E a conciliação destes elementos (Estado de Direito e democracia) suscitou muitas perplexidades, pois para alguns:

Estado de direito e democracia correspondem a dois modos de ver a liberdade. No Estado de direito concebe-se a liberdade como *liberdade negativa*, ou seja, uma “liberdade de defesa” ou de “distanciação” perante o Estado. É uma *liberdade liberal* que “curva” o poder. Ao Estado democrático estaria inerente a *liberdade positiva*, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a *liberdade democrática* que legitima o poder.<sup>56</sup>

A idéia que a liberdade negativa tem precedência sobre a participação política (liberdade positiva) é um dos princípios do liberalismo político clássico. Assevera Canotilho então que Estado Constitucional é mais do que Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder, mas também pela necessidade de legitimação do mesmo poder. Aduz o jurista português que:

Só princípio da *soberania popular* segundo o qual “todo poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*.<sup>57</sup>

E ainda, nas palavras do mestre Bonavides, a respeito da democracia:

A democracia incorpora a igualdade e a liberdade, sem as quais não há sociedade aberta, nem digna, abraçada ao dogma da justiça. A democracia, por conseguinte, não é apenas forma de governo senão princípio constitucional da mais subida juridicidade na hierarquia dos ordenamentos; é [...] direito da quarta geração que agrega todas as dimensões antecedentes na escala dos direitos humanos.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 99.

<sup>57</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 100.

<sup>58</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 66.

Neste passo a legalidade assume forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização de intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. O conteúdo do Estado Democrático de Direito, diferentemente do conteúdo do Estado Social, que buscava uma adaptação melhorada das condições sociais, procura transformar a realidade, passando, dessa forma, o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem para agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica.

Streck e Bolzan de Moraes<sup>59</sup> enumeram os Princípios do Estado Democrático de Direito:

- a) Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantias jurídica;
- b) Organização Democrática da Sociedade;
- c) Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja assegurando ao homem uma autonomia perante os poderes públicos através dos direitos fundamentais, seja respeitando a dignidade da pessoa humana empenhando-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade.
- d) Justiça Social como mecanismo de corretivos das desigualdades;
- e) Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;
- f) Divisão de Poderes ou de Funções;
- g) Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;

---

<sup>59</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 93.

h) Segurança e certeza jurídicas.

Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, mas também a do Estado Social de Direito (vinculado ao *Welfare State* capitalista) impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Ele representa a vontade constitucional de realização do Estado Social. Nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Pois se a Constituição se preocupa em assegurar com que direitos de segunda e de terceira geração<sup>60</sup> se efetivem há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram cumpridas.<sup>61</sup> A novidade é muito mais no sentido teleológico de sua normatividade do que nos instrumentos utilizados que vem sendo construídos a tempos.

Conforme visto, o modelo liberal surge em contraposição ao modelo absolutista de Estado legal, trazendo o Estado de Direito calcado em determinados conteúdos, que, como Liberal, foram os conteúdos do liberalismo. Passado para o Estado Social, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, passando a lei a ser um instrumento de ação concreta do Estado<sup>62</sup>, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Porém, em ambas as situações o fim é a adaptação à ordem estabelecida.

Com o paradigma democrático, o Estado de Direito, tendo como objetivo a igualdade, não lhe basta a limitação ou a promoção da atuação estatal, mas pretende a transformação do *status quo*. A lei não está mais vinculada somente a sanção ou a promoção, mas também como instrumento de transformação social.

A transformação do Estado e do Direito se dá com diversas rupturas. Dessa forma pode-se esquematizar esta transformação da seguinte forma<sup>63</sup>:

1 – a) Estado Liberal de Direito; b) conteúdo jurídico do liberalismo; c) limitação da ação estatal; d) lei = ordem geral e abstrata, não impedimento; e) indivíduo; f) sanção; g) adaptação.

---

<sup>60</sup> Para uma classificação dos direitos em “gerações” conferir, por todos: BOBBIO, Norberto. *A era de direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

<sup>61</sup> STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>62</sup> Idem, Ibidem.

<sup>63</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 95.

2 – a) Estado Social de Direito; b) questão social; c) prestações positivas; d) lei = instrumento de ação concreta do Estado, facilitação, acesso; e) grupo; f) promoção; g) adaptação.

3 – a) Estado Democrático de Direito; b) igualdade; c) transformação do *status quo*; d) lei = instrumento de transformação, solidariedade; e) comunidade; f) “educação”; g) reestruturação.

Para entender a transformação do Estado tem-se que lembrar que no século XX a teoria do Estado foi confrontada com grandes desafios, sendo o primeiro os regimes totalitários, nos quais a ordem jurídica não se apoiava num valor subjacente ao Estado de Direito, e o segundo foi a construção do Estado do Bem-Estar, que modificou a concepção liberal que fundava o Estado de Direito. E ambos, que tem como fim a adaptação social, contribuíram para o surgimento de uma concepção substancial de Estado de Direito.

O Estado Democrático de Direito não traz uma revolução das estruturas sociais, mas sim características novas ao modelo tradicional. Surge a questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Este problema já era notado no Estado Social, mas agora o objetivo se coloca vinculado a um projeto solidário. O projeto é de uma comunidade solidária preocupando-se com a qualidade de vida do indivíduo e da coletividade dos homens. A atuação do Estado passa a ter um conteúdo de transformação do *status quo*. A lei aparece como instrumento de transformação e incorpora papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da sociedade. Além disso a lei fica vinculada a uma instância normativa superior: a Constituição. Dessa maneira, redimensiona-se o princípio da legalidade que passa de todo o poder submetido à lei para tratar-se da submissão de todo poder do Estado ao Direito<sup>64</sup>. Isso implica também na superação da redução do Direito à lei e do jurídico ao legislativo.<sup>65</sup> O Ator principal passa a ser as coletividades difusas.

André Copetti assevera que a grande diferença entre o Estado Democrático de Direito e os modelos anteriores:

---

<sup>64</sup> Luis Pietro Sanchís assinala que de entrada a idéia de Estado constitucional trabalha de maneira singular a limitação e controle do poder. SANCHÍS, Luis Pietro. *Leys, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 32.

<sup>65</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 27.

consiste em ter incorporado ao ordenamento positivo, transformando-os em fontes de legitimação interna de natureza constitucional, os princípios de direito natural que funcionavam como fontes de legitimação externa relativamente ao “quando” e ao “como” do exercício dos poderes públicos. Sucedeu-se, com a formação dos modernos Estados constitucionais, que o direito positivo incorporou grande parte dos conteúdos ou valores de justiça elaborados pelo jusnaturalismo racionalista e ilustrado: o princípio da igualdade, o valor à pessoa humana, os direitos civis e políticos e, também, todas as demais garantias penais e processuais de liberdade e de certeza.<sup>66</sup>

Assim o Estado Democrático de Direito, diferentemente dos anteriores, traz a democracia ao Direito (que implica constante mutação e ampliação dos conteúdos do Estado de Direito), impondo caráter reestruturador à sociedade e adaptando a certeza e segurança jurídicas (primados liberais) a um ordenamento jurídico voltado para a implementação e garantia do futuro (e não a conservação do passado). Com isso tem-se um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. Essa característica deriva da legitimidade neste paradigma de Estado que, conforme Copetti se assenta no seu fundamento político:

o fundamento político ou externo do Estado Democrático de Direito baseia-se na sua função de garantia dos direitos fundamentais mediante a sanção da anulabilidade dos atos inválidos: das leis por violação das normas constitucionais; de outros atos administrativos e decisões judiciais, por violação das leis constitucionalmente válidas.<sup>67</sup>

A concepção de Estado Democrático de Direito trás valores e princípios que fazem com que a concepção formal se submeta a material/substancial, tornando a hierarquia das normas um dos componentes do Estado. Esse conteúdo substancial unido à democracia faz com que de forma contínua o Estado seja (re)criado, principalmente pelo conteúdo mutante de suas normas, submetidas a todo instante às valorações sócio-políticas.

O Estado Constitucional é obra eternamente inacabada, imperfeita, porque é obra humana, e possui também vícios, as lacunas e as antinomias. Para combatê-los (combater a falta de plenitude – lacunas, e de eficácia – distância entre o direito posto e o direito vivido; além das antinomias – normas inconstitucionais) o Estado Constitucional de Direito criou “garantias”, que para o Luís Flávio Gomes são:

nada mais que mecanismos ou técnicas contempladas pelo direito precisamente com a finalidade de reduzir a distância entre “normatividade” e “efetividade”. Quanto

---

<sup>66</sup> COPETTI, André. *Jurisprudencialização da constituição no estado democrático de direito*. Disponível em: <www.ihj.org.br>. Acesso em: 31 jan. 2005.

<sup>67</sup> COPETTI, André. *Jurisprudencialização da constituição no estado democrático de direito*. Disponível em: <www.ihj.org.br>. Acesso em: 31 jan. 2005.

mais garantias, maior chance de eficácia possui o sistema jurídico (e vice-versa). Ataca-se a falta de plenitude (as lacunas) com o mandado de injunção, com a inconstitucionalidade por omissão, com a iniciativa popular etc. (o que se lamenta, por ora, é a tibeza do *ius positum*, bem como dos Tribunais, quanto a esses institutos, é dizer, é a falta de plenitude dos instrumentos pensados para suprir tais lacunas); enfrenta-se a antinomia com o controle de constitucionalidade das leis (que no Brasil, como vimos, é misto: concentrado e difuso); encara-se a falta de eficácia com o desenvolvimento das “garantias” (liberais ou sociais) existentes, bem como a criação de outras.<sup>68</sup>

Quanto às normas Dallari assegura que:

as normas constitucionais, em qualquer sistema regular, são as que têm o máximo de eficácia, não sendo admissível a existência, no mesmo Estado, de normas que com elas concorram em eficácia ou que lhes sejam superiores. Atuando como padrão jurídico fundamental, que se impõe ao Estado, aos governantes e aos governados, as normas constitucionais condicionam todo o sistema jurídico, daí resultando a exigência absoluta de que lhes sejam conformes todos os atos que pretendam produzir efeitos jurídicos dentro do sistema.<sup>69</sup>

E as normas dão outro significado ao Estado Constitucional de Direito como “direito sobre o direito”, isto é, até mesmo a produção das normas está sujeita a uma série de vínculos e de limites superiores, que são os estabelecidos pelo Poder Legislativo originário (o constituinte). No Estado de Direito liberal clássico o endeusamento recaía sobre a lei, emanada do Poder Legislativo, que a impunha sob o dogma da justiça universal: o legislador é justo, portanto, só pode produzir normas justas. Esse dogma desapareceu. Toda lei emanada do Poder Legislativo derivado só vincula se e quando constitucionalmente válida. Isso significa que o Direito passa a cumprir não só o seu tradicional papel de regulador das relações intersubjetivas, senão sobretudo de garante (de limite).<sup>70</sup>

E com Cademartori:

a passagem do Estado legislativo ao constitucional pressupõe o caráter normativo das Constituições, as quais passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio, para todos os poderes do Estado. As normas constitucionais são vinculantes – de tal modo que resta assim superada definitivamente a imagem fraca da juridicidade constitucional característica do período liberal – e estarão situadas acima dos poderes do Estado e fora do campo de ação e conflitos políticos. Desta forma, os poderes do Estado não podem dispor do sentido e conteúdo das normas constitucionais – pelo menos em condições de

---

<sup>68</sup> GOMES, Luís Flávio. *A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 116.

<sup>69</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 203.

<sup>70</sup> GOMES, *A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 113.

normalidade – e, precisamente por isso, do próprio Direito enquanto realidade constituída.<sup>71</sup>

Luigi Ferrajoli<sup>72</sup> explana que esta função de garantia se caracteriza por uma dupla artificialidade, uma é o caráter positivo das normas produzidas e outra pela sujeição desse direito, como traço mais fundamental do Estado Constitucional de Direito às normas tanto formais como substanciais superiores. A positivação do direito implica que nossas relações intersubjetivas estão regidas por regras escritas. Não é a moral, nem a tradição e nem os costumes a fonte primeira de onde emana a regulação jurídica (“o dever ser”). Mas não é qualquer produção normativa que é válida, só as que se encontrarem em consonância com as normas superiores.

O Direito, assim, não só é condicionante (regulação da vida jurídica), senão também condicionado por valores formais e substanciais. Nisso reside uma das principais características do Estado Constitucional de Direito, que apresenta ao mesmo tempo tanto as pautas jurídicas que regem a vida em sociedade como os seus limites. Cuida-se, por isso mesmo, de um modelo “garantista”, que se distancia muito do modelo positivista clássico, fundado no conceito de validade formal.

Assim, a norma constitucional não é disponível nos sistemas com Constituições rígidas (como a do Brasil). Para se alterar a constituição é necessário se “constituir” o poder constituinte, o qual é ordenado pela própria constituição. A rigidez constitucional demonstra que a Constituição não pode ser desrespeitada por outra norma e nem livremente alterada. O grande marco da rigidez e da supremacia da Constituição são os direitos fundamentais e as cláusulas pétreas. Dessa forma cria-se um referente indisponível de legitimidade para o exercício do poder político.

No entanto permanece ainda o problema da mera formalidade, o que se denota com a questão dos direitos fundamentais que tem sua eficácia e aplicabilidade contestadas, seja por conta de uma carência de normatização ulterior, não tendo assim aplicação imediata, ou seja por conta de uma suposta eficácia contida ou limitada.

De qualquer forma nunca se poderá dizer que carece totalmente de eficácia uma norma constitucional já que os direitos fundamentais passam a ser os alicerces das democracias modernas.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 28.

<sup>72</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001.

<sup>73</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 32.

Por fim, destacamos os pressupostos materiais inerentes ao princípio do Estado de Direito Democrático que podem sintetizar-se em três elementos, quais sejam:

a) Juridicidade: significa que

a Constituição ao “decidir-se” por um Estado de Direito procura constituir e conformar as estruturas do poder político segundo a medida do direito, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência. Forma e conteúdo justificam-se e pressupõem-se reciprocamente nesta ideia de juridicidade: como meio de ordenação racional, o direito é indissociável da realização da *justiça* e da efectivação de *valores* políticos, sociais e culturais; como forma, ela aponta para a necessidade de *garantias jurídico-formais*, de maneira a evitar acções e comportamentos dos poderes públicos irregulares ou até, mesmo, arbitrários.<sup>74</sup>

b) Constitucionalidade: o Estado de Direito é um Estado constitucionalmente conformado, pressupondo a existência de uma Constituição

que é uma ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – *supremacia da Constituição* -, e é nesta supremacia da lei constitucional que o “primado do direito” do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.<sup>75</sup>

c) Direitos fundamentais: A Constituição garante a efectivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem, na sua complexa qualidade de pessoa, cidadão e trabalhador. Dessa forma o Estado de Direito é um “Estado de distância” porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, e também é um Estado “antropologicamente amigo” ao respeitar a dignidade da pessoa humana e ao empenhar-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade.<sup>76</sup>

Explanado este moderno artifício que é o Estado Constitucional Democrático de Direito, passa-se agora para a revisão do garantismo jurídico, teoria que confere ferramental teórico para conformar este modelo de Estado. Isto será realizado para que, diante da realidade que se deslinda na prática operativa deste paradigma de Estado (o que será visto no terceiro capítulo do presente trabalho), busque-se uma saída dentro dessa teoria para os rumos que tem tomado conta deste paradigma de Estado.

---

<sup>74</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 82.

<sup>75</sup> Idem. Ibidem, loc cit.

<sup>76</sup> Idem, Ibidem, p. 83.

## 2 TEORIA GERAL DO GARANTISMO

### 2.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO GARANTISMO

A teoria geral do garantismo foi desenvolvida com base em estudos no Direito Penal, focados na busca por efetividade dos direitos fundamentais consagrados na legislação, dada a divergência entre a normatividade do modelo em nível constitucional e a sua inefetividade em níveis inferiores. A sua versão moderna foi construída na obra *Diritto e Ragione* de Luigi Ferrajoli<sup>77</sup>. Para chegar a ela o italiano identifica três aspectos de uma crise profunda e crescente vivida pelo Direito.

O primeiro seria uma crise de legalidade, crise do valor vinculativo associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, que se exprime na ausência ou na ineficácia dos controles, e portanto, na variada e espetacular fenomenologia da ilegalidade do poder.

O segundo aspecto é o da inadequação estrutural das formas do Estado de Direito às funções do *Welfare State*, agravada pela acentuação do seu caráter seletivo e desigual, em consequência da crise do Estado Social, que muda violentamente as funções do Estado de Direito, já que, ao invés das tradicionais prestações negativas impostas ao Estado Liberal, surgem as prestações positivas no campo dos direitos sociais.

Já o terceiro e último aspecto é a crise do Estado Nacional que se manifesta pelo deslocamento dos lugares da soberania, com a alteração dos sistemas de fontes, o que resulta num debilitamento do constitucionalismo. Isso se dá pelo processo de integração mundial, especificamente a européia, que desloca pra fora das fronteiras dos estados nacionais as sedes de decisão tradicionalmente reservadas à sua soberania, como as de matéria militar, as de políticas monetárias e as de políticas sociais.<sup>78</sup>

Posto isso, que segundo Ferrajoli acontece em todas as democracias avançadas, o professor italiano ressalta que há uma confusão entre democracia e princípio da maioria, no que seria a democracia o poder da maioria legitimado pelo voto popular. Mas esta concepção

---

<sup>77</sup> A obra foi publicada na Itália em 1989. O autor é membro aposentado da magistratura italiana e professor da Universidade de Camerino (Itália), tendo sido, na década de 70, um dos expoentes da chamada “jurisprudência alternativa”, a qual propugnava a interpretação da lei conforme a constituição, atacando assim o dogma da sujeição cega do juiz à lei. O livro é dedicado, em sua maior parte, à teoria penal do garantismo, sendo que, nos dois capítulos finais (13 e 14) é construída uma teoria geral garantista que apresenta suficiente aptidão para dar conta do modelo de Estado e propor um resgate de sua legitimação. Para tanto ver: CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

<sup>78</sup> FERRAJOLI, Luigi. In: OLIVEIRA Jr., José Alcebíades, MORATO LEITE, José Rubens (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ignora a maior aquisição e ao mesmo tempo o fundamento do Estado Constitucional de Direito que seria:

la extensión del principio de legalidad también al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluyendo el legislativo, y su funcionalización a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.<sup>79</sup>

Nesta primazia da Constituição deve-se reconhecer uma dimensão essencial da democracia, não menos importante que sua dimensão política. Esta seria a democracia substancial, a qual ele trabalha na parte final de sua obra. Assim, a base de Direito Penal do seu pensamento acaba por levá-lo a desenvolver a teoria geral do garantismo.

### 2.1.1 As acepções do termo garantismo

Luigi Ferrajoli propõe para a expressão garantismo três acepções diversas, que serão desenvolvidas a seguir.<sup>80</sup>

#### 2.1.1.1 Garantismo como modelo normativo

O garantismo, como visto, surgiu no campo penal como uma réplica a crescente divergência entre normatividade constitucional e sua ausência de efetividade nos níveis inferiores e a cultura jurídica e política que tem dado o aval para tanto, ocultando e alimentando tais práticas, quase sempre em nome do Estado de Direito e do ordenamento democrático.

Numa primeira acepção, trata-se de um

*modelo normativo de derecho*: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de “estricta legalidad” SG próprio del *estado de derecho*, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> “a extensão do princípio da legalidade também ao poder de maioria e, conseqüentemente, a rígida sujeição a lei por todos poderes públicos, incluindo o legislativo, e sua funcionalização para a tutela dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995, p. 11.).

<sup>80</sup> Nesse capítulo foram amplamente utilizadas as obras de Cademartori e Carvalho, que foram os primeiros a trabalharem com a teoria garantista no Brasil.

<sup>81</sup> “modelo normativo de direito, precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do Estado de Direito, que no plano epistemológico se caracteriza como um sistema

Ao se tratar de modelo limite será preciso falar mais que sistemas garantistas e antigarantistas, mas em graus de garantismo pela distinção entre o modelo constitucional e o efetivo funcionamento do sistema. No Brasil, por exemplo, tem-se um grau alto para os princípios constitucionais e um grau baixo para suas práticas efetivas<sup>82</sup>. Dessa maneira se uma constituição avançada nos princípios carecer de técnicas coercitivas, de garantias que permitam o controle e a neutralização do poder e do direito legítimo ela corre o risco de não passar de uma folha de papel.

Tem-se aqui que os direitos fundamentais localizados nos contratos sociais em forma de cartas constitucionais identificam não somente o norte de interpretação das normas e o critério de validade das decisões, mas alteram a teoria do Estado e da democracia.<sup>83</sup>

Primeiramente então Ferrajoli trabalha com o conceito de Estado de Direito. Valendo-se de uma distinção, sugerida por Bobbio<sup>84</sup>, o termo Estado de Direito pode significar duas coisas: governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas e governo *sub lege* ou submetido às leis. De qualquer forma, a lei no Estado de Direito deve ser fruto da vontade geral, entendida em sentido amplo.

Resumidamente, caracterizam o governo *per leges*: a generalidade da norma, imperativa para todos os sujeitos ao ordenamento; b) a abstração da lei, que deve referir-se a situações nas quais qualquer pessoa possa encontrar-se; c) a norma deve decorrer da vontade geral, evitando-se governos absolutistas ou autoritários. Estes três elementos configuram o potencial garantista da lei enquanto forma jurídica, pois enquanto geral e abstrata responde às exigências da igualdade e enquanto fruto da vontade geral atende à exigência de liberdade (entendida como autonomia).

O governo *sub lege*, por sua vez, significa a vinculação e submissão dos poderes públicos ao Direito e, no sentido forte indicado por Ferrajoli, quer dizer que todo poder deve ser limitado pela lei - sentido forte é o substancial no qual são Estado de Direito aqueles que incorporam constituições rígidas com limites formais e substanciais ao exercício de qualquer poder e esta concepção de Estado pode ser chamada de sinônimo de garantismo<sup>85</sup> -, a qual

---

cognoscitivo ou de poder mínimo; no plano político como uma técnica de tutela a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001, p. 851-852).

<sup>82</sup> Essa questão será melhor trabalhada à frente, no terceiro capítulo.

<sup>83</sup> FREIRE, Antonio Manuel Peña. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997, p. 50.

<sup>84</sup> Essa distinção, utilizada por Ferrajoli, pode ser encontrada em: BOBBIO, Norberto. *O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*(tradução de Marco Aurélio Nogueira). 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992, p. 156 e segs.

<sup>85</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001, p. 856.

determina não apenas suas formas e procedimentos de ação, normativa ou executiva, mas também o conteúdo do que ela pode ou não dispor. Tal característica, mesmo em seu sentido fraco (formal – nesse até os Estados fascistas são de Direito – os autoritários, os totalitários – todo ordenamento é Estado de Direito), ou de mera legalidade, foi fundamental para a consolidação do Estado Liberal ou legislativo de Direito, passando-se a não mais aceitar o poder que não fosse o disciplinado e limitado por lei. Com a afirmação definitiva do princípio da legalidade e a submissão do poder ao Direito este deixa de ser de livre disponibilidade daquele e a relação entre eles se inverte: não mais *rex facit legem*, mas *lex facit regem*.<sup>86</sup>

O governo *sub lege* marca a superação da forma legislativa do Estado, entendido como vinculação e submissão dos poderes públicos ao Direito, sendo também pré-determinação das condições de validade normativa.<sup>87</sup>

Na perspectiva garantista o Estado Constitucional de Direito apresenta-se como uma estrutura de poder que tem de ser colocada a serviço da sociedade, já que é produto da vontade da mesma. Por isso, não designa simplesmente um "Estado legal" ou "regulado pela lei", mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, pelo qual todo o poder público (legislativo judicial e administrativo) está submetido a leis gerais e abstratas, cujo exercício está sujeito a controle de legitimidade por parte de juízes independentes; b) no plano substancial, pela funcionalização de todos os poderes estatais a serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, incorporados às Constituições sob a forma de proibições de lesar os direitos de liberdade e obrigações de satisfazer os direitos sociais.<sup>88</sup>

O Estado de Direito se assenta sobre um modelo de legitimidade substancial (ou material) e graças a isso qualquer violação é causa de invalidade e, pelo menos em teoria, de responsabilização de seus autores.

Neste modelo de Estado, o Constitucional e Democrático de Direito, sob a ótica garantista há uma remodelação na democracia que passa a ter uma dúplice legitimidade: a formal, que define “quem” pode e “como” se deve decidir e a material que dita “o que” se deve e “o que não” se vê decidir. O quadro<sup>89</sup> abaixo esquematiza a diferença entre os dois tipos de legitimidade:

---

<sup>86</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 25.

<sup>87</sup> Idem, Ibidem, p. 24.

<sup>88</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001, p. 857.

<sup>89</sup> Quadros confeccionados pelo autor com base em FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001.

	<b>Condição de validade</b>	<b>Natureza</b>	<b>Regras</b>	<b>Violação</b>
<b>Legitimidade formal</b>	Quem pode e como se deve decidir	Caráter politicamente democrático (monárquico, oligárquico) do sistema político	estabelece competência e procedimentos (normas sobre o sufrágio universal para eleição, o princípio da maioria na formação de suas decisões, métodos de eleição indireta dos demais órgãos do Estado)	Falta de existência, de vigência
<b>Legitimidade substancial</b>	O que se deve e o que não se deve decidir	Caráter de direito (ou absoluto, totalitário) do sistema jurídico	Proibições e obrigações aos poderes do Estado	Causa invalidade das normas produzidas

Por sua vez a legitimidade substancial se subdivide da seguinte maneira:

<b>Legitimidade substancial</b>	
<b>O que não se deve decidir</b>	Proibições – suprimir ou limitar a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, a liberdade de opinião, os direitos de reunião e de associação, de culto e de circulação
<b>O que não se pode deixar de decidir</b>	Obrigações – de remover as desigualdades sociais, de promover as condições que tornam efetivo o direito ao trabalho, de proteger as minorias lingüísticas, de assegurar a educação e a saúde, de manter e assistir aos incapacitados para o trabalho e quantos carecerem de meios de subsistência

Como foi visto o Estado moderno nasceu historicamente como Estado de Direito muito antes que como Estado Democrático. A primeira regra de todo pacto constitucional foi que se deve decidir por maioria, e o que não poderia se decidir, ou não decidir, pela maioria (pacto para limitar o poder das maiorias diante das minorias – contraponto ao modelo absoluto), porém, a mais democrática das democracias seria um regime absoluto e totalitário se o poder do povo não fosse limitado. A grande inovação do Estado de Direito foi a positivação e constitucionalização de direitos que limitam o exercício do poder. Graças a isso o legislativo deixa de ser onipotente, não tem mais um “cheque em branco”. O contrato social deixa de ser filosófico e converte-se em um conjunto de normas positivas que obrigam entre si cidadãos e Estado, que tem soberania reciprocamente limitada.

Dessa forma surge o princípio da legalidade substancial que predetermina a validade de modo que todo o poder deve ser limitado pela lei, e condiciona as formas, os procedimentos de atuação normativa e os conteúdos de que se possa dispor. Os direitos e garantias fundamentais são dotados de caráter vinculante, e transformam a Constituição em referencial hermenêutico dos conteúdos suscetíveis a deliberação pelo legislador, inclusive

constituinte, porque situada em nível superior ao próprio poder legiferante (ordinário ou originário).

No Brasil a afirmação ganha clareza já que os direitos fundamentais, conforme o art. 60, § 4.º, IV, da CF, são cláusulas pétreas, impossibilitados de serem objeto de deliberação inclusive de proposta de emenda constitucional. O poder legislativo ordinário e também o originário (reformador) são ilegítimos para excluir os direitos e garantias fundamentais.

Assim: democracia formal – quem e como das decisões; democracia substancial – o que pode (ou não) e deve (ou não) ser deliberado por esta mesma maioria, configurando normas substanciais limitativas ou imperativas do Estado Constitucional de Direito, já que conforme Salo de Carvalho, “os direitos fundamentais [...] são o(s) limite(s) e o objeto do direito, caracterizando o fim e os meios, bem como o sentido das normas e das decisões que podem ou não ser tomadas nos Estados democráticos”.<sup>90</sup>

E os direitos fundamentais são trabalhados por Ferrajoli, num primeiro momento, dentro da divisão que ele confecciona entre Estado Liberal e Estado Social de Direito.

Para o jurista italiano o Estado Liberal é limitado por proibições. Garantias liberais ou negativas são deveres públicos negativos ou de não fazer, de deixar viver e de deixar fazer. As proibições referem-se ao uso da força, cerceando o direito punitivo, o direito penal e o direito administrativo da polícia (nenhuma maioria pode matar, castigar) e também as proibições de privar da liberdade, de censurar, de sancionar, e não são destinadas só aos poderes estatais, mas ao privado também. As liberdades pessoais são direitos personalíssimos, inderrogáveis, invioláveis, indisponíveis e inalienáveis e, por isso, nem sequer por contrato um homem pode se privar da vida, por exemplo. Já a propriedade e os direitos patrimoniais (incluindo-se aí o direito de livre iniciativa econômica e de mercado) são violáveis e são alienáveis (pode-se transferir para outrem o domínio ou a propriedade de; tornar alheio).<sup>91</sup>

Por seu turno o Estado Social se caracteriza por obrigações, por deveres de fazer do Estado. São normas positivas que visam a melhorar a vida do cidadão, que se dirigem ao futuro. Pretende adquirir condições sociais aos cidadãos como o direito de subsistência, o de alimentação, o de trabalhar, o de saúde, o de educação, o de moradia, o de informação.

Estado Liberal e Estado Social encaixam-se nesse esquema<sup>92</sup>:

---

<sup>90</sup> CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de luigi ferrajoli no brasil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001, p. 107.

<sup>91</sup> Esta distinção será trabalhada mais a frente.

<sup>92</sup> Quadro confeccionado pelo autor.

<b>Estado Liberal</b>	<b>Estado Social</b>
direitos de	direitos a
proibições, dever de não fazer	obrigações, dever de fazer
normas negativas	normas positivas
proibições dirigidas aos órgãos de poder	ordens dirigidas aos poderes públicos
não piora a vida do cidadão	melhora a vida do cidadão
conservam condições naturais ou pré-políticas (a vida, as liberdades, as imunidades frente aos abusos de poder, e hoje a nocividade do ar, da água, do meio ambiente)	pretende adquirir condições sociais de vida (a subsistência, o trabalho, a saúde, a moradia, a informação, a educação)
dirigida ao passado – conservador	dirigida ao futuro – inovador;
não custam nada	Custam
são situações ativas (são ativadas pelo exercício dos titulares)	são situações passivas - sua efetivação depende da atividade de outros
gera antinomias (normas vigentes mas inválidas)	gera lacunas (carência de normas)

Os modelos não se excluem entre si apesar de terem funcionado melhor separadamente até hoje: Estados Liberais capitalistas do século XIX e também do século passado foram extremamente anti-sociais e os socialistas profundamente antiliberais. Essa unificação dos direitos fundamentais, os quais, costumam ser divididos em gerações, é outra diferença fundamental trazida pelo garantismo:

Os direitos fundamentais não podem ser cindidos em “eras”, visto que direitos de liberdade, direitos de igualdade e direitos de solidariedade conglobam um todo orgânico de tutela da dignidade da pessoa humana. Não há, portanto, neste modelo ideal, oposição entre direitos liberais e sociais, pois ambos configuram-se como direitos fundamentais.<sup>93</sup>

Obviamente os direitos sociais demandam maiores problemas para se resolver, pois requerem uma tutela mais ativa do Estado (custam) enquanto os liberais requerem apenas com que o Estado restrinja seu poder. Além disso, outro grave problema para a concretização do Estado Social é que não há formulação teórica para o Estado Social como existe para o Estado Liberal.

---

<sup>93</sup> CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de luigi ferrajoli no brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 109.

Dessa forma tem-se que o Estado de Direito reflete a democracia no sentido de que reflete, além da vontade da maioria, os interesses e as necessidades vitais de todos – neste sentido o garantismo pode ser considerado o traço mais característico da democracia.

O garantismo defende garantias liberais e sociais que expressam: a) efeitos dos direitos fundamentais dos cidadãos frente aos poderes do Estado; b) interesses dos fracos relativamente aos dos fortes; c) tutela das minorias marginalizadas ou discrepantes frente às maiorias integradas; e d) razões dos “de baixo” relativamente às dos “de cima”.

A democracia substancial ou social (estrita legalidade) caracteriza-se pelo Estado de Direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais como sociais. Enquanto a democracia formal ou política (mera legalidade) caracteriza-se num Estado político representativo, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade.

O Estado de Direito requer, nessa perspectiva (com a soberania do povo e com exercício legítimo se o for pela maioria) que as instituições políticas e jurídicas sejam instrumentos da satisfação dos interesses primários de todos, só assim será legítimo. Destarte, a democracia formal encontra-se limitada pela democracia social/substancial - vínculos estruturais e funcionais impostos ao poder. E os direitos fundamentais operam como fonte de (des)legitimação.

Os vínculos expressos pelos direitos fundamentais à validade das decisões representariam, pois, técnicas contra possíveis tentações despóticas ou paternalistas da maioria. Um projeto de democracia substancial consiste na expansão dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado, maximizando as liberdades e as expectativas e minimizando o poder. Aí reside o modelo normativo proposto por Ferrajoli como:

*estado liberal mínimo y a la vez como estado social máximo: estado (y derecho) mínimo en la esfera penal, gracias a la minimización de las restricciones de las libertades de los ciudadanos y a la correlativa extensión de los límites impuestos a sus actividades represivas; estado (y derecho) máximo en la esfera social, gracias a la maximización de las expectativas materiales de los ciudadanos y a la correlativa expansión de las obligaciones públicas de satisfacerlas.*<sup>94</sup>

Este projeto demanda maior complexidade institucional e não, com é óbvio, uma redução do Estado, e também uma imaginação jurídica muito grande para desenvolver as

---

<sup>94</sup> “Estado liberal mínimo, principalmente na esfera penal, numa minimização das restrições de liberdade e extensão dos limites impostos às atividades repressivas do estado, e estado social máximo (maximização das expectativas materiais dos cidadãos e a correspondente expansão das obrigações públicas de satisfazê-los”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001, p. 866).

garantias dos direitos sociais da mesma forma que foram desenvolvidas as garantias dos direitos liberais.

E dessa complexidade advém também que a proclamação de todos esses direitos equivale a estipulação de valores – que contém uma utopia que é elemento integrante de valor. O fato de que dificilmente conseguiremos uma satisfação plena desses valores se dá porque eles são universais e imperecíveis. Disso se abre uma latente e estrutural ilegitimidade jurídica do Estado de Direito devida a ambição das promessas formuladas nos níveis normativos superiores e não mantidas nos níveis inferiores. Para Ferrajoli é normal, é característica dos deveres a possibilidade de serem violados ou de não serem integralmente realizados. A aporia entre os direitos garantidos e os realizados é insuprimível.

O que não se pode fazer é buscar uma solução que interprete restritivamente as normas de nível superior para adequarmos a realidade de ilegitimidade das instituições. A distância entre o ser e o dever ser é também a principal força (ao menos da juridicidade) pois deslegitima poderes.<sup>95</sup>

### 2.1.1.2 Garantismo como teoria jurídica

#### Numa segunda acepção, garantismo

designa una teoría jurídica de la “validez” y de la “efectividad” como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la “existencia” o “vigencia” de las normas. En este sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados el “ser” y el “deber ser” *en el derecho*; e incluso propone, como cuestión teórica central la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas), interpretándola mediante la antinomia – dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ellos patológica – que subsiste entre validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Estas posições de Ferrajoli são criticadas por Danilo Zolo que, trabalhando duas categorias, “otimismo normativo” e “pessimismo político”, critica a confiança que Ferrajoli deposita na virtude da razão jurídica e na capacidade do direito moderno de produzir estável racionalização da vida social e também adverte que se o próprio Ferrajoli reconhece implicitamente que se está em presença de uma crise do projeto iluminista do direito moderno têm-se que esperar dele uma abordagem mais explícita dos limites da racionalidade funcional do direito. Cf. ZOLO, Danilo. *Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. *Lê ragioni del Garantismo*. Torino: Giappichelli, 1993.

<sup>96</sup> “designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si, mas também relativamente a existência ou vigência das normas. Neste sentido, a palavra garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o ‘ser’ do ‘dever ser’ no direito; e propõe, como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre os modelos normativos (tendencialmente garantistas) e as práticas operativas (tendencialmente antigarantistas), interpretando-a mediante a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora deles patológica - que subsiste entre validade (e inefetividade) dos

Evidencia-se nesse contexto uma clara divergência entre a normatividade e a realidade e outra entre o direito válido e o direito efetivo (sendo que ambos são vigentes).

O garantismo opera como doutrina de legitimação e também de deslegitimação (sobretudo do Direito Penal), o que reclama dos juízes uma constante tensão crítica nas leis vigentes sob um duplo ponto de vista: a) o normativo ou prescritivo do direito válido; e b) o fático ou descritivo do direito efetivo.

Esta perspectiva crítica não é externa, política ou metajurídica, mas interna, científica e jurídica, evidenciando e não ocultando antinomias, deslegitimando os perfis antiliberais e o arbítrio do direito efetivo. Porém, isto está distante de ser habitual na ciência e na prática jurídica, nas quais um positivismo jurídico mal compreendido dá alento/ânimo a atitudes acriticamente dogmáticas e contemplativas frente ao direito positivo e sugere ao jurista a tarefa de encobrir ou fazer enquadrar suas antinomias em vez de torná-las explícitas e denunciá-las.

O garantismo convida a dúvida, estimula o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações, assim como a consciência do caráter em grande medida ideal – e portanto pendente de realização – de suas próprias fontes de legitimação jurídica, ao contrário de contar com a confiança na coerência entre normatividade e efetividade.

Carvalho afirma que:

o princípio da legalidade, condicionado a estrutura hierarquizada do ordenamento jurídico balizado pela Constituição, é o ponto de partida na construção do modelo garantista, sujeitando-o, de forma *sui generis*, às regras do positivismo jurídico.<sup>97</sup>

O problema, continua o gaúcho, foi que a construção deste modelo de direito conjugou a idéia de legitimidade e legalidade que criou uma teoria jurídica assentada no dogma da *presunção de regularidade dos atos do poder*, identificando a validade das normas com sua mera existência.

O garantismo, apesar de concebido no horizonte teórico do positivismo jurídico, conforme Cademartori:

---

primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001, p. 852).

<sup>97</sup> CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de luigi ferrajoli no brasil*. Rio de Janeiro : Lumen juris, 2001, p. 100-101.

adquire a teoria garantista contornos indiscutivelmente próprios: aqui encontramos a diferença substancial entre normas “válidas”, “vigentes” e “eficazes” cuja confusão ou redução é típica daquilo que Ferrajoli denomina “iuspositivismo dogmático”.<sup>98</sup>

Isso se decorre por conta da positivação e codificação dos conteúdos que aconteceu com a modernidade. Assim, de um lado ocorreu a separação do direito positivo da moral e da política e de outro lado se separam a ciência do direito e o próprio Direito.

O “direito como norma” e “direito como fato” são as divisas contrapostas das duas principais orientações – o normativismo e realismo -, nas quais se divide a teoria do Direito contemporânea. Norma e fato, normatividade e efetividade são dois pontos de vista parciais e complementares do fenômeno normativo. Cada um deles é ao mesmo tempo norma, relativamente aos fatos (também normativos) que regula, e fato (mesmo se normativo), relativamente às normas que o regulam.

Então, direito vigente não se coincide com direito válido e nem com direito efetivo. Para Ferrajoli<sup>99</sup> “juspositivismo dogmático” é cada orientação teórica que ignora o conceito de vigor das normas como categoria independente da validade e da efetividade. Podem ser os normativos, nos quais vigentes são as normas válidas (ignora a efetividade), descrevendo o “dever ser” e não o “ser” efetivo; e realistas, nas quais vigentes são as efetivas (ignora a invalidade) e descreve os fenômenos como são e não como devem ser. O resultado “dessas operações simplificadoras é a legitimação ideológica do direito inválido vigente: de um lado, por ser ignorado como não-vigente, e do outro por ser tido como inválido”.<sup>100</sup>

O juspositivismo crítico, nesta feita, é a crítica do direito positivo vigente, não meramente externa, ou política, ou de *iure condendo* (direito a ser constituído), mas interna, ou jurídica, ou de *iure condito* (do direito vigente), voltada aos seus delineamentos de não efetividade e invalidade.<sup>101</sup> O objeto privilegiado de pesquisa de uma teoria jurídica garantista para Cademartori é a crítica interna do direito positivo vigente, orientada a analisar os aspectos de sua ineficácia e invalidade.<sup>102</sup> Ainda com Cademartori:

---

<sup>98</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 80-81.

<sup>99</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001, p. 871-872.

<sup>100</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 81.

<sup>101</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 872.

<sup>102</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 82.

esta forma de abordagem do Direito vigente coloca em cheque dois dogmas do positivismo dogmático: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e avaliativa do jurista em relação ao Direito positivo vigente.<sup>103</sup>

Para o juspositivismo dogmático a obrigação do juiz aplicar a lei (as vigentes) é um dogma que é postulado teórico do positivismo. Já para o garantismo quando as leis vigentes são suspeitas de invalidade não existe uma obrigação jurídica de aplicá-las.

Uma lei vigente significa só que está contida em um texto legislativo não anulado e pode por consequência ser aplicada mediante decisões válidas relativamente a ela. Mas isso não tolhe de que a mesma pode também não ser aplicada quando o juiz a considere inválida, pois a aplicação depende de um juízo de invalidade e não de um dever potestativo.

Posto que o juiz tem o poder de interpretar a lei e de suspender sua aplicação quando contrastar com a Constituição não se pode dizer que ele tem obrigação de aplicá-las. Uma lei sempre aplicada quer dizer que é efetiva e não que é válida. A invalidade não tem prescrição e deve ser reconhecida e declarada por uma autoridade, o que equivale a uma presunção de validade permitindo que seja aplicada validamente, mas essa presunção é relativa e para superá-la o juiz deve sempre objetar sua invalidade.

O outro dogma do juspositivismo dogmático posto em questão pelo garantismo é o do caráter avaliativo da ciência jurídica. Kelsen conceitua a teoria do Direito como “pura”<sup>104</sup>, isenta de “juízos subjetivos de valor” e Bobbio<sup>105</sup> critica como jusnaturalista toda subordinação dos juízos de validade a juízos de valor.<sup>106</sup> Essas teses são, importantes para Ferrajoli se se reduzem a separação entre Direito e moral, entre juízos de validade e juízos de justiça. Indubitavelmente não está permitido ao jurista, em sede científica, a valorar as normas jurídicas do exterior e condicionar-lhes o juízo sobre sua validade a valorações ético-políticas, ou ainda, de qualquer maneira, extrajurídicas<sup>107</sup>.

Mas a tese de avaliatividade da ciência jurídica impede a valoração e a crítica do direito vigente do ponto de vista interno e jurídico, o que é uma tarefa do jurista – cívica, política e científica.

---

<sup>103</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72.

<sup>104</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>105</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito (tradução de Márcio Pugliesi et al)*. São Paulo: Ícone, 1995, p 131-136.

<sup>106</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001, p. 873.

<sup>107</sup> *Idem. Ibidem, loc cit.*

Isso leva a outra distinção importante na teoria garantista, que é a que ocorre entre juízos de validade e juízos de vigência<sup>108</sup>.

Para Serrano na concepção paleopositivista, “*hablar de norma vigente es un pleonismo visto que determinar la vigencia es, pues, el problema de la existencia*”.<sup>109</sup> A concepção puramente formal do *paleopositivismo* é fruto de uma simplificação que não leva em conta que o moderno Estado Constitucional incorporou diversos princípios, que determinam valorações ético-políticas e de justiça, aos seus estatutos, os quais agem como critérios de (des)legitimação não mais externos ou jusnaturalistas (moral ou político), mas agora internos ou positivistas (jurídico).<sup>110</sup>

Para o garantismo vigência corresponde a existência, a condições de fato sem as quais uma norma não chega a existir (ato normativo imperfeito). É a validade formal, delineada pelas formas e procedimentos de averiguação empírica ou de fato. É um ato normativo e deve ser observada a competência do órgão que o emana.

---

<sup>108</sup> O tratamento dessas categorias pode ser encontrado em diversas obras de introdução ao estudo de Direito, como: GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo de Direito*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999; NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 14 ed. Rio de Janeiro: 1997; FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2002; e NINO, Carlos Santiago. *La validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1984.

<sup>109</sup> “falar de norma vigente é um pleonismo visto que determinar a vigência é problema de existência”. (SERRANO, José Luiz. *Validez e vigencia: la aportación garantista de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999, p. 23). Serrano destaca que a diferença conceitual de validade/vigência se torna metodologicamente essencial para compreender a estrutura normativa dos Estados Constitucionais de Direito (Cf. p. 142 da referida obra).

<sup>110</sup> Impossível deixar de reproduzir a explanação de Ferrajoli sobre a questão da validade e da vigência das normas para dois teóricos do positivismo jurídico: “Segundo a concepção prevalescente entre os máximos teóricos do Direito – de Kelsen a Hart e a Bobbio – a ‘validade’ das normas identifica-se, qualquer que seja o seu conteúdo, com a sua existência: ou seja, com a sua integração num dado ordenamento, determinada pela sua conformidade com as normas, por sua vez integrantes desse ordenamento, que disciplinam a sua produção. Esta concepção puramente formal da validade é, a meu ver, fruto de uma simplificação, que, por sua vez, deriva de uma incompreensão da complexidade da legalidade no Estado Constitucional de Direito a que nos referimos. O sistema das normas sobre a produção das normas – estabelecido geralmente, nos nossos ordenamentos, em nível constitucional – não se compõe efetivamente só de normas formais sobre a competência ou sobre o procedimento de criação de leis. Esse sistema inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de diversas formas limitam e vinculam o Poder Legislativo, vedando-lhe ou impondo-lhe determinados conteúdos. Por isso uma norma – por exemplo uma lei que viole o princípio constitucional da igualdade – embora formalmente existente ou vigente, pode ser inválida e portanto susceptível de anulação, por contrariar uma norma substancial sobre sua produção. Hans Kelsen tentou, com é sabido, resolver esta aporia sustentando a validade das normas, contidas por exemplo em leis ordinárias, cujos conteúdos estejam em contradição com normas superiores, por exemplo constitucionais: estas normas, escreveu, ‘mantêm-se válidas até serem declaradas inválidas pela forma determinada pelo próprio ordenamento jurídico’. Desta forma, ele confundiu anulação com revogação e, o que é mais grave, sobrepôs o *dever ser* ao *ser* do direito, confirmando, com uma espécie de presunção geral de legitimidade, todas as normas vigentes como válidas. Hebert Hart, mais conseqüentemente, negou a validade de tais normas, colocando no mesmo plano as normas substanciais sobre a sua produção e as formais em matéria de competência, obtendo o resultado, ainda mais insustentável, de negar a existência das normas formais, mas não substancialmente, conforme às que regem sobre sua produção e, portanto, de sobrepor o *ser* ao *dever ser* do Direito e de tratar como não-vigentes as normas inválidas e todavia aplicadas até intervir a anulação”. FERRAJOLI, Luigi. In: OLIVEIRA Jr., José Alcebíades, MORATO LEITE, José Rubens (org.) *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Já a validade é a validade substancial, a qual se refere ao conteúdo, ao significado, aos valores (como igualdade e liberdade). Sua lesão gera uma antinomia. A averiguação da validade se dá por juízos de valor e, como tais, nem falsos e nem verdadeiros. Logo vigência – forma dos atos normativos –, e validade – significado dos atos normativos.<sup>111</sup>

Dessa forma vigência e validade são conceitos assimétricos e independentes, sendo que os direitos fundamentais equivalem aos vínculos de substância, que indicam a teleologia desse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito. Salo descreve a importância dessa redefinição de validade pois:

A tese positivista da presunção de regularidade dos atos do poder, calcada na visão acrítica e contemplativa do jurista, é negada, sobretudo porque fundada na (ingênua) noção a existência de um “poder bom”. Não basta a sintonia da norma com os parâmetros formais estabelecidos para sua validação. Visto que eles nada garantem. Imprescindível é sua harmonia com os direitos e garantias que expressam a racionalidade material (substancial) do estatuto fundamental.<sup>112</sup>

Por isso de suma importância são os juízos de (in)validade. Veja-se a seguir a diferença entre juízos de vigência e juízos de validade:

a) Os juízos sobre a vigência apresentam forte caráter descritivo, são juízos de fato, técnicos, que se limitam a analisar o cumprimento de requisitos formais e de competência já que dizem a respeito de fatos concretos como a observância do devido procedimento de edição e a promulgação por autoridades competentes.

b) Os juízos de validade (realizados após os de vigência), em sua vez, por pretenderem verificar processos de adequação valorativa as determinações superiores do ordenamento, trazem uma acentuada carga axiológica. Tanto as condições formais quanto as materiais derivam de normas que se encontram em um nível superior. As primeiras constituem requisitos cuja ausência as normas não chegam a existir. Quanto as segundas consistem em respeito a valores cuja lesão produz uma antinomia.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001, p. 874.

<sup>112</sup> CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de luigi ferrajoli no brasil*. Rio de Janeiro : Lumen juris, 2001, p. 103.

<sup>113</sup> O debate sobre esta concepção preconizada por Ferrajoli de validade/vigência é debatida, dentre outros, em: GUASTINI, Ricardo. Rigidez constitucional y normatividad de la ciência jurídica. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005; e GUASTINI, Ricardo. I fundamento teorici e filosofici del garantismo. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. *Lê ragioni del Garantismo*. Torino: Giappichelli, 1993.

Nessa esteira pode-se, com Cademartori<sup>114</sup>, fazer a distinção dos conceitos de vigência, de validade e de eficácia das normas jurídicas. Vigente é a norma que não contém vícios formais; válida é a norma despida de vícios formais e materiais; e eficaz é a norma que é de fato observada pelos seus destinatários.

Ainda temos que, existem no Estado de Direito, além do poder ilegítimo, alguns vícios, que são exatamente as antinomias e as lacunas, que desmentem outros dois dogmas do juspositivismo (dogmático): a coerência e a completude do ordenamento jurídico.

Assim a crítica do Direito se caracteriza como a principal tarefa cívica da jurisprudência e da ciência jurídica. É dela de onde provém a permanente possibilidade de auto-reforma do ordenamento a partir de seus próprios princípios e na qual reside a superioridade política do Estado de Direito frente a qualquer outro regime jurídico.

Nessa esteira o juiz<sup>115</sup> e o jurista não devem obedecer a lei sem valorar, no campo jurídico antes do político e a tarefa deles, numa perspectiva positivista de tipo crítico (garantismo), não é sistematizar e reordenar o ordenamento para apresentar uma coerência e uma completude que eles não tem, mas explicitar a incoerência e a falta de completude mediante juízos de invalidade<sup>116</sup>. É assim que a crítica do direito positivo desde o ponto de vista do direito positivo tem uma função descritiva de suas antinomias e de suas lacunas e ao mesmo tempo prescritiva de sua auto-reforma, mediante a invalidação das primeiras e a integração das segundas. Explicitando a incompletude e a incoerência “através de juízos de *invalidade* das normas inferiores e *ineficácia* das superiores. E este é para o garantismo o principal desafio da Teoria Jurídica Contemporânea”.<sup>117</sup> Conforme Carvalho o papel crítico e criativo do jurista se caracteriza:

na denúncia das antinomias e lacunas existentes, propondo *de dentro* as correções previstas pelas técnicas garantistas do que o ordenamento dispõe; e/ou elaborar e sugerir *de fora* novas formas de garantia idôneas a reforçar os mecanismos de autocorreção.<sup>118</sup>

---

<sup>114</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 77-80.

<sup>115</sup> Nessa redefinição importantes questões acerca do trabalho do juiz, e também de todo jurista, são colocadas. Veremos adiante, algumas das implicações dessa disposição confeccionada por Ferrajoli.

<sup>116</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 19.

<sup>117</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 83.

<sup>118</sup> CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de luigi ferrajoli no brasil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001, p. 105.

### 2.1.1.3 Garantismo como filosofia política

Num terceiro significado, o termo garantismo designa

una *filosofía política* que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantista constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre “ser” y “deber ser” *del* derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente externo, a los fines de la legitimación ético-política del derecho y del estado.<sup>119</sup>

Neste sentido permite-se a crítica e a perda de legitimação desde o exterior das instituições jurídicas positivas, baseadas na rígida separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça, ou entre ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista ético-político ou externo ao ordenamento.

Na proposição deste significado de garantismo Ferrajoli expõe duas orientações e, para tanto, parafraseia a expressão “autopoiesis” de Niklas Luhmann para designar como *autopoiéticas* as doutrinas que encaram o Estado como um fim, encarnando valores ético-políticos de característica supra-social e supra-individual cuja conservação e reforço para o Direito e os direitos não de ser funcionalizados. O ponto de vista destas doutrinas é unicamente o interno do Estado que, enquanto fim ou valor, subordina a si mesmo seja a sociedade, sejam os indivíduos. São, assim, autopoiéticas todas as doutrinas de legitimação desde o alto, a começar pelas pré-modernas, que fundam a soberania do Estado sobre identidades metafísicas e meta-históricas, como Deus, a religião, a natureza e similares. As mais nefastas com certeza foram as idealistas como o nazi-fascismo, pois estas ideologias assumem o princípio da legalidade não somente como princípio jurídico interno, mas também como princípio axiológico externo, sobrepondo à legitimidade política a legalidade jurídica e conferindo às leis valor, e não apenas validade ou vigor, unicamente com base no valor associado *a priori* à sua forma, ou pior, à sua fonte (o soberano, ou a assembleia, ou o ditador, ou o partido, ou o povo, ou similares).<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> “uma filosofia política que impõe ao direito e ao Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’ do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001, p. 853).

<sup>120</sup> Idem. Ibidem, p. 880-881.

As doutrinas autopoieticas postulam principios legitimadores *ex parte principis* (do alto), assumindo o principio da legalidade não só como principio jurídico interno, mas como principio axiológico externo, reduzindo a legitimidade política à legalidade jurídica, atribuindo valor às leis em função de sua forma ou de sua fonte.

Em suma: para as doutrinas autopoieticas o Estado é um *fin* em si mesmo, a cuja conservação e reforço haverão de ser instrumentalizados o Direito e os direitos, subordinando tanto os indivíduos como a sociedade, a partir de um ponto de vista interno.<sup>121</sup>

Na segunda orientação Ferrajoli designa como *heteropoiéticas* as doutrinas em que o Estado é um meio, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola. O ponto de vista desta doutrina é sobretudo aquele externo da sociedade e das pessoas que a compõem, consideradas essas mesmas com fins e valores relativamente aos quais é o Estado um meio instituído para sua tutela. São *heteropoiéticas* as teorias segundo as quais a legitimação política do Direito e do Estado provém do externo ou de baixo, isto é, da sociedade, entendida como soma heterogênea de pessoas, de forças e de classes sociais. O que é natural para esta doutrina são as pessoas e as suas necessidades vitais e não o Estado e o poder, enquanto artificial não é a vida ou a liberdade, mas suas garantias jurídicas e em geral os deveres e poderes instituídos pela norma positiva para limitá-los ou tutelá-los. Ferrajoli certifica que:

Derechos *innatos o naturales*, más allá de las metafísicas iusnaturalistas en cuyo marco fueron concebidos, significan precisamente derechos “pre-estatales” o “pre-políticos”, en el sentido de no haber sido fundados por esa criatura que es el estado, sino que son “fundamentales” o “fundantes” de su razón de ser, como parámetros externos y objetivos de su organización, delimitación y disciplina funcional. El vicio ideológico, y no sólo metafísico, del iusnaturalismo estuvo en la Idea de un derecho natural como entidad ontológica en lugar de puramente axiológica. Es obvio que el “derecho” y los “derechos naturales” no existen: no son realidades objetivas, sino principios axiológicos o normativos de tipo extrajurídico.<sup>122</sup>

O Estado, segundo o paradigma da justificação externa sugerida não é um fim e nem um valor: é, isto sim, um produto fabricado pelos homens. Em suma, não é a fonte ou a forma

---

<sup>121</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 162.

<sup>122</sup> “Direitos ‘inatos’ ou ‘naturais’, para além da metafísica jusnaturalista onde foram concebidos, significam precisamente direitos ‘pré-estatais’ ou ‘pré-políticos’, no sentido de que não são fundados por aquela criatura que é o Estado, mas são ‘fundamentais’ ou ‘fundadores’ de sua razão de ser, como parâmetros externos e objetivos de sua organização, delimitação e disciplina funcional. O vício ideológico, além de metafísico, do jusnaturalismo, foi a idéia de um direito natural como entidade ontológica, no lugar de puramente ideológica. Obviamente o ‘direito’ e ‘os direitos naturais’ não existem: não são realidades objetivas, mas sim princípios axiológicos ou normativos de tipo extrajurídico”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001, p. 882-883).

das normas, mas os seus concretos conteúdos que justificam ou não justificam politicamente a sua produção. As doutrinas heteropoiéticas podem ser consideradas *ex parte populi* (de baixo para cima) – a partir da sociedade. Há de se ressaltar ainda que nesta doutrina encontra-se toda uma tradição iniciada pelo jusnaturalismo laico e racionalista da época da Ilustração. Para estas doutrinas, o Estado, e conseqüentemente o Direito foram criados pelo homem com poderes e normas que têm por finalidade proteger os interesses vitais dos indivíduos. Seria assim o contratualismo clássico o embrião da doutrina da democracia, não só da política ou formal, mas também da democracia substancial, a qual possibilita fundar sobre a garantia de seus direitos.

Resumidamente Cademartori define que:

para as doutrinas heteropoiéticas o estado é um mero *meio* que se legitima unicamente pela finalidade de preservar e promover os direitos e garantias individuais. Aqui o ponto de vista é externo ao estado, partindo da sociedade e dos indivíduos que a compõem, os quais são considerados os fins e valores que instituem o estado para sua defesa.<sup>123</sup>

Salo de Carvalho explica que este aporte garantista permite uma ruptura que possibilita a compreensão do sistema jurídico a partir do seu exterior com a separação entre o ponto de vista interno/normativo e externo/axiológico decorrente da cisão ilustrada entre Direito e moral (princípio da secularização), viabilizando critérios de justiça do próprio sistema, operando a (des)legitimação ético-política do Direito e do Estado e permitindo a crítica e a deslegitimação de fora das instituições jurídicas positivas, sobre a base da rígida separação entre Direito e moral (moral no sentido de critérios de legitimação externa do sistema normativo, termo vinculado aos valores extra-ordem jurídica e não à concepção de moral individual), ou entre validade e justiça, ou entre ponto de vista jurídico interno e ponto de vista ético-político ou externo ao ordenamento.<sup>124</sup>

O professor gaúcho ainda aduz que:

a idéia Estado como entidade teleologicamente direcionada à proteção dos direitos fundamentais permite a afirmação de que a legitimidade do modelo jurídico-político não é interna e vertical, mas externa e horizontal. A estrutura do direito e do Estado não é justificada em si mesma, pois o seu referencial é dirigido à dignidade da pessoa humana.<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 162.

<sup>124</sup> CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de luigi ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001, p. 111-112.

<sup>125</sup> Idem, *Ibidem*, p. 112.

Desde o interior o Direito e o Estado são legitimados substancialmente pelos direitos fundamentais e, externamente são os direitos humanos e a centralidade da pessoa humana que, como critérios de justificação externa, propiciam os parâmetros avaliadores do seu nível de justiça, servindo como norte para o conteúdo do pacto social que é a Constituição.

Dessa maneira tem-se que o Estado de Direito é caracterizado politicamente pelo garantismo como um modelo de ordenamento justificado ou fundamentado por fins completamente externos, geralmente declarados em forma normativa, por suas Constituições, mas sempre de forma incompleta, e a política é vista como dimensão axiológica (externa) do agir social, servindo de critério de legitimação para a crítica e a mudança do funcionamento de fato e dos modelos de Direito das instituições vigentes.<sup>126</sup>

Para Ferrajoli caso se utilize desse esquema de justificação do Estado enquanto tutela dos direitos fundamentais se reconheceria aí o embrião da democracia, não só a política ou formal mas também a social ou substancial.

O garantismo tem uma visão pessimista do poder como maléfico, quem quer que o detenha, porque exposto, de qualquer maneira, em ausência de limites e garantias, pode cair em despotismo, o que se contrapõe diametralmente com a concepção autopoiética que, com suas tendências totalitárias, tende a ver o poder como bom, tendo uma leitura otimista e contemplativa dele, o que cria modelos (neo)totalitários, ao passo que sob a perspectiva heteropoiética (a garantista) o poder é ontologicamente perverso, tendente à constante violação dos direitos fundamentais, portanto uma visão crítica do poder.

Neste sentido, tendo o poder de ser restringindo, por maléfico, aduz o autor italiano que há uma irreduzível e inescapável ilegitimidade dos poderes no Estado de Direito:

O Poder Judiciário é em alguma medida poder discricionário de disposição, ao aplicar a lei ao caso concreto; o Poder Legislativo, dadas a ausência de mandatos imperativos e a existência de mediações burocráticas partidárias, apresenta-se sempre como uma representação aproximativa e imperfeita; e o Poder Executivo detém uma capacidade normativa de conjuntura que exerce de forma ampla, o que lhe permite regular as relações econômicas e sociais a seu talante, dado o deficiente controle parlamentar.<sup>127</sup>

Esta irreduzível ilegitimidade política, comum e fisiológica de todos os ordenamentos que se fundam sobre modelos de legitimação heteropoiética, dos poderes do Estado de Direito é uma aporia política do garantismo, que se soma a de sua irreduzível ilegitimidade jurídica. A

---

<sup>126</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 164.

<sup>127</sup> Idem, *Ibidem*, p. 164.

aferição de legitimidade dos poderes realizada pelo garantismo é sempre *a posteriori*, relativa a cada um dos seus atos singulares.<sup>128</sup>

## 2.1.2 Categorias centrais para uma leitura da estrutura jurídico-política

Nas seções a seguir serão analisadas algumas das categorias centrais do garantismo jurídico que possibilitam uma análise da estrutura jurídico-política de Estados Democráticos de Direito.

### 2.1.2.1 Diferenças e desigualdades

Parte-se aqui do ponto de vista externo, que quer dizer ponto de vista dos cidadãos (*ex parte populi*). Isto importa que se assume a pessoa como valor, mantendo a pluralidade de pontos de vista externos de cada um dos cidadãos (sobre o que se baseia o valor da tolerância).<sup>129</sup>

O valor atribuído à pessoa e o conseqüente valor da igualdade são elementos componentes do princípio da *igualdade jurídica* em sua formulação moderna, princípio este que para Ferrajoli inclui as *diferenças pessoais* e exclui as *diferenças sociais*.<sup>130</sup>

Em nossa Constituição reza-se no art. 5.º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza” e no art. 3.º, inciso IV há referência a promoção do “...bem estar de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, que são as sociais. De um lado então a igualdade (formal ou política) respeita as diferenças pessoais que fazem cada indivíduo diferente dos demais e de cada pessoa como as demais, e de outro lado (igualdade substancial ou social) quando existe referência a reduzir desigualdades sociais refere-se a diferenças que são verdadeiros

---

<sup>128</sup> Ferrajoli trabalha também com dois conceitos que são caros a esta problemática exposta. Trata-se da falácia garantista e da falácia politicista. Pensar no “bom poder” é o que o Ferrajoli chama de falácia politicista, que requer uma estrutura garantista (de garantias) que possa frear esse poder, neutralizando-o, instrumentalizando-o e, no limite, deslegitimando-o. É um vício mais difundido no âmbito político. Por sua vez a falácia garantista é a que incorre no pensar que apenas um sistema normativo adequado e pleno de garantias baste para conter os poderes públicos e para a satisfação dos direitos da sociedade. Este já é um vício mais difundido no âmbito jurídico. Como diz o mestre é a idéia de “que basten las razones de un derecho Bueno, dotado de sistemas avanzados y actables de garantías constitucionales, para contener al poder y poner a los derechos fundamentales a salvo de sus desviaciones.” In: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, p. 941. (“que bastem as razões de um Direito bom, dotado de sistemas avançados e atuais de garantias constitucionais, para conter o poder e por os direitos fundamentais a salvo de suas desviações”).

<sup>129</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 165.

<sup>130</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001.

privilégios ou reais discriminações que são intoleráveis além de certos limites.<sup>131</sup> Dessa forma tem-se que os homens, respeitadas as diferenças, tem que se igualar (socialmente falando) na medida do possível. Ferrajoli aduz que as primeiras são *diferenças* e as segundas são *desigualdades*. O que permite essa igualdade é a igualdade nos direitos fundamentais – os liberais garantem a igualdade formal e os sociais garantem a possibilitam a igualdade substancial.

#### 2.1.2.2 Direitos fundamentais

Ferrajoli traz uma definição formal de direitos fundamentais:

Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de “derechos fundamentales”: son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de persona, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.<sup>132</sup>

Tal definição teórica não necessita do fato de tais direitos estarem ou não constitucionalmente garantidos, porque a previsão de tais direitos pelo ordenamento positivo é condição de sua vigência neste ordenamento, mas não incide no significado do conceito de direitos fundamentais. Do mesmo modo esta definição se embasa unicamente no caráter universal de sua imputação, não levando em conta a natureza ou os interesses dos indivíduos tutelados. É uma definição válida para qualquer ordenamento positivo.<sup>133</sup>

Os direitos fundamentais são identificados como base da igualdade jurídica, que só deve ser atribuída aos que de fato usufruam/desfrutem a titularidade destes direitos

---

<sup>131</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001, p. 165-166.

<sup>132</sup> “Proponho uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, de ‘direitos fundamentais’: são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, de cidadão ou pessoa com capacidade de obrar; entendendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (de não sofrer lesão) adscrita a um sujeito por uma norma jurídica; e por ‘status’ a condição de um sujeito, prevista assim por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas”. (FERRAJOLI, Luigi. *La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001, p. 37).

<sup>133</sup> Essa definição de direitos fundamentais enseja vários debates. Cf: FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001; DÍAZ, Adrián Rentería. *Derechos fundamentales, constitucionalismo y iuspositivismo*. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005; e MÁRMOL, José Luis Martí. *El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales*. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

fundamentais. Com isso se define que a intensidade da igualdade depende da quantidade e qualidade dos interesses protegidos como sendo direitos fundamentais, enquanto a extensão da igualdade depende da extensão da classe de sujeitos que possuem sua real titularidade.<sup>134</sup>

Os direitos fundamentais, não obstante sua definição teórica e formal, são direitos que, graças a suas características como a universalidade e a igualdade, trazem vínculos substanciais, que são impostos para garantir os interesses e as necessidades vitais de todos, afastando-os do arbítrio de qualquer maioria. Eles constituem a base da democracia substancial e estão a salvo de quaisquer decisões de governo, por estarem num topo normativo.

O autor italiano expõe que tanto os direitos fundamentais de liberdade quanto os direitos fundamentais sociais são substanciais porque não são relativos a forma (ao quem e ao como), mas sim a substância ou conteúdo (ao que) das decisões. Com isso Ferrajoli vê o fim da democracia como sistema político fundado em uma série de regras que asseguram a onipotência da maioria. Conclui:

Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de la mayorías son normas *formales* en orden a lo que es *decidible* por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar *esfera de lo indecible*: de lo *no decidible que*, y de lo *no decidible que no*, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales.<sup>135</sup>

Na teoria dos direitos fundamentais proposta por Ferrajoli ainda merece relevo uma distinção marcante dos direitos fundamentais tradicionais exposta a seguir, que é a que se baseia na tese de que direitos patrimoniais não são fundamentais.

Neste sentido se trata basicamente da distinção entre direito de propriedade e direito de liberdade. Ferrajoli apresenta os direitos fundamentais de forma a se diferenciarem de “situações jurídicas” ou direitos patrimoniais. Enquanto as situações jurídicas correspondem a poderes ou deveres adquiridos em conformidade a “causas” ou “títulos” específicos e exercitáveis através de atos potestativos produtores de efeitos na esfera jurídica do titular ou de outrem (que não possui esses deveres ou poderes), os direitos fundamentais constituem-se em esferas de imunidade reconhecidas a todos independentemente de título (pertencem a todas as classes de indivíduo em igual medida) e exercidos através de comportamentos

---

134 FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

135 “se as regras sobre a representação e sobre o princípio das maiorias são normas formais em ordem ao que é decidível por maioria, os direitos fundamentais se inscrevem ao que podemos chamar de esfera do indecível: do não decidível que, e não decidível que não, quer dizer, das obrigações públicas determinadas pelos direitos sociais”. (FERRAJOLI, Luigi. *La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001, p. 51).

meramente lícitos que não interferem juridicamente na vida de outros sujeitos.<sup>136</sup> Assinala Ferrajoli:

A diferencia de los derechos patrimoniales – del derecho de propiedad a los derechos de crédito – los derechos fundamentales no son negociables y corresponden a “todos” y en igual medida, en tanto que condiciones de la identidad de cada uno como persona y/o ciudadano.<sup>137</sup>

Padecem ainda sobre estes direitos outras diferenças:<sup>138</sup>

a) os direitos fundamentais são direitos universais na medida em que ninguém pode ser privado destes, sob pena de deixarem de sê-los (inclusivos – formam a base da igualdade jurídica); já os direitos patrimoniais são direitos singulares – para cada um existe um titular determinado com a conseqüente exclusão de todos os demais (exclusivos – estão na base da desigualdade jurídica);

b) os direitos fundamentais são indisponíveis, inalienáveis e personalíssimos; os direitos patrimoniais são disponíveis, negociáveis e alienáveis;

c) os direitos fundamentais são horizontais tendo relações que se manifestam entre os indivíduos e o Estado – a violação pode levar a resistência e até a desobediência civil de quem teve seu(s) direito(s) fundamental(is) violado(s); já os direitos patrimoniais são verticais, seus titulares estabelecem relações de tipo civil, entre contratantes.

Ferrajoli estabelece a comparação entre o direito de propriedade e a liberdade de opinião para ilustrar a diferença de que enquanto o primeiro se exerce através de atos de disposição produtivos de efeitos consistentes em obrigações e direitos, da segunda não se pode dizer a mesma coisa, já que o seu exercício não depende de título aquisitivo e, ao estar privada de qualquer efeito jurídico, não tem qualquer relevância jurídica.

Tomando a idéia de direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos deve-se tomar o cuidado, novamente, para não cair no erro de tomá-los como “direitos-poderes”, de

---

<sup>136</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 35-36.

<sup>137</sup> “A diferença dos direitos patrimoniais – do direitos de propriedade aos direitos de crédito – é que os direitos fundamentais não são negociáveis e correspondem a ‘todos’ em igual medida, constatadas as condições da identidade de cada um como pessoa e/ou cidadão”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001, p. 908).

<sup>138</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 29-34.

modo que se impeça a mistificação liberal da propriedade como liberdade e a não menos grave mistificação marxista-leninista das liberdades como liberdades de contratação ou de mercado.<sup>139</sup>

Para Ferrajoli uma vez reconhecida a natureza dos direitos fundamentais enquanto princípios axiológicos de justificação do Estado, estes direitos são fundantes, e não fundados, mas ainda não são normas, e sim princípios ético-políticos externos, carentes de fundamentos, já que eles são fundamentos. Porém, uma vez que introduzidos à ordem normativa convertem-se em norma jurídicas de nível constitucional, produzindo assim uma ambivalência, pois passa a refletir no plano externo (ético-político) e interno (jurídico)<sup>140</sup>. Dessa maneira há um controle de legitimidade política do ordenamento, uma vez que quanto mais incorporar/positivar princípios ético-políticos, mais legítimo será<sup>141</sup>.

Essa separação entre liberdade-propriedade dá cores a um liberalismo *sui generis* pois se difere do liberalismo clássico na dissociação entre liberdade e propriedade e também porque liga os direitos liberais com os sociais. Esta abordagem então é de um liberal-socialismo, que combina e concilia, e não contrapõe, os direitos e garantias liberais e os direitos e garantias sociais.

### 2.1.2.3 Direito de resistência

Dessas teses tem-se que:

A primazia do ponto de vista externo, do respeito às pessoas, significa fundamentalmente luta pela pluralidade axiológica, pelo respeito ao diverso, pela tolerância, visto que somente neste modelo é admissível a crítica do sistema e o estabelecimento de critérios que justificam, inclusive, a sedição.<sup>142</sup>

Na gestão dos sistemas auto-referenciais, a desobediência, resistência ou objeção de consciência é descartada, pois o critério de justiça é reduzido a mera legalidade formal, configurando o ato de rebeldia um crime de lesa-majestade. A razão do Estado se sobrepõe a do Direito – tem-se o respeito (ou a negação) a tolerância.

---

<sup>139</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 2001, p. 914.

<sup>140</sup> *Idem. Ibidem*, p. 912-914.

<sup>141</sup> A descrição da concepção do conceito de direitos fundamentais de Ferrajoli é realizada para que se chegue a esta conclusão do italiano, a de que quanto mais princípios ético-políticos o ordenamento incorporar, mais legítimo será. Nesta feita teria o ordenamento constitucional brasileiro um grau alto de legitimidade política. Contudo, resta ainda o problema da efetividade destes mandamentos constitucionais. o que será, como já alertado, trabalhado no terceiro capítulo.

<sup>142</sup> CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de luigi ferrajoli no brasil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001, p. 113.

Atualmente o problema da tolerância se identifica muito com a convivência entre minorias étnicas, lingüísticas, raciais e de todos diversos. É a luta pelo direito a diferença com a exigência de eficácia plena do princípio da igualdade. É a igualdade formal como direito de ser reconhecido isonomicamente na esfera pública, e a igualdade substancial como direito de ser diferente e respeitado (tolerado) no âmbito privado.

Salo destaca que Ferrajoli (re)constrói o conceito de tolerância a partir do dever de tolerar e o de não tolerar. Nessa toada devem-se tolerar os direitos de liberdade, e não tolerar de forma alguma a exclusão dos direitos sociais e difusos, como a fome, a doença, a exploração, as agressões ao ambiente – que se tornam objeto de intolerância. A partir dessa intolerância constituem-se vínculos não apenas formais mas também materiais de igualdade.<sup>143</sup> O limite da intolerância seria então a lesão dos direitos fundamentais, estabelecidos constitucionalmente (plano interno) ou declarados internacionalmente (plano externo). A sua violação justifica a violência.

A resistência à opressão define-se como:

a possibilidade de desobediência a qualquer ato injustificado do poder público, negando a obrigação moral de submissão do cidadão à lei, e exigindo, ao mesmo tempo, eficácia plena dos direitos consagrados pelo próprio Estado. É que as normas não garantem absolutamente nada se não forem assumidas responsabilmente pela administração política; pelo contrário, desde uma concepção pessimista (garantista) do poder, a tendência dos aparelhos de Estado é sua constante violação [...] o *ius resistentiae* representaria a negação do direito e das práticas ilegítimas vigentes (violadoras dos direitos), consagrando uma garantia externa de efetividade constitucional. Dessa forma, conforme advoga Ferrajoli, desobedecer é justo quando é injusta uma lei, sendo igualmente legítimo rebelar-se quando os poderes violam direitos fundamentais e/ou os meios de garantias legais se revelam ineficazes para sancionar sua invalidade.<sup>144</sup>

Dessa maneira, finda-se a exposição da teoria geral do garantismo jurídico, e no próximo capítulo será analisada a realidade na qual se encontram os Estados democráticos de Direito, situando assim os desafios que este modelo tem para se concretizar e analisando as possibilidades do garantismo conformar uma resposta para a crise do Estado.

---

<sup>143</sup> CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de luigi ferrajoli no brasil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001, p. 111-112.

<sup>144</sup> *Idem. Ibidem*, p. 116.

### 3 NEOLIBERALISMO, GLOBALIZAÇÃO E EXCEÇÃO ECONÔMICA: A RESPOSTA GARANTISTA

Neste terceiro capítulo, após a análise da evolução do Estado moderno para que fosse situado o modelo vigente e de, no segundo capítulo ter sido apresentada a teoria geral do garantismo jurídico, passe-se agora à análise das influências que a ideologia neoliberal, no contexto de globalização econômica, inflige aos Estados, fazendo com que os mesmos descumpram o pacto constitucional e deixem de efetivar os direitos fundamentais.<sup>145</sup>

Para tanto será demonstrado como se desenvolveu o neoliberalismo e quais são os seus fundamentos, situando-o dentro do contexto da recente globalização econômica e, assim, posteriormente, conectando-o com a questão da exceção econômica.

Num segundo momento apresentar-se-á a(s) possível(eis) resposta(s) garantista.

#### 3.1 NEOLIBERALISMO E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

Em 1947, Friedrich Von Hayek, economista da Escola Austríaca e prêmio Nobel de economia, convocou para um encontro em Mont Saint Pelèrin (uma pequena cidade suíça) um conjunto de ideólogos e economistas entre os quais se destacam Milton Friedman, Karl Popper, Ludwig von Mises, Walter Lippman e Salvador de Madariaga, dando origem ao que ficou conhecido como a “Sociedade de Mont Pelèrin”<sup>146</sup>, que se reuniria a partir de então a cada dois anos<sup>147</sup>. Esse grupo se opunha ao surgimento do Estado do Bem-Estar Social de estilo keynesiano<sup>148</sup> e socialdemocrata. Criticavam esse modelo que, segundo eles, com seus encargos sociais e com a função de regulador das atividades do mercado estava atacando a liberdade dos cidadãos e a competição, elementos sem os quais não existe prosperidade. Essas posições anti-estatais foram tomadas mesmo nas décadas de 50 e 60, quando o capitalismo,

---

<sup>145</sup> A análise que se realiza neste tópico vem no sentido de conformar os traços que unem diversos autores, alguns dos quais partem de pressupostos diferentes uns dos outros, a respeito dos efeitos da globalização econômica neoliberal. Não se tem a pretensão de resgatar toda a teorização realizada a respeito do termo globalização. O objetivo é demonstrar como esse fenômeno vem alterando a estrutura e o funcionamento do Estado-nação, principalmente no tocante aos direitos fundamentais.

<sup>146</sup> Para uma análise sobre os ideólogos do neoliberalismo como Hayek e Friedman. Cf. LEMA, Sérgio Roberto. *A Globalização Neoliberal e a Democracia*. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre (Org.). *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*. Curitiba: EDIBEJ, 1998.

<sup>147</sup> Traçando um paralelo pode-se dizer que a continuidade dessa reunião ocorre todo ano, agora com caráter diverso, na cidade de Davos na Suíça, para a qual são convocados e participam anualmente governantes dos países ricos, representantes das empresas globais e transnacionais, governantes de países em desenvolvimento e pobres, funcionários dos organismos financeiros multilaterais (FMI, Banco Mundial, BID, etc.) e os técnicos e teóricos (filósofos, economistas, pensadores, etc.) que em regra defendem a ideologia neoliberal.

<sup>148</sup> Como visto no primeiro capítulo Keynes influenciou o modelo do Estado Social de Direito.

alcançou um período de crescimento grande tanto no Estados Unidos (com o *New Deal*) como na Europa. Conforme Wolkmer:

A retomada do liberalismo ocorreu através da Escola Austríaca (fundada por Ludwig Von Mises) entre as duas guerras mundiais, sendo uma resposta ideológica à crise econômica do Estado intervencionista, ao programa do keynesianismo, às tendências socialistas e ao poder significativo do sindicalismo. Além de contar entre seus principais divulgadores Milton Friedman – integrante da Escola de Chicago –, tem, em Friedrich Hayek, seu mais importante representante teórico.<sup>149</sup>

Essa retomada a qual se refere Wolkmer, contudo, não vem de forma integral ou de igual maneira, pois “o Neoliberalismo é ao mesmo tempo, semelhante e diferente do liberalismo. É semelhante na medida em que defende a idéia de que o mercado, e não o Estado, deveria ser o único alocador de salários e de capital. Ambas as doutrinas posicionam-se contra as regulamentações (trabalhista, ambientais, etc.) e a favor da “auto-regulamentação” do mercado. Mas em termos do contexto em que surgem, são bem diferentes: o liberalismo e suas doutrinas de livre comércio combateram as restrições pré-capitalistas; já o neoliberalismo luta contra o capitalista sujeito às influências do sindicalismo<sup>150</sup>. Segue Anderson:

O neoliberalismo nasceu logo depois da II Guerra Mundial, na região da Europa e da América do Norte onde imperava o capitalismo. Foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar. Seu texto de origem é “O Caminho da Servidão”, de Friedrich Hayek, escrito já em 1944. Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte

---

<sup>149</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 120.

<sup>150</sup> Ainda sobre as diferenças entre liberalismo e neoliberalismo: “O Liberalismo converteu os camponeses em proletários; o Neoliberalismo converte os trabalhadores assalariados em setores ‘informais’, ‘lumpens’, ou de trabalhadores autônomos. O Liberalismo foi forçado pelo movimento a aceitar a legislação trabalhista, a previdência social e as empresas públicas; o Neoliberalismo prejudica o movimento trabalhista, elimina a legislação social e representa um retorno à fase inicial do Liberalismo, anterior à existência dos sindicatos e dos partidos de trabalhadores. O Liberalismo estimulou o crescimento das cidades e dos complexos urbano-industriais; o Neoliberalismo prejudica as cidades, transformando-as em enormes favelas, dividindo-as entre os muito ricos e os muito pobres, com uma classe média que tende a desaparecer. O Neoliberalismo desfaz a complexa sociedade urbano-industrial, suas regras sociais, mercados domésticos e circuitos financeiros. Em suma, embora o Neoliberalismo tenha com o Liberalismo algumas posições doutrinárias em comum, os efeitos que ambos exercem sobre a estrutura social e sobre a economia são bem diferentes”. WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.120 e segs. Já Ianni aduz que enquanto o liberalismo se enraizava na sociedade nacional, no capitalismo competitivo, no mercado nacional, contendo elementos progressistas como a codificação e institucionalização dos princípios da liberdade e da igualdade, o neoliberalismo aposta no mercado mundial, no fluxo do capital, tecnologia, força de trabalho, mercadoria, lucro, mais-valia, lançando-se num mundo sem fronteiras. O Estado nacional não é parâmetro de soberania, deslocada para as organizações, corporações e outras entidades de âmbito global. IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 79.

do Estado, denunciadas como ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política.<sup>151</sup>

As idéias neoliberais permaneceram como letra morta até a crise dos anos 70<sup>152</sup> do século passado, quando o sistema capitalista pela primeira vez conheceu baixo crescimento econômico (estancamento e até retrocesso no crescimento das economias capitalistas) e inflação alta, a estagflação. Em 1973 ocorreu a segunda crise cíclica do capitalismo do século XX (a primeira, como visto, foi a quebra da bolsa de Nova Iorque)<sup>153</sup>. O aumento dos preços do petróleo foi o fator desencadeador desta crise que produziu uma recessão do sistema capitalista.<sup>154</sup>

As causas desta crise foram, segundo o grupo convocado por Hayek: a) Os gastos sociais excessivos por parte do Estado; b) O poder excessivo dos sindicatos e dos movimentos operários que pressionavam por aumentos salariais e pelo aumento dos encargos sociais do Estado, o que destruiu com o lucro das empresas e desencadeou a inflação; e c) intervencionismo do Estado na economia.

As diretrizes propostas pelo grupo do Mont Saint Pelèrin como saída para esta crise foram:

1. um Estado forte para quebrar o poder dos sindicatos e movimentos operários, para controlar o dinheiro público e cortar drasticamente os encargos sociais e os investimentos na economia;
2. um Estado cuja meta principal deveria ser a estabilidade monetária, que contém os gastos sociais e restaura a taxa de desemprego necessária para formar um exército industrial de reserva, quebrando o poderio dos sindicatos;
3. um Estado que realizasse uma reforma fiscal para incentivar os investimentos privados e, portanto, que reduzissem os impostos sobre o capital e as fortunas, aumentando os impostos sobre a renda individual e, portanto, sobre o trabalho, o consumo e o comércio;

---

<sup>151</sup> ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.) *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 9.

<sup>152</sup> O neoliberalismo, como movimento econômico, político e jurídico, surgiu com a crise dos anos 70, se consolidou com as mudanças dos anos 80 e se constituiu em modelo para o mundo a partir dos primeiros anos da década de 90. BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. Ijuí: UNIJUÍ, 1997, p. 86.

<sup>153</sup> Santos informa como a economia mundial cresceu muito entre 1945 e 1973, ou seja, do pós-grande guerra até a crise do petróleo. Descreve também a evolução do processo de globalização, selecionando alguns “traços” para o estudo, como a “deslocação da produção mundial para a Ásia consolidando-se esta como uma das grandes regiões do sistema mundial”, e a primazia total das empresas multinacionais, enquanto agentes do mercado global. Esses traços, dentre outras conseqüências, desregularam os mercados financeiros e revolucionaram as comunicações transcontinentais, sendo responsáveis, segundo Santos, pela década de 80 ser considerada perdida. SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-modernidade*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 288 e segs. Outras informações histórico-econômicas pertinentes a temática da globalização podem ser encontradas nesta obra.

<sup>154</sup> Tem-se então que o neoliberalismo, como corrente de pensamento político e econômico, nasce depois da 2ª Guerra Mundial, primeiro na Europa (com a reunião de Mont Saint Pélerin de 1947) e depois se traslada aos Estados Unidos (Escola de Chicago, Instituto de Tecnologia de Massachusetts, MIT, Universidade de Harvard).

4. um Estado que se afastasse da regulação da economia, deixando que o próprio mercado, com sua racionalidade própria, operasse a desregulação; em outras palavras, a abolição dos investimentos estatais na produção, abolição do controle estatal sobre o fluxo financeiro, drástica legislação anti-greve e vasto programa de privatização.<sup>155</sup>

Contudo ainda não foram as idéias dos economistas de Mont Saint Pelèrin que puseram em marcha o neoliberalismo, mas as contradições do fundo público implantando pelo *Welfare State*, que levaram ao seu colapso e à proposta neoliberal. O Estado do Bem-Estar Social endividou-se num processo de dívida pública chamado de déficit fiscal para garantir a acumulação e a reprodução da força de trabalho e do capital, o que levou a uma crise incontornável com a internacionalização da produção, pois os ganhos obtidos nem sempre voltavam ao país de origem para alimentar o fundo público. O motivo para o encolhimento do Estado está no fato de que para investir em tecnologia o capital precisa de mais dinheiro, de parcelas da riqueza pública e, para tanto, é necessário desaparecer um Estado que conceda benefícios sociais.<sup>156</sup>

Nesse contexto ocorre a implantação do Projeto Neoliberal em diversos países<sup>157</sup>. A Inglaterra e os EUA<sup>158</sup>, juntamente com o Chile, que foi um “projeto piloto”, foram os primeiros países que nortearam suas políticas sob o jugo das teorias neoliberais.<sup>159</sup> Num

---

<sup>155</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: 2004. Editora Ática. p. 401.

<sup>156</sup> Idem, *Ibidem*, p. 401.

<sup>157</sup> Esse balanço histórico e ideológico do neoliberalismo foi baseado principalmente em: ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo* in: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.) *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. também utilizados, do mesmo livro: SADER, Emir. *Participação no debate: A trama do neoliberalismo: mercado, crise e exclusão social* in: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs.) *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995; ANDERSON, Perry. *Participação no debate: A trama do neoliberalismo: mercado, crise e exclusão social* in: SADER, Emir; GENTILE, Pablo (org). *Pós neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995; e NETTO, José Paulo. *Repensando o balanço do neoliberalismo* in: SADER, Emir; GENTILE, Pablo (org). *Pós neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

<sup>158</sup> Nota curiosa é de que o Partido Republicano dos EUA, que elegeu os a partir de 1980 duas vezes Ronald Reagan e depois George Bush, como substituto, em que pese ter levado a cabo o ideário neoliberal, cortou os gastos sociais, mas não os públicos, que concentraram-se em gastos militares. Isso foi chamado de keynesianismo ortodoxo, em contraposição ao heterodoxo que previa gastos sociais. BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. Ijuí: UNIJUÍ, 1997, p. 102-103.

<sup>159</sup> Na Inglaterra, em 1979, Margaret Thatcher atacou frontalmente o sindicalismo inglês e os setores nacionalizados da economia (carvão, vias férreas, linhas aéreas, etc.). Nos Estados Unidos, em meados da década de 80, o presidente Ronald Reagan implantou uma política econômica denominada, em inglês, "Reagonomics". A essa aliança em matéria de políticas econômicas e sociais da Inglaterra e USA se denominou "A Revolução Conservadora". A Inglaterra, sob o Governo de Margaret Thatcher, foi a pioneira e talvez a mais pura e ortodoxa em matéria de aplicação das concepções e políticas neoliberais nos países capitalistas avançados. Por sua importância e por haver sido a primeira experiência com êxito de aplicação das políticas neoliberais (com exceção do Chile). Os objetivos de Margaret Thatcher na Inglaterra foram muito precisos e concretos: a) Deter a inflação; b) Recuperar a ganância das empresas e o crescimento da economia; e c) Derrotar o movimento sindical. Estes objetivos foram logrados em maior ou menor medida. A partir desses dois países o projeto neoliberal foi se implantando progressivamente, com maiores ou menores resistências e em forma menos radical devido à tradição em matéria de políticas sociais de vários países, no resto dos países da Europa Ocidental,

segundo momento as idéias neoliberais foram implantadas também em outros países menos abastados, como a Bolívia, sob o Governo de Víctor Paz Stensoro, o México, sob o Governo de Carlos Salinas de Gortari<sup>160</sup>, a Argentina, sob o governo de Carlos Saúl Menem e seu conhecido ministro de economia, Domingo Cavallo, e o Brasil, primeiro sob o governo de Fernando Collor, mas sobretudo sob o Governo de Itamar Franco, cujo Ministro da Fazenda foi Fernando Henrique Cardoso, que implantou o Plano Real.

Para a implantação do projeto neoliberal aplicaram-se, na América latina, os Programas de Ajuste Estrutural, “PAEs”, popularmente conhecidos como "pacotes econômicos", mecanismos através dos quais se realizou o desmantelamento do pouco Estado Social de Direito que houve nesse continente. O conteúdo era similar para todos os países e baseava-se em:

- a) Reforma do Estado (Estado Mínimo);
- b) Privatização de empresas e serviços públicos<sup>161</sup>;
- c) desregulamentação (liberação) das economias<sup>162</sup>;
- d) eliminação ou diminuição das políticas sociais e privatização da seguridade social (Previdência Social)<sup>163</sup>;
- e) Flexibilização das leis trabalhistas e sociais e das condições de trabalho (terceirização)<sup>164</sup>;

---

incluindo países com governos socialistas como a Espanha de Felipe González e a França de François Mitterrand.

<sup>160</sup> Gortari, por sua fidelidade na aplicação do projeto neoliberal, foi condecorado publicamente por Margaret Thatcher.

<sup>161</sup> Na visão neoliberal a privatização deve ocorrer porque o financiamento das empresas e dos serviços públicos, devido a ineficácia e ineficiência administrativa do Estado, é uma carga muito grande e um dos principais fatores do crônico déficit fiscal. O Estado em matéria econômica não reage de forma tão rápida como reage o setor privado, que é mais eficiente. Além disso os administradores públicos não estão motivados pela divisão dos ganhos.

<sup>162</sup> Para que haja ordem na sociedade não se requerem tantas normas que regulem as relações entre os cidadãos e as relações econômicas. Esta regulação é custosa. O livre mercado regula melhor e com muito menos custo, portanto, a única regulação que pode aceitar-se é aquela que tenda a instalar e a fortalecer o mercado. Essa é a posição neoliberal.

<sup>163</sup> A leitura neoliberal é de que as políticas sociais aprofundaram a crise e constituem uma das cargas mais pesadas para o Estado e para as empresas privadas, debilitando a competitividade e o sentido de responsabilidade individual.

<sup>164</sup> Para que as empresas sejam competitivas e eficientes deve-se introduzir a flexibilização das condições de trabalho.

- f) Novas políticas fiscais e tributárias;
- g) Novas políticas monetárias e financeiras<sup>165</sup>;
- h) Abertura econômica (inserção no processo de globalização)<sup>166</sup>;
- i) Modernização dos aparatos produtivos nacionais<sup>167</sup>;
- j) Integração econômica com base na assinatura de Convênios ou Tratados de Livre Comércio<sup>168</sup>; e
- k) Novo sistema educativo<sup>169</sup>.

A crítica neoliberal ao Estado dos países latino-americanos vem no sentido de colocá-lo como causador da crise nesses países, esta gerada por:

- a) Intervencionismo exagerado;
- b) Excessiva presença na área produtiva;
- c) Gigantismo do aparato administrativo estatal;
- d) Populismo-clientelismo;

---

<sup>165</sup> As propostas neste sentido resumem-se da seguinte forma: a) A estabilidade monetária é fundamental; b) A expansão monetária tem que ser controlada e, para isso, os Bancos Centrais devem ter autonomia; e c) O livre funcionamento do mercado financeiro. As taxas de interesse devem ser fixadas pelo mercado e os capitais estrangeiros (o investimento estrangeiro) devem ter liberdade para entrar e sair.

<sup>166</sup> São basicamente duas frentes: a) eliminação do protecionismo; e b) eliminação das subvenções e dos estímulos às exportações.

<sup>167</sup> A leitura realizada pela ideologia neoliberal é de que a causa do atraso das condições de vida e de trabalho dos povos latino-americanos é o atraso das infra-estruturas e estruturas produtivas, causado pelo exagerado protecionismo e pelas políticas de industrialização implementadas. Neste sentido deve ser realizada a adaptação das economias para a competência internacional. O aparato produtivo deve ser modernizado, o que implica no fechamento de empresas, de setores ineficientes, e o readestramento da força de trabalho.

<sup>168</sup> A proposta é de que o livre mercado tem que existir não só a nível nacional, mas também a nível internacional. O ideal neoliberal neste sentido é construir uma economia global de absoluto livre mercado.

<sup>169</sup> O ideário neoliberal propõe um novo sistema educativo que articule a educação primária, secundária e universitária com a formação profissional e com a investigação científico-tecnológica. O Estado deve redistribuir os gastos em matéria educativa, dando prioridade à educação básica e média e diminuindo os gastos na educação superior.

e) Corrupção;

f) Déficit fiscal permanente; e

g) Ineficiência técnico-administrativa.

A proposta então foi de enfraquecer o Estado, reduzindo ao mínimo suas funções para de defesa e segurança (externa e interna), educação, saúde e obras de infra-estrutura (para alguns teóricos mais radicais o Estado deveria eliminar inclusive a atuação nas áreas da saúde e da educação).<sup>170</sup>

Sumariamente Edmundo Lima de Arruda Júnior define a estratégia neoliberal:

Privatização; desregulamentação; flexibilidade; dívida externa acentuada nos países periféricos; ajuste sem protencionismo; adjudicação de recursos junto à sociedade e ao Poder; transnacionalização intensa da economia, da política e da cultura. No nível jurídico, as políticas neoliberais implicam confiscos trabalhistas; eliminação da estabilidade dos funcionários públicos; ajuste fiscal para “equilíbrio” da receita/despesas do governo, entre outros [...].<sup>171</sup>

Neste sentido temos que as políticas neoliberais, aplicadas no atual processo de globalização<sup>172</sup>, defendem a transferência, para a esfera privada, das obrigações sociais do poder público. Tudo passa a ser resolvido no mercado, convertendo-se o público em inimigo do privado. Conforme Silva:

A bandeira erguida pelo neoliberalismo é a da desregulamentação das barreiras ao capital, mercados livres e desuniversalização de proteções jurídicas para fazer cessar o “parasitismo” de certas classes, particularizando os benefícios sociais e a desestatização como melhor forma de dinamizar o capitalismo em crise e como

---

<sup>170</sup> Essas idéias se consolidaram com mais força posteriormente a novembro de 1989 quando, em Washington, EUA, reuniram-se funcionários do governo americano e de organismos financeiros internacionais ali sediados, o FMI, o Banco Mundial e BID, especializados em assuntos latino-americanos, produziram um conjunto de conclusões que afirmava a excelência da proposta neoliberal que vinha sendo recomendada como condição indispensável para a concessão de cooperação financeira externa. O conjunto dessas recomendações, similares as acima expostas, ficou conhecido como *Consenso de Washington*. Representou a consolidação das idéias neoliberais. Cf. BIAVASCHI, Magda de Barros. As reformas do Estado em Tramitação: breves considerações In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre (Org.). *Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho*. Curitiba: EDIBEJ, 1998, p. 236-237.

<sup>171</sup> ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Neoliberalismo: Inimigo Número um da democracia*. Direito em Revista. Porto Alegre: AMATRA, n. 5, abr/ago. 1995, p. 36.

<sup>172</sup> O termo é utilizado no sentido de uma crescente interconexão em vários níveis da vida cotidiana a diversos lugares no mundo, possuindo diversas dimensões, como a política, social, ambiental e cultural, sendo enfocada aqui a econômica, compreendida como fio condutor das demais dimensões. Cf: LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

medidas para abrir as economias nacionais e proporcionar melhor bem-estar a seus povos, com a constituição de um “Estado mínimo”, eficiente em suas atividades clássicas e no controle do dinheiro.[...] As reformas sociais, tal qual as políticas, seriam vistas como decorrência natural da liberalização econômica. Ou seja, deverão emergir exclusivamente do livre jogo das forças da oferta e da procura num mercado inteiramente auto-regúvel.<sup>173</sup>

Dessa forma, a globalização econômica é caracterizada pela

superação das restrições de espaço pela minimização das limitações de tempo, [...] um fenômeno complexo e intenso de interações transnacionais, onde a empresa privada progressivamente substituiu o Estado como ator principal, [...] à avassaladora dimensão alcançada pelos movimentos transnacionais de capital, especialmente o financeiro. E a formação de uma hierarquia dinâmica de acesso e trocas desiguais entre os fatores de produção, com amplitude mundial.<sup>174</sup>

Com isso novos processos produtivos tomam forma. Abre-se um processo de acumulação e internacionalização de capitais, que passa a não ter fronteiras e a fugir de toda e qualquer regulação de caráter nacional. As empresas desterritorializam-se, vindo a se fixar dentro do globo terrestre nos locais mais convenientes para fomentar o aumento de seus lucros. Prega-se, insistentemente, a privatização, a economia desregulada, a legislação trabalhista flexibilizada e a abertura gradativa dos mercados. O consumismo generaliza-se e intensifica-se.<sup>175</sup> Segundo Ramonet a empresa global torna-se um organismo

[...] sem corpo nem coração, não passa de uma rede construída por diferentes elementos complementares, disseminados através do planeta e que, articulando-se uns aos outros segundo uma pura racionalidade econômica, obedecem a duas palavras-chave: rentabilidade e produtividade.<sup>176</sup>

De forma gradual os Estados nacionais perdem grande parte de sua soberania e capacidade de decisão tendo em vista que não conseguem atingir a esfera internacional. Dessa

---

<sup>173</sup> SILVA, César Augusto Silva da. Reformas econômicas da América Latina no contexto da Globalização. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais e Globalização*. Ijuí/RS: UNIJUÍ, 1998, p. 219.

<sup>174</sup> FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1. ed. 4 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 62. Faria explica que o termo globalização não é unívoco e também não é recente. Recente são as características acima expostas.

<sup>175</sup> IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

<sup>176</sup> RAMONET, Ignácio. *Geopolítica do caos (tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira)*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 49. Nesta obra Ramonet distingue “empresa multinacional” de “empresa global”, que não seria dependente de um centro geograficamente localizado. Assim, uma empresa francesa pode solicitar empréstimos na Suíça, instalar seus centros de pesquisa na Alemanha, comprar suas máquinas na Coreia do Sul, construir suas usinas na China, elaborar sua campanha de marketing e publicidade na Itália, vender aos Estados Unidos e ter sociedade com capitais mistos na Polônia, Marrocos e México. Ramonet ainda se detém também numa análise histórico-econômica do fenômeno da globalização.

forma o capital, as empresas transnacionais<sup>177</sup> e corporações multilaterais que assumem o controle do mercado mundial<sup>178</sup>. Essa economia global cria, então, uma desconexão entre as instituições políticas nacionais e suas formas de controlar as ingerências e forças econômicas internas e externas. Devido a globalização neoliberal o paradigma Estado-nação entra em crise, com as forças econômicas supranacionais ditando as políticas econômicas nacionais, tomando corpo até argumentos de que o Estado não é mais necessário e de que a era da regulação dos negócios pelo governo nacional terminou.<sup>179</sup> Ressalta Oliveira:

A “financeirização” do capitalismo, a forma específica da mundialização do capital [...] chamada equivocadamente de “globalização”, abriu as comportas dos sistemas monetários e financeiros de cada capitalismo nacional.<sup>180</sup>

Importante, contudo, ressaltar que o Estado não desapareceu e provavelmente não desaparecerá<sup>181</sup> do cenário mundial. O que está acontecendo, por ora, é uma relativização da soberania e da autonomia dele, abalado em suas prerrogativas, que José Eduardo Faria identifica como o denominador comum das rupturas geradas pelo processo de globalização e da crise da legitimidade do Estado moderno:

O denominador comum dessas rupturas é, como se vê, o esvaziamento da soberania e da autonomia dos Estados nacionais. Por um lado, o Estado já não pode mais almejar regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle, direção e indução. Por outro lado, ele é obrigado a compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. Ao promulgar suas leis, portanto, os Estados nacionais acabam sendo obrigados a levar em conta o contexto econômico-financeiro internacional, para saber o que podem regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas.<sup>182</sup>

---

<sup>177</sup> As corporações transnacionais “podem controlar imenso poder econômico, e ter a capacidade de influenciar sistemas políticos em seus países-base e em outros lugares. As maiores companhias multinacionais da atualidade têm orçamentos maiores do que todas as nações com poucas exceções”. GIDDENS, Antony. *As conseqüências da Modernidade (tradução de Raul Fiker)*. São Paulo: UNESP, 1994, p. 75. Para um aprofundamento na temática desse “nova ordem mundial”, na qual o governo está cada vez mais nas mãos das enormes instituições privadas e seus representantes. Cf. CHOMSKY, Noam. *Novas e Velhas Ordens Mundiais (tradução de Paulo Roberto Coutinho)*. São Paulo: Scritta, 1996.

<sup>178</sup> Surge também uma nova divisão internacional do trabalho, a qual contribui de reforço para este poder. Cf. BOURDIEU, Pierre. A precariedade está hoje por toda a parte. In: *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

<sup>179</sup> IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 235.

<sup>180</sup> OLIVEIRA, Francisco de. Política numa era de indeterminação. In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba. *A era da indeterminação*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 25. Nas páginas subsequentes Oliveira trata da história recente do desenvolvimento do “capitalismo financeiro”.

<sup>181</sup> Octavio Ianni destaca que mesmo abalados os conceitos de soberania e de Estado-nação o capitalismo, enquanto modo de produção e processo civilizatório, cria e recria o Estado-nação, assim como o princípio da soberania que define a sua essência. Portanto não se pode falar no fim do mesmo. IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 34.

<sup>182</sup> FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 11.

Decorre nessa esteira que o que ocorre é uma limitação da autonomia e soberania do Estado, com a redução desta, inclusive nas nações mais desenvolvidas. O Estado-nação começa a ser obrigado a compartilhar ou aceitar decisões e diretrizes provenientes de outros centros de poder, de escala global. André Noel Roth informa que existem inclusive práticas jurídicas flexibilizadas, que revelam a implementação de uma técnica gerencial inédita de redução dos conflitos através da qual os novos protagonistas – os antigos beneficiários de uma estratificação social iníqua – imunes às pressões políticas e sociais, criam as normas das quais necessitam – quando e como querem, da mesma forma que impõem à legislação estatal em vigor a interpretação adequada para resguardar seus negócios particulares<sup>183</sup>

Nessa toada é criado um consenso pela ideologia neoliberal segundo o qual aos Estados não resta alternativa frente à globalização e que devem imprimir políticas econômicas calcadas no controle da inflação, na desregulação dos mercados e na privatização. Assim se garante competitividade de suas economias e evitam-se prejuízos maiores.

E, ainda, tem-se que as empresas transnacionais, o capital, estão ligados poderosas instituições que influenciam decisivamente o sistema monetário mundial e controlam recursos e capacidade para induzir políticas econômicas nacionais:

Ao lado das corporações transnacionais, ainda que de maneira independente, umas vezes divergentes e outras convergente, atuam o FMI, o BIRD e a OMC. São organizações multilaterais, com capacidade de atuação em concordância e em oposição a governos nacionais. Possuem recursos não só monetários mas também jurídico políticos suficientes para orientar, induzir ou impor políticas monetárias fiscais e outras de cunho neoliberal.<sup>184</sup>

Nesse sentido mudanças no sistema monetário internacional ocorreram. O capital especulativo vem substituindo o capital produtivo, o que enseja um processo de valorização da riqueza artificial<sup>185</sup>. Busca-se valorizar o capital<sup>186</sup>, tanto por parte de empresas produtivas quanto governos e especuladores em geral, mediante aplicações financeiras nos mercados internacionais, o que está formando um quadro de um “rentismo” institucionalizado. Por isso

---

<sup>183</sup> ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. Neste sentido Roth fala do surgimento de uma forma de neofeudalismo onde as normas de regulação de um setor econômico estão definidas por empresas comerciais dominantes no setor.

<sup>184</sup> IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 125.

<sup>185</sup> SILVA, César Augusto Silva da. Reformas econômicas da América Latina no contexto da Globalização. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais e Globalização*. Ijuí/RS: UNIJUÍ, 1998, p. 212.

<sup>186</sup> E o lucro torna-se, definitivamente, um fim em si mesmo. Nota interessante a respeito disso é a forma como o capitalismo lida com Che Guevara, um dos maiores opositores deste sistema econômico: sua imagem é vendida pelo mundo todo estampada em camisetas. Outro informe curioso é o que vem com a declaração do cineasta estadunidense Michael Moore, no documentário “Corporação”, dizendo que os estúdios de TV gastam para produzir seus filmes que criticam os próprios estúdios. Ou seja, a única lógica é a do lucro.

a pressão para que se reduzam as regras para a entrada de capitais. E essa entrada ocasiona um processo de dependência aos movimentos e às articulações do capital externo, produzindo um ciclo vicioso. Ao abrirem os mercados os países perdem parte de sua soberania para o capital financeiro. Sujeitam-se aos ditames externos e, na fuga desses capitais, necessitam recorrer ao FMI ou ao BM, por exemplo, para a concessão de empréstimos, que só vem se cumpridas determinadas exigências como a inutilização de alguns dos instrumentos tradicionais de política econômica e submissão aos ditames políticos e econômicos impostos<sup>187</sup>.

Para controlar o déficit público e a inflação, problemas de diversos países capitalistas hodiernos, os organismos internacionais ditam a adoção de uma política recessiva com a elevação das taxas de juros e redução de gastos sociais. Isto faz com que o capital especulativo seja aplicado no país, visando, claro, obter altas remunerações. Mas, por ser especulativo, volátil, não reforça a capacidade de investimentos no país. Num círculo vicioso os governos, para não serem afetados por saídas bruscas de capital, precisam aumentar os juros (o que trás conseqüências nefastas para o mercado nacional). Em conseqüência ocorre uma explosão da dívida pública, relacionada, em grande medida, à especulação financeira.<sup>188</sup>

A aplicação de todas essas providências acentua as disparidades sociais entre nações e no seu interior, promove recessão e aumenta o desemprego já crônico.

Tudo isso leva, no campo político, a conclusão de que o espaço público está se esvanecendo na medida em que as decisões transcendem o âmbito do Estado, produzindo apatia política, uma vez que os centros decisórios se encontram cada vez mais distantes dos lugares onde vivem os cidadãos. Nesse contexto os cidadãos assumem a condição de meros consumidores, ensejando comportamentos egoístas, despertando o individualismo, rompendo elos de solidariedade social e de compartilhamento de um destino comum na sociedade. O debate político se esvazia e se instaura o que se conhece por pensamento único.<sup>189</sup> A fragmentação social engendra o esvaziamento do indivíduo, em face do poder político estar cada vez mais à mercê das regras do mercado definidas pelas empresas transnacionais, tornando a economia o parâmetro das decisões políticas e jurídicas.<sup>190</sup>

---

<sup>187</sup> Dessa forma, como se tem refletido neste trabalho, que são implementadas a maioria das reformas consideradas essenciais à ideologia neoliberal descritas acima.

<sup>188</sup> Para algumas reflexões mais aprofundadas da relação entre Estado e Mercado no contexto da globalização na teoria econômica. Cf. SANTOS, Fernando Muniz. *Globalização Econômica, Estado e Mercado*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

<sup>189</sup> LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização Econômica e Crise dos Estados Nacionais*. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 158-159.

<sup>190</sup> Mais informações sobre a globalização e suas conseqüências podem ser encontradas em: BAUMAN, Zygmunt. *Globalização as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999

De forma sumária, com a política neoliberal tomando conta do cenário econômico internacional o capitalismo traduz-se da seguinte maneira nos dias atuais:

- a) o desemprego tornou-se estrutural e não é mais conjuntural devido a automação, o que aumenta a pobreza e enfraquece os sindicatos;
- b) o monetarismo e o capital financeiro tornaram-se o centro nervoso do capitalismo, ampliando a desvalorização do trabalho produtivo e privilegiando o dinheiro;
- c) a terceirização que substituiu o modelo fordista de concentração das etapas de produção, o que faz com que a classe operária perca a referência de se perceber como classe para lutar;
- d) a ciência e a tecnologia tornaram-se forças produtivas deixando de ser mero suporte do capital para se converter em agentes de sua acumulação;
- e) com o enxugamento do Estado e a privatização de suas empresas os direitos sociais antes vistos como necessários para garantir os direitos civis e políticos vão se tornando serviços prestados por entes privados e ao acesso apenas daqueles que tem dinheiro para adquiri-la;
- f) a transnacionalização da economia torna desnecessário o Estado e os novos centros econômicos, políticos e jurídicos do mundo são o FMI e o Banco Mundial, que operam dentro dos dogmas neoliberais de estabilidade econômica e corte do déficit público (leia-se corte no social); e
- g) a distinção entre países de primeiro e de terceiro mundo tende a ser substituída pela existência, em cada país, de uma divisão entre ricos e miseráveis, um “primeiro mundo” e um “terceiro mundo” dentro de cada país, com a diferença apenas na quantidade de pessoas que povoam essas realidades em cada país.<sup>191</sup>

---

<sup>191</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: 2004. Editora Ática. p. 402-403.

### 3.1.1 Exceção econômica

Para contextualizar a questão da exceção econômica tomar-se-á o exemplo do caso brasileiro.

A Constituição brasileira é um documento que funda formalmente um Estado Democrático de Direito que tem como base a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a democracia, a igualdade, a cidadania e a justiça social, conferindo primazia ao homem e subordinando o poder público à ordem democrática constitucional. Num longo processo no qual grande parte da sociedade civil organizada participou, a elaboração da Constituição foi um marco na história do Brasil. A constituição tem grande inclinação social, é minuciosa e detalhista, o que reflete os anseios da sociedade civil em inscrever os direitos que lhe foram sistematicamente sonegados, englobando, no texto, diversos temas de interesse nacional e lhes assegura perenidade e certeza, com a eleição, inclusive, de cláusulas pétreas.

A novidade teórica introduzida por esta constituição é a inserção do capítulo dos direitos sociais no título dedicado aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, contrariando a tradição brasileira de colocá-los num capítulo à parte (“da Ordem Econômica e Social”). Eleva princípios com valores sociais a um patamar expressivo, vinculando a interpretação das normas constitucionais e daquelas hierarquicamente inferiores ao crivo da função social à asseguarção de uma existência com dignidade, espelhando uma ideologia de cunho altamente social no texto constitucional.<sup>192</sup>

É uma constituição de caráter altamente compromissário<sup>193</sup>, harmonizadora das diversas forças políticas, conciliadora de “posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultante das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo Constituinte”<sup>194</sup>, o que é absolutamente legítimo num processo democrático.

Em suma, resultado das demandas político-sociais num momento de redemocratização do país, a Constituição assegura um amplo sistema de direito e garantias ligados a consolidação e efetivação dos direitos fundamentais, tais como, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais, o direito ao meio ambiente, a saúde, a previdência, a um salário mínimo justo, a repressão ao abuso econômico, etc.

No entanto, em que pese a Constituição ser altamente compromissária, tendente a garantia e efetivação de direitos sociais, no Brasil, o quadro social é desolador. O país ocupa a

---

<sup>192</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

<sup>193</sup> Idem, *Ibidem*, p. 75.

<sup>194</sup> Idem, *Ibidem*, p. 67.

segunda colocação no “ranking” dos países mais desiguais do mundo segundo a ONU, “perdendo” apenas para o Sri Lanka, apesar de ter a 11ª economia do mundo, o que deflagra um verdadeiro *apartheid* social, o qual o Bird (Banco Interamericano de Desenvolvimento) não vê saída a curto prazo<sup>195</sup>. A desigualdade sócio-econômica, pode-se afirmar, é talvez uma das marcas mais relevante dos países periféricos, entre eles o Brasil<sup>196</sup>.

As elites iludiram as massas com a teoria do crescimento do bolo afirmando que quanto primeiro a economia do país deveria crescer para depois repartir o bolo. O que aconteceu foi um aumento das disparidades sociais na mesma proporção em que cresceram a economia e a falta de acesso da população a determinados bens e serviços cada vez mais sofisticados tecnologicamente.<sup>197</sup>

Neste sentido, para Streck fica evidente que em países como o Brasil em que, segundo ele, o Estado Social não existiu, o agente principal de toda a política social deve ser o Estado. Mas, enquanto os países de ponta rediscutem e questionam a eficácia social do neoliberalismo o Brasil caminha cada vez mais para um “Estado ausenteísta”, “minimizado”, “enxuto” e “desregulamentado”. Para o jurista gaúcho este é o dilema: “*quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!*”<sup>198</sup> E prossegue aduzindo que tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, *que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador*, na esteira daquilo do proclamado Estado Democrático de Direito. E ainda aduz que o direito deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas, apontando ainda para a existência de uma crise de legalidade instalada em nosso país, uma vez que nem sequer esta é cumprida, bastando, para tanto, ver a inefetividade dos dispositivos da Constituição.

---

<sup>195</sup> BIRD vê ‘armadilha da desigualdade’ no país. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 21 set. 2005, p. B1. O Bird classifica o Brasil como “campeão da desigualdade na América Latina”, estando melhor hoje no mundo só que quatro países africanos. A matéria relata que a instituição, segundo o estudo realizado, alerta que o Brasil “reúne quase todos os ingredientes possíveis [...] para continuar perpetuando essa situação”. Prossegue descrevendo que a chamada “armadilha da desigualdade”, segundo o Bird, “dá-se quando a elite econômica e política se perpetua no poder, criando mecanismos financeiros e legislativos para manter o comando e obter vantagens”.

<sup>196</sup> São 42 milhões de brasileiros vivendo abaixo da linha de pobreza. Cf: Miséria recua, mas ainda atinge 42 milhões. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 23 set. 2006.

<sup>197</sup> GOMES, Luís Flávio. *A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 98.

<sup>198</sup> STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27.

Como saída desse abismo, o *establishment* apresenta um programa movido pelos interesses do FMI e do Banco Mundial<sup>199</sup> que se encontra em franca expansão. Tal “programa” é marcado, fundamentalmente, pelas privatizações, pela potencialização das liberdades de mercado, pela ocupação de áreas públicas por entes privados (exemplos são saúde e educação), pela redução e financeirização do Estado e pela abertura do mercado. Alguns setores defendem a retirada do Estado do cenário social, com a maximização do mercado, inclusive em áreas antes exercitadas por aquele, e a conseqüente sobreposição do setor privado sobre o público, que transforma direitos econômicos e sociais em serviços, colocando o cidadão na posição de mero consumidor.

Neste contexto de quadro social desolador e Constituição que prevê a transformação deste quadro com a melhoria da qualidade de vida de todos os cidadãos, a atuação dos poderes públicos tem grande relevância. Sob os auspícios da *lex mercatoria*, que determina a expansão do mercado sem limites ou controles, imposta pelo discurso dominante, entretanto, o Poder Executivo (que tem usurpado para si a função legiferante, o que se evidencia com o incremento incessante de Medidas Provisórias editadas e reeditadas constantemente<sup>200</sup>) e também o Poder Legislativo, acabam por atuar contra a própria ordem jurídica e por determinar os rumos da atuação estatal.

Consolida-se, então o neoliberalismo como artífice de uma técnica de governo que se caracteriza por desconhecer as fronteiras estatais impondo restrições à soberania e ao poder do Estado. Nesse contexto há uma demanda específica para os países periféricos de se enquadrarem rapidamente nos preceitos neoliberais.

Este “disciplinamento” exige respostas rápidas aos pleitos do mercado, que é volátil, por parte dos governos destes países. Isso faz com que, por exemplo, o Poder Executivo se valha de medidas excepcionais para dar conta destas solicitações, o que acaba por fazer contrariando o próprio ordenamento jurídico. Dessa forma se delineia o paradoxo de um próprio poder estatal atuar com primazia na exceção e da ordem jurídica conviver com a sua própria e constante suspensão. Nesta feita boa parte da atuação do Poder Executivo se dá conforme um decisionismo de emergência para a adequação às demandas do mercado.

O poder do Estado se volta, desta forma, para uma legislação de emergência visando resolver de forma imediata os problemas estruturais da economia, o que faria, para o jurista

---

<sup>199</sup> Enfim, da lógica neoliberal dominante, consoante com o exposto acima.

<sup>200</sup> Entre 1988 e 1994, segundo estudo de Charles Pessanha, 84,9% das leis aprovadas tiveram origem no Executivo, contra apenas 15,1% advindas do Legislativo. Cf.: PARADOXO: hoje o maior legislador não é o Legislativo, mas o Executivo. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 28 set. 2006.

Sérgio Cademartori, surgir um novo tipo de legitimação: a legitimação pela eficácia<sup>201</sup>. Esse discurso economicista, por seu turno, reduz o direito à economia, instalando-se uma lógica da emergência, situação que encontra ressonância também em decisões judiciais.

Conforme Faria a desregulamentação requerida pela expansão da economia em escala planetária está provocando a suplantação progressiva do monopólio da legislação concedido aos Estados em proveito da capacidade de produção normativa de inúmeras organizações multilaterais, grupos econômicos nacionais, instituições financeiras internacionais e corporações empresariais multinacionais que condicionam, cada vez mais, a direção dos negócios públicos e a elaboração do direito estatal.<sup>202</sup> Neste sentido não só o jurídico mas também o político tende a ficar relegado a segundo plano, preponderando a economia:

o Estado mínimo da falsa utopia neoliberal não é mínimo na economia, como pregam os tolos: ele se faz mínimo é na política. Num movimento de pinças simultâneo, o Estado se faz máximo na economia e mínimo na política, e os dois lados projetam uma economia sem política, portanto sem disputa.<sup>203</sup>

Este quadro nos permite delinear, o que Gilberto Bercovici, na esteira de Carl Schmitt<sup>204</sup> e Giorgio Agamben<sup>205</sup>, chama de Estado de Exceção<sup>206</sup> econômico.<sup>207</sup> Trata-se de

---

<sup>201</sup> Para Cademartori a legitimação pela eficácia se dá quando os poderes estatais, por meio de legislação de emergência, visando a resolver de forma imediata problemas estruturais da economia, tem um êxito (que às vezes é efêmero). Cf. CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 176. Bercovici neste sentido esclarece que a legitimação dos atos realizados durante a exceção depende do respaldo político e popular, não jurídico. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Poder Constituinte, Estado de Exceção e os Limites da Teoria Constitucional*. 2005. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 37.

<sup>202</sup> FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 14-15.

<sup>203</sup> OLIVEIRA, Francisco de. O momento Lênin. In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba. *A era da indeterminação*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 286.

<sup>204</sup> Carl Schmitt foi o primeiro autor a chamar a atenção para os estudos sobre o Estado de Exceção. Delimitando o conceito de soberania ele concluiu que “soberano é quem decide o estado de exceção”, tentando precisar que o fundamento da ordem jurídica é uma decisão e não uma norma. Explicita também a relação paradoxal que é a convivência da norma com a sua suspensão, que não significa a sua abolição. Para o autor alemão o caso da exceção revela a essência da autoridade estatal de maneira clara. Nele, a decisão se separa da norma jurídica e (em uma formulação paradoxal) a autoridade demonstra que não necessita do direito para criar o direito. A tentativa de regulação jurídica minuciosa dos casos em que a exceção se faz necessária para preservar a ordem não passa, para Schmitt, da tentativa de circunscrever com exatidão o caso em que o direito se auto-suspende. Cf. SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

<sup>205</sup> O filósofo italiano Giorgio Agamben constrói uma teoria do Estado de Exceção, principalmente nos livros *Homo Sacer* e *Estado de Exceção*. Seu projeto desenvolvido na série *Homo Sacer* tem como cerne a compreensão da centralidade do Estado de Exceção enquanto paradigma de funcionamento das estruturas jurídicas que procuram normatizar o campo da política e da ação social. Nesse contexto convive-se com o espectro da “suspensão” legal da lei, com o reconhecimento da lei que pode conviver com sua própria suspensão. O que contribui para isso, segundo Agamben, é a lógica da segurança e da guerra infinita, que transforma os Estados contemporâneos em máquinas de produção e gestão da desordem – o que permite intervenções que lhe

um Estado que atua não com fulcro no ordenamento jurídico, ou seja, a partir da regra, mas fundamentalmente sob a exceção, justificando isso com base na lógica mercadológica/econômica. Bercovici assinala, ainda, que o atual estado do mundo é o estado de sítio. A ditadura econômica foi substituída com êxito pela ditadura dos mercados: “com as estruturas estatais ameaçadas ou em dissolução o estado de emergência aparece cada vez mais em primeiro plano e tende a tornar-se regra”.<sup>208</sup>

Assim, percebe-se que nos estados periféricos há o convívio do decisionismo de emergência para salvar o mercado. O direito interno adapta-se as necessidades do capital financeiro. A razão de mercado passa a ser a nova razão do Estado<sup>209</sup>. Nesta feita as decisões políticas fundamentais, alerta Bercovici, são tomadas pelo mercado<sup>210</sup>. A exceção passa a ser utilizada das mais variadas formas, permanentemente, não para garantir o estado ou a

---

dão legitimidade e poder. Agamben destaca ainda que se tem utilizado cada vez mais, para todos os cidadãos, controle reservado a criminosos e presos políticos, o que se deve a uma escalada das práticas de controle, que tem tornado medidas excepcionais em normais. Cf.: AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção (tradução de Iraci D. Poleti)*. São Paulo: Boitempo, 2004 e AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I (tradução de Henrique Burigo)*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

<sup>206</sup> O importante debate realizado, principalmente, na Filosofia Política, sobre o paradigma “estado de exceção”, pode ser acompanhado nas seguintes obras: VIRILIO, Paul. *Guerra e cinema: logística da percepção (tradução de Paulo Roberto Pires)*. São Paulo: Boitempo, 2005; ARANTES, Paulo Eduardo. *Extinção*. São Paulo: Boitempo, 2007; SANTOS, Laymert Garcia. Brasil contemporâneo: estado de exceção? In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba. *A era da indeterminação*. São Paulo: Boitempo, 2007. A temática é conexa com a discussão sobre “biopolítica”. Sobre este assunto, cf.: ZIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do Real!: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas (tradução de Paulo Cesar Castanheira)*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, com destaque ao ensaio “De Homo otarius a Homo Sacer”; FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2000; FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade. Curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999; ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

<sup>207</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 170. Contudo, esclarece-se que Bercovici apresenta uma visão diferente da de Agamben para o problema da exceção, apostando numa saída que é o resgate do poder constituinte do povo em busca de plena e efetiva emancipação. Neste texto, apresenta-se o que poderia ser uma última saída antes de tempos revolucionários, que é a luta, por meio da resistência, pela efetivação do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, o garantismo aparece como instrumento de luta, talvez último, antes que se capitule ao Estado democrático de Direito compreendendo a exceção como o descumprimento sistemático de regras do Estado de Direito não ainda como um paradigma estabelecido do qual não há retorno.

<sup>208</sup> Idem, *Ibidem*, p. 171.

<sup>209</sup> No Brasil a razão de mercado parece estar dominando as decisões dos poderes públicos com uma intensidade dantes nunca vista: o risco Brasil bate recordes positivos e pleiteia-se, pela primeira vez, a reclassificação do país pelas agências internacionais de investimento, para o “grau de investimento”. O interesse econômico tenta também se sobrepor aos direitos do meio ambiente, vide a liberação dos transgênicos, na época ilegalmente plantados, e a forte pressão exercida sobre o Ministério do Meio Ambiente e o IBAMA para a liberação de permissão da construção de hidrelétricas previstas no PAC (Plano de Aceleração Econômica). PAC que fere direitos do funcionalismo público, pois limita o aumento salarial dos servidores públicos federais. Interessante notar, ainda, o discurso contra a Previdência Social, colocando-a como um problema em si, o que se faz sem que se abra espaços para análises que relatam que não há déficit neste setor. E, enquanto isso, a ADPF nº 59, que trata do descumprimento do art. 26 do ADCT (Ato das disposições transitórias da Constituição Federal), que prevê a formação de uma comissão, com força de CPI, para examinar, na íntegra e sob todos os aspectos o endividamento pátrio e propor, constatada irregularidade, declaração de nulidade do ato por meio do qual houve aumento da dívida, continua parada e nenhum debate público sobre ela é realizado.

<sup>210</sup> BERCOVICI, *op. cit.*, p. 178.

constituição, mas para garantir o próprio capitalismo.<sup>211</sup> Tem-se então que “formalmente, vigoram os princípios democráticos, mas, na prática, são constantemente suspensos ou violados”.<sup>212</sup> Conforme Bercovici:

“a estrutura do *governance* [...] é formada por atores técnico-burocráticos sem responsabilidade política e fora do controle democrático, cujo objetivo é excluir as decisões econômicas do debate político. Afinal, a ingovernabilidade, para os neoliberais, é gerada pelo excesso de democracia.”<sup>213</sup>

Na leitura de Bonavides, no Brasil estaria ocorrendo “golpe de Estado institucional”, em que o regime mantém as aparências democráticas, mas as instituições mudam em sua essência, promovendo a derrubada da constituição<sup>214</sup> para a implementação das políticas econômicas neoliberais.<sup>215</sup>

Dessa forma, o garantismo jurídico, como uma das modernas teorias que aduzem como deve operar o Estado democrático de Direito, apresenta-se como uma resposta ao paradigma da exceção, de forma a conduzir a funcionalização dos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais em oposição às demandas do mercado, reduzindo ao máximo a legitimidade do poder, em decorrência desta atuação sob a égide da exceção. É o que se verá a seguir.

### 3.2 A RESPOSTA GARANTISTA

Tratar-se-á aqui de duas respostas possíveis frente à escalada neoliberal que faz com que direitos fundamentais sejam sistematicamente desrespeitados/descumpridos. A primeira delas é o papel do juiz sob o enfoque garantista. Neste sentido serão apresentados primeiramente problemas que atrapalham a atuação da magistratura conforme a perspectiva

---

<sup>211</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Poder Constituinte, Estado de Exceção e os Limites da Teoria Constitucional*. 2005. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 39.

<sup>212</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Poder Constituinte, Estado de Exceção e os Limites da Teoria Constitucional*. 2005. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 304.

<sup>213</sup> p. 308.

<sup>214</sup> Depois de 1970 a “contra-revolução neoliberal conservadora... não se limita mais a suspender ou bloquear as cláusulas sociais das constituições, mas busca a sua extirpação formal do texto constitucional”, alerta Bercovici. Idem, *Ibidem*, p. 299. Conferir, para tanto, as recentes propostas de “reforma constitucional”, que visavam, no entender de algumas personalidades jurídicas, como Nelson Jobim, fazer uma necessária “lipoaspiração na Constituição”.

<sup>215</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 23 e segs.

garantista, mormente a atuação da magistratura ainda sob o manto do paradigma normativista-legalista, para só então descrever a tarefa do juiz sob a ótica garantista.

Num segundo momento, como se crê que, em que pese o redimensionamento dos poderes com o advento do Estado Democrático de Direito, que coloca o Poder Judiciário como detentor último das esperanças de efetivação dos direitos fundamentais, não é possível depositar todas as esperanças de concretização de direitos nos juízes e que, pior, o Estado está sendo dilacerado pela hegemonia da globalização neoliberal, resta o povo se insurgir para a efetivação dos direitos fundamentais, valendo-se do direito de resistência.

### 3.2.1 O papel do juiz sob o enfoque do garantismo jurídico

No quadro ora delineado a posição do juiz é de extrema importância, pois representa um dos três poderes do Estado, o Poder Judiciário<sup>216</sup>. O problema é que este agente, apesar de detentor último da esperança popular de concretizar os anseios de Justiça, encontra-se deslocado da realidade social, muitas vezes imerso num excessivo rigor tecno-formal-legalista (aqui o legalismo é rasteiro, na expressão de Amilton Bueno de Carvalho<sup>217</sup>) afastando-se cada vez mais do povo e de suas angústias proferindo decisões calcadas em extremado dogmatismo.

Lenio Streck explica que o juiz está mergulhado num senso/sentido comum teórico<sup>218</sup>, mesmo com a promulgação da Constituição principiológica que fundou o Estado Democrático de Direito em 1988, a partir de quando, na verdade, a crise piorou, pois também se estabeleceu uma crise de modelos no campo jurídico, questão esta ainda não enfrentada, pois ainda há o predomínio do modelo de perfil liberal-individualista-normativista que nega “a aplicação de nas normas programáticas e dos princípios da Constituição”. Utiliza-se um modo de produção de Direito forjado/instituído para resolver disputas interindividuais, entre Caio e Tício (como trazem os manuais de Direito), controvérsias para as quais a dogmática jurídica coloca a disposição do operador jurídico um *prêt-à-porter* significativo contendo

---

<sup>216</sup> Nas palavras de Zagrebelsky são os juízes os novos senhores da lei com o Estado Constitucional de Direito. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995. No final da obra, contudo, Zagrebelsky afirma que os juízes não são os senhores da lei como foram no passado os legisladores, mas que são garantidores do Direito, da necessária coexistência entre lei, direitos e justiça. Aduz que o Direito não deve ser propriedade de um, mas objeto de cuidado de todos.

<sup>217</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo em movimento*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.

<sup>218</sup> No sentido definido por Luís Alberto Warat, que expressa o pensamento único dominante dentre os “pensadores” do Direito. Cf. WARAT, Luis Alberto. Senso comum teórico dos juristas. In: SOUSA, José Geraldo (org.). *Introdução Crítica ao Direito*. Editora UnB, Brasília.

respostas prontas e rápidas. Mas quando, por exemplo, milhares de Caios invadem/ocupam a fazenda de Tício ou quando Caio participa de uma quebradeira de bancos não há resposta adequada porque o operador jurídico só consegue pensar no problema a partir da ótica forjada no modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito. O problema é que nossa sociedade está repleta de conflitos transindividuais como estes.

Dois são os fatores que contribuem para o agravamento dessa problemática na Magistratura: o excessivo individualismo, que:

se traduz pela convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade; como o que importa é o mercado, espaço onde as relações sociais e econômicas são travadas, o individualismo tende a transbordar em atomismo: a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas.<sup>219</sup>

E também o formalismo na visão de mundo o qual:

decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em norma da certeza jurídica e da “segurança do processo”. Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem os direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos.<sup>220</sup>

Dessa maneira, os juristas, em especial os juízes, mergulhados nesse *senso comum teórico* prosseguem atuando com um rigor técnico-formal-burocratizado extremado, num positivismo/normativismo desmedido, tornando-se o que vulgarmente chamam de “computadores de aplicar lei”, verdadeiros técnicos do Direito, proferindo muitas sentenças inconstitucionais (por contrariar princípios da Lei Maior). Nessa aplicação mecânica da legislação infraconstitucional olvidam-se das garantias da Constituição e destroem com qualquer ideal de Justiça e de transformação social. Descontextualizados, transformam a profissão num *habitus*, pois prosseguem repetindo fórmulas antigas e consagradas pelos tribunais de maneira acrítica<sup>221</sup>, sem reflexão, escondendo-se atrás da justificativa de que mesmo fazendo injustiças estão “cumprindo a lei”<sup>222</sup>. Carvalho descreve assim a situação:

---

<sup>219</sup> STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 37.

<sup>220</sup> Idem. *Ibidem. loc cit.*

<sup>221</sup> A repetição descontextualizada de jurisprudências é um exemplo.

<sup>222</sup> Rui Portanova no seu *Motivações Ideológicas da Sentença* explica como os juízes se escondem atrás de uma inexistente neutralidade para garantir que o seu papel é aplicar cegamente a lei, sendo esta injusta ou não, sendo a aplicação dela injusta ou não. Assevera sobre a sentença: “A sentença, dada a sua especialíssima condição de

A assunção do modelo paleopositivista levou os ordenamentos atuais a alcançarem níveis patológicos de lesão aos direitos fundamentais. A submissão mitologizada do jurista ao sistema de legalidade meramente formal acabou por determinar práticas ilegítimas. Temerário com as ofensas às formas, o pensamento positivista tradicional acabou gerando um campo de ilegalidade no conteúdo do saber.<sup>223</sup>

Para Gomes a função jurisdicional está ainda apegada a dogmas já “fora de moda” e ultrapassados como o da soberania absoluta da lei e da soberania absoluta do legislador, frutos do legalismo-positivista. E, como se vive em uma sociedade de massa, na qual o homem é prisioneiro de suas preocupações pessoais, o juiz acaba massificando-se, embebedando-se com a rotina diária enclausurada na burocracia. Acaba se deixando levar por signos do falso poder que o levam a se comportar como programado pelo sistema (asepsia ideológica, neutralidade valorativa, despreocupação ética, sobriedade, aparente segurança, moralista, paternalista, etc.) que ensina que a burocratização e a repetição/padronização de respostas é o único caminho. Com isso o Judiciário se qualifica como mero reproduzidor das relações de dominação com a sua pretensa neutralidade, tendo o juiz um papel de *correia de transmissão* ou de *longa manus* dos detentores do Poder Político<sup>224</sup>:

Conseqüentemente o juiz torna-se tão-só um técnico a serviço da ordem estabelecida<sup>225</sup>, indiferente ao processo histórico, conforme o papel que lhe assinala o positivismo jurídico. Conforme Genro:

a experiência jurídica dos povos demonstra que, quanto mais apegado ao normativismo mecanicista e ao legalismo “puro”, mais servil é o jurista ou Juiz perante os poderosos e mais sobranceiro e enérgico ele é perante os pobres e socialmente fracos.<sup>226</sup>

---

exercício de poder por quem possua a indispensável formação acadêmica, tem um dever social: difundir o jogo político contido no Direito. Cabe apontar o que entenda sejam defeitos e injustiças. A motivação sentencial deve deixar clara a compreensão do julgador quanto à questão ideológica no funcionamento da sociedade. A sentença é o momento em que o juiz revela, ilumina e descobre a realidade social; mostrando a favor de quem e contra quem está decidindo dentro do espectro social”. In: PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 155.

<sup>223</sup> CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de luigi ferrajoli no brasil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001, p. 105.

<sup>224</sup> GOMES, Luís Flávio. *A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 106-107. A respeito desse tema afirma Wolkmer: “a doutrina clássica da Separação dos Poderes, consagrada pelo liberalismo político burguês, tende a restringir a tarefa do juiz a mero aplicar de regras do sistema jurídico dominante, limitando a função jurisprudencial aos estreitos horizontes de uma simples máquina de silogismos”. WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 176-177.

<sup>225</sup> “Parece-me claro que inexiste justiça neutra. A cegueira ou neutralidade só favorece aos fortes. Quem é cego ou neutro na disputa entre opressor e oprimido é aliado daquele”. CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 40.

<sup>226</sup> GENRO, Tarso Fernando. Os juízes contra a lei. In: ARRUDA Jr., Edmundo Lima de (Org.). *Lições de Direito Alternativo I*. São Paulo: Acadêmica, 1991, p. 27.

Proclamando-se indiferente em face da ordem a que obedece pela o caráter ideológico do discurso do jurista pois sua pretensa neutralidade, encobridora dos interesses protegidos ou descurados pela ordem jurídica, não o exclui, mas o denuncia.<sup>227</sup> Azevedo se volta contra essa situação: “é de absoluta falta de razoabilidade a tentativa de reduzir a aplicação do Direito a uma operação de lógica formal que se pudesse esgotar em uma construção silogística”<sup>228</sup>.

Portanto, o juiz não pode se esconder atrás do dogma positivista de aplicar cegamente a lei - para os positivistas tudo se torna singelo, o Direito é lei. Sendo a lei inconstitucional por falta de critério do legislador ou por revelar-se inadequada às exigências do caso concreto, causando mal-estar social ou não, isso não importa para o raciocínio do intérprete. Exime-se do juiz a responsabilidade: aplicou a lei e cumpriu o seu dever.<sup>229</sup>

Estamos diante de um sério problema: “de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível”.<sup>230</sup> Dessa forma temos uma disfuncionalidade entre o Direito e as instituições encarregadas de aplicar a lei<sup>231</sup>, já que o Direito num Estado Democrático de Direito deve ser visto como instrumento de transformação social<sup>232</sup>.

E, conforme já aludido, o Estado Social foi sonogado no Brasil, neste estágio:

---

<sup>227</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica a dogmática e a hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 67. E, se servil ou pretensamente neutro a ordem estabelecida, o juiz acaba por confirmar as políticas neoliberais dispostas na legislação vigente.

<sup>228</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 25.

<sup>229</sup> O surgimento do MDA – Movimento do Direito Alternativo, abalou as estruturas do Judiciário no final do século passado. Este movimento, concebido inicialmente principalmente por juízes que propugnavam o pensar o Direito numa perspectiva crítica, demonstrou, conforme percebe-se pelo texto, a resistência da magistratura a alteração da sua forma de pensar. Desse exemplo prático, pode-se notar como são difíceis as alterações no Poder Judiciário, poder conservador constituído por parcela numerosa de operadores jurídicos conservadores.

<sup>230</sup> STRECK, Lenio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 37-38.

<sup>231</sup> Soma-se ainda a esta exposição uma grave crise de confiança no Poder Judiciário por parte da população brasileira pois, segundo o instituto de pesquisa IBOPE, em agosto de 2005, 51% não confiavam no Poder Judiciário, o que fez com que o presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) declarasse que a avaliação não lhe surpreende, “porque o Judiciário é muito ruim mesmo”. Cf. SÓ os médicos se salvam. *Carta Capital*. Ano XII, nº 358, p. 28-29. Na matéria, Edson Vidigal ainda destaca que dos três poderes o Poder Judiciário é o mais distante da população, reclama das leis que ele opera, que seriam muito defasadas, e explica que a grande morosidade é causada, em especial, pelo excesso de burocracia processual. “Segundo o ministro, um processo (desde a primeira instância até estar transitado em julgado) pode levar de cinco a dez anos nas mãos da Justiça, e mais dez a 15 no caso de uma ação rescisória”.

<sup>232</sup> Posto isso temos que o juiz, como repetidor acrítico de fórmulas, como *longa manus* do poder, é um mero reproduzidor das relações sociais como estão, um mantenedor do *status quo* e das relações sociais de dominação. Deve-se então “construir alternativas para democratizar a nossa questão jurisdicional, torná-la mais consoante com uma proposta de mudança social de nossa realidade”. VIEIRA, José Ribas. O judiciário e a democratização adiada: alternativas. In: ARRUDA Jr., Edmundo Lima de (Org.). *Lições de Direito Alternativo 2*. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 124.

as promessas da modernidade, incluídas as do *Estado Social*, devem ser tuteladas pelo Poder Judiciário, zelando pela efetivação de práticas emancipatórias, evitando-se decisões, condutas e práticas jurídicas desprovidas de substrato constitucional.<sup>233</sup>

Neste sentido para Luiz Werneck Vianna<sup>234</sup> em torno do Poder Judiciário vem-se criando uma nova arena pública onde os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais expondo o Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos num tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material. Isso tem tornado os magistrados e os membros do Ministério Público em novos “guardiões das promessas”, pois seriam portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia.

Contudo não se pode esperar que o Estado Democrático de Direito dependa mais de uma ação concreta do Judiciário do que de procedimentos legislativos e administrativos. Não se pode esperar que o Judiciário seja uma solução mágica para os problemas sociais. Porém, como o Executivo e o Legislativo não vem cumprindo os ditames constitucionais que prevêm um Estado intervencionista visando uma sociedade mais justa – as normas programáticas não vem sendo implementadas -, e na falta de políticas públicas que cumpram os ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário com instrumento para o resgate dos direitos não realizados. A via judiciária se apresenta como via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na Constituição. Assim o Judiciário pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou ineficácia dos direitos individuais ou sociais. Dessa maneira a Constituição serve não só para apontar para o futuro, mas para defender direitos já conquistados (formalmente, pelo menos) combatendo alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade.

No entanto é evidente que não se pode pretender que o Judiciário passe a ditar políticas públicas *lato sensu* ou que passe a exercer funções executivas. Basicamente o

---

<sup>233</sup> ROSA, Alexandre Moraes da. *O que é garantismo jurídico?*. Florianópolis: Habitus, 2003, p. 76-77.

<sup>234</sup> VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22-23. Essa obra é de fundamental importância para a temática da “judicialização da política”. Sobre este tema, são importantes, ainda, por exemplo: ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional (Tradução de Mauro Raposo de Mello)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; VIANNA, Luiz Werneck(org.). *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002; CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: SAFe, 1993; e ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/FAPESP/EDUC, 1997.

Judiciário agindo em algumas áreas de políticas públicas<sup>235</sup> deixadas pelos outros poderes já provocará discussões e a reformulação de suas linhas de atuação. Nessa linha o Direito passa a ser visto como um mecanismo de transformação da sociedade, quando historicamente serviu para preponderantemente sonegar direitos do cidadão mais do que para salvaguardá-lo, como se pode notar nos presídios, nas favelas, na impunidade e nas leis que beneficiam e protegem as classes altas, como por exemplo, a Lei 9.249/95.<sup>236</sup>

A tarefa a ser realizada pelo juiz, então, é a defesa da Constituição. E, inquestionavelmente, ele pode examinar a constitucionalidade das leis<sup>237</sup>. Aliás, pode e deve. Contemplar os direitos fundamentais com a constitucionalização destes e o reconhecimento de sua força vinculante não é tudo porque um direito só vale quando conta com potencialidade de concretização real. Em virtude disso surgem as garantias para que tais direitos se tornem realidade e, uma delas é a jurisdicional, que só pode ser efetiva se dotada de independência e imparcialidade.

Exercendo a tarefa de controle constitucional o juiz deve oxigenar constitucionalmente o ordenamento, pois a normatividade constitucional exige que se faça uma (re)leitura da ordem infraconstitucional, a qual deve se submeter a ordem constitucional.

---

<sup>235</sup> Sobre o controle de políticas públicas pelo Judiciário conferir, dentre outros: BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Revista de Direito Administrativo, v. 240, p. 83-103, 2005; e APPIO, Eduardo. *Controle judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2004.

<sup>236</sup> Ver para tanto: Leis travam o combate a crimes tributários. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 03 abr. 2005, p. B1. Nesta matéria o jornal relata a queixa de Procuradores de Justiça da legislação que abre brecha para sonegadores se livrarem de punições, exemplificando com o caso que ocorreu com um dos maiores empresários do setor de construção civil do país “que deixou de pagar R\$ 7 milhões de tributos ao governo federal e foi condenado no ano passado a quase três meses de prisão. Quinze dias após a decisão do juiz, o empresário quitou à vista o débito. Com isso, livrou-se da cadeia”. O empresário se safou da pena ao recorrer ao artigo 9º da lei 10.684/03 que extingue a punição para os contribuintes que paguem de uma só vez suas dívidas com a Receita e com a Previdência Social. São apresentadas outras leis que extinguem punição para quem sonega e frauda impostos como a lei 9249 que em seu artigo 34 suspende a punição para os que paguem impostos ou contribuições sociais antes da denúncia ser feita à Justiça e a lei 9430 que determinou que a Receita, responsável pelo recolhimento de tributos como IR, PIS, Cofins, IOF e CPMF, só poderia encaminhar documentos de suspeitas de crimes ao Ministério Público depois de concluída a fase administrativa de investigação interna do órgão. Ainda domam-se a estas a lei do Refis, que suspende a punição antes de ser feita a denúncia criminal, e a do Paes que nem leva em conta o prazo: se o sonegador pagar o que deve se livra da pena a qualquer momento.

<sup>237</sup> São dois os critérios de controle de constitucionalidade de leis: o difuso e o concentrado. O primeiro ocorre por via de exceção, é incidente de um processo em curso, a declaração de inconstitucionalidade constitui, apenas, a causa de pedir da demanda, a decisão fará coisa julgada somente entre as partes; o segundo se concretiza por via de ação (autônoma), o objeto da ação é o próprio vício de inconstitucionalidade da lei em tese. O pedido há de ser a própria declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, cuja decisão fará coisa julgada com efeito *erga omnes*, tornando a lei inaplicável para todos. O juiz de primeiro grau pode então controlar a constitucionalidade das leis que esteja vinculada ao caso concreto deduzido em juízo (questão que será prejudicial no processo) e a decisão será apenas o fundamento da decisão que dirá se o ato de concreção do direito é válido ou inválido. Não cabe ao juiz de primeiro grau analisar em tese a constitucionalidade de uma lei, que deve ser realizada somente pela Ação direta de inconstitucionalidade perante o STF. O controle incidental é judicial (somente órgão dotado de jurisdição pode exercê-lo), repressivo (se dá depois da vigência da lei), difuso (porque qualquer juiz pode concretizá-lo), incidental (pois não faz parte do objeto principal da causa), com efeitos *inter partes*.

Tem-se a necessidade de se interpretar sempre sob a luz da axiologia constitucional, atribuindo os sentidos que permitam a máxima realização dos valores contidos na Lei Maior. Para Schier:

Este vetor ainda possibilitará a compreensão de que as normas constitucionais devem ser aplicadas imediata e diretamente, independentemente da normatividade intermediária, ou contra ela e no lugar dela, quando se tratar de comandos exequíveis por si mesmos.<sup>238</sup>

Dessa forma deve-se negar toda a normatividade infraconstitucional que estiver em desacordo com o pacto fundador, desde que não seja possível proceder-se a interpretação conforme, que salva a validade da legislação infraconstitucional.

A filtragem constitucional<sup>239</sup> pressupõe a preeminência normativa da Constituição e deve ser entendida “enquanto mecanismo de afirmação da dogmática jurídica e de intervenção do Direito na sociedade – como instrumento de transformação social”. Schier<sup>240</sup> expõe que a construção dessa nova dogmática, desse resgate, passa pela “busca de uma normatividade material e integral da axiologia constitucional” para que a materialidade axiológica da Constituição irradie-se por todo ordenamento jurídico, possibilitando uma constante releitura e legitimação de todos os ramos do Direito que, diariamente, além de se reconstruírem, deparam-se com a emergência de novas demandas.<sup>241</sup>

Comparato recomenda aos magistrados a não julgar demanda alguma antes de verificar a possível incidência, no caso, de direitos humanos, ápice do ordenamento. E ressalta que:

apesar do seu elevado grau de abstração, os princípios são normas jurídicas e não simples recomendações programáticas, ou exortações políticas. Mais ainda: trata-se de normas jurídicas de eficácia plena e imediata, a dispensar a intermediação de regras concretizadoras.<sup>242</sup>

O juiz nesse contexto deve buscar a solução em conformidade com a Constituição pois “em um regime constitucionalista [...] o juiz constitucional é também responsável por

---

<sup>238</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 103.

<sup>239</sup> Hodiernamente tem-se discutido muito sobre a releitura do ordenamento jurídico a luz da Constituição. Neste sentido fala-se em Direito Constitucional Civil, Direito Constitucional Penal, etc.

<sup>240</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *A hermenêutica constitucional: instrumento para implementação de uma nova dogmática jurídica*. RT/ fasc. Civ, v. 741 jul 1997 p 39-57, p. 56-57.

<sup>241</sup> Cf. CLÈVE, Clemerson Merlin. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*. Revista Crítica Jurídica nº 22, jul/dez 2003, p. 17-29.

<sup>242</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: *Direito Humanos: visões contemporâneas*. Associação Juízes para a Democracia – 10 anos, p. 22.

expressar os princípios e regras contidos na constituição”,<sup>243</sup> exercendo assim “um papel de ‘motor no dinamismo jurídico’”, interpretando textos e ajustando o ordenamento exercendo dentro dos seus limites uma função criativa. Dessa maneira compete ao juiz a função política de transformar os parâmetros tradicionais da instância dogmática e formalista do Direito, pois este deve ser a afirmação possível da libertação conscientizada e não instrumento de controle e repressão de um bloco de poder hegemônico. É inegável que o Direito produzido/introduzido pelo juiz no ordenamento jurídico revela-se de uma importância considerável.<sup>244</sup>

Contudo, adverte Zaffaroni que, de maneira geral, quando o poder judiciário assume um papel politicamente mais ativo e particularmente quando faz valer seu poder de controle constitucional, isto é, quando se produz o que se costuma chamar de “ativismo judiciário”, é questionado. E o argumento usualmente esgrimido é sua origem não democrática. O jurista argentino aduz que a afirmação de que a origem da magistratura ser não democrática é incontestável se está se afirmando que a forma de escolha dos seus membros e de seu governo não o são, assim como pode ter o judiciário uma composição elitista por cooptação. Mas aduz que

essa afirmação não é admissível se se pretender que, por não procederem os juízes de eleição popular, não estejam legitimados democraticamente para exercerem o controle da constitucionalidade das leis e, portanto, com esse argumento se queira consagrar a ditadura da maioria parlamentar conjuntural e degradar a Constituição a uma mera expressão de desejos.

Uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha de eleição popular, pois, nem tudo o que provém dessa origem é necessariamente “aristocrático”. Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o judiciário. Quando se diz que o poder judiciário tem legitimidade constitucional, mas não legitimidade democrática, se ignora sua funcionalidade democrática. Pareceria que o reconhecimento da função política do judiciário fosse incompatível com a nomeação por concurso público, por exemplo, e que seria paradoxal que aquele possa julgar em nome do povo, quando não é eleito pelo povo.<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 187.

<sup>244</sup> A tarefa do juiz consiste na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais equânime e mais justa: “O papel do Juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador através do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social. É contribuindo para a transformação e democratização contínua da ordem jurídica positiva que o Juiz, em seu mister interpretativo, insere a semente vivificadora e inspiradora do Direito justo”. WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 180.

<sup>245</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos (tradução de Juarez Tavares)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 42-43.

Na verdade, a legitimidade<sup>246</sup> do juiz advém sim do povo, porque o poder do povo emana da Constituição que é o contrato social e é ela o local de onde advém o poder do juiz. A legitimidade democrática deve ser julgada não só pela origem, mas pela função, e a função do juiz é uma função democrática – não se pode qualificar de aristocrática a sua função só por não ser eleito democraticamente<sup>247</sup>.

Com Ferrajoli, tem-se que a legitimidade democrática do juiz num Estado Constitucional de Direito deriva da concepção de validade nesse tipo de Estado, e da relação entre “democracia formal” e “democracia substancial”. Na sujeição do juiz à Constituição e, em decorrência disto, o seu papel de defender os direitos fundamentais lá albergados, encontra-se o principal fundamento da legitimação da jurisdição e também da independência do Poder Judiciário dos demais poderes. Dessa forma

el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad *en droits*: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo, con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen.<sup>248</sup>

Outro fundamento dessa legitimidade é a intangibilidade dos direitos fundamentais, uma legitimação que deriva da função de garantia destes direitos, o que deriva do conceito de “democracia substancial”. Assim os princípios da igualdade e da legalidade se conjugam com o segundo fundamento político da independência do juiz – sua função de averiguação da verdade processual segundo as garantias do justo processo.

O último fundamento de legitimidade do juiz, para o jurista italiano, é o de ser um poder contra-majoritário – nenhuma maioria pode fazer verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro, nem, portanto, legitimar com o seu consenso, por exemplo, uma condenação infundada que foi decidida sem provas.

Nesse sentido, nos moldes garantistas o juiz deve declarar sua independência em face de posições coisificantes da realidade, (re)lendo os critérios de validade da norma com matiz

---

<sup>246</sup> O debate teórico sobre a legitimidade do magistrado é enorme e neste trabalho só é reproduzida parte dele por conta desta transcender os limites da presente dissertação. A respeito do tema conferir as já referidas obras que tratam da “judicialização da política”, por exemplo, e também o debate “procedimentalismo vs. substancialismo”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>247</sup> E é na observância da Constituição que se assenta o principal fundamento da legitimação da jurisdição e da independência do poder judiciário diante dos demais poderes, ainda que sejam poderes de maioria.

<sup>248</sup> “o fundamento da legitimação do poder judiciário e de sua independência não é outra coisa que o valor da igualdade como igualdade em direito: posto que os direitos fundamentais são de cada um e de todos, sua garantia exige um juiz imparcial e independente, sem qualquer vínculo com os poderes de maioria e em condições de censurá-la”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001, p. 27).

garantista, reconhecendo a validade material das normas ao invés de manter fiel e cego cumprimento às regras simplesmente por serem regras. O aspecto meramente formal deve ceder espaço, no Estado Democrático de Direito, ao aspecto material, conforme à Constituição.

A possibilidade da realização do modelo garantista está apoiada no que Rosa chama de cultura *garantística*, fundada no respeito aos Direitos Fundamentais, tendo como palco de batalha a jurisdição, mormente constitucional. A jurisdição passa a ser um lugar do *contra-poder* do modelo *paleopositivista*, buscando-se implementar a racionalidade garantista. Rosa atesta que:

Os garantidores desse sistema não podem, portanto, em face de violações ou de ameaças de lesão aos Direitos Fundamentais constitucionalmente reconhecidos, manter a indiferença ou admitir passivamente que legislações infraconstitucionais avancem sobre esses bens, sem qualquer levante/resistência constitucional.

Nesse pensar, compete especificamente ao magistrado, no modelo garantista, renunciar à função de boca repetidora da lei ou mesmo corretiva desta. O magistrado, no modelo positivista tradicional, possui relação formal com a Constituição, demitindo-se – até inconscientemente, às vezes – do dever ético-político de absoluta intimidade com o texto constitucional. Esse magistrado é um burocrata informado pelo arsenal técnico disponibilizado pela dogmática jurídica, valorizador da forma, em desfavor da substância. Acredita, ainda, que a forma é a garantia da eficácia do direito, sem qualquer valoração, cumprindo as normas simplesmente porque existem e têm vigência (aspecto meramente formal). Continua interpretando a Constituição à luz do Código Civil. Renuncia ao irrenunciável: o seu poder-dever de controlar difusamente a constitucionalidade material do ordenamento infraconstitucional, tranqüilizando-se com a mera concordância formal com a Lei Maior.

No paradigma garantista, no entanto, o magistrado, como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida oxigenação constitucional.<sup>249</sup>

É a partir dessa nova compreensão do papel do juiz<sup>250</sup> e dos demais atores jurídicos no Estado Democrático de Direito que o ordenamento infraconstitucional deve ser aferido.<sup>251</sup>

---

<sup>249</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003, p. 81-82.

<sup>250</sup> Deve assumir o juiz a sua postura de centralidade num Estado Democrático de Direito. A esse respeito, debate-se uma suposta invasão dos outros poderes pelo Poder Judiciário na sociedade. Em editorial a Folha de São Paulo expõe que os Estados defendem a aprovação de uma lei que dificulte liminares no caso doentes que tem conseguido acesso a medicamentos caros e não fornecidos pelo Estado por meio de decisões judiciais. Conclui que é necessário uma legislação com a finalidade de diminuir a ingerência do Judiciário sobre a saúde, mas que isso tem que ser feito de forma democrática preservando o direito do cidadão de recorrer ao Judiciário pois, apesar de serem os orçamentos finitos e não administrados pelo Judiciário os pacientes têm o direito de buscar na Justiça o melhor tratamento para sua moléstia pois a Constituição define a saúde como um dever do Estado. Ou seja, não se nega a possibilidade do Judiciário de tutelar tais direitos, demonstra, o que é melhor, que a atitude do Judiciário garantidor dos direitos fundamentais despertou debate nas outras esferas de poder para que se resolva tal problema. Espera-se que o “despertar” seja para ditar políticas públicas convenientes e não para tolher direitos. In: Dilema na Saúde. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 04 out. 2005, p. A2.

<sup>251</sup> Gomes assevera que “urge [...] que o juiz se liberte da sua escravidão napoleônica perante o direito infraconstitucional”. Só o Poder Judiciário “que pode conter os abusos, seja dos poderes instituídos, seja dos

Com relação a segurança jurídica<sup>252</sup>, o juiz deve manter a ordem jurídica, atento ao referido valor, sem, no entanto, confundi-lo com a manutenção cega do *status quo*.<sup>253</sup> Não há que confundir o valor da segurança jurídica com a ideologia da segurança, que tem por objetivo o imobilismo social<sup>254</sup>. O juiz deve assumir sua politicidade e seu poder político atuando como cidadão<sup>255</sup>, sendo um *arquitecto* social agindo ativamente.<sup>256</sup>

Em suma, tem-se que com contornos garantistas, o papel do juiz altera-se daquele exercido pelo velho juiz positivista clássico. A sua sujeição não é mais somente a letra lei, seja qual for seu conteúdo, mas sim, uma sujeição da lei enquanto válida, ou seja, à lei que não esteja em contraste com o conteúdo constitucional, o que deve descobrir através de juízos de (in)validade. Essa alteração revoluciona o juiz que, de mero aplicador mecanicista de lei, de um burocrata, passa a paladino defensor dos direitos fundamentais, sua fonte de legitimidade, dando-lhe a função de garantia do cidadão frente as violações de qualquer nível da legalidade por parte dos poderes públicos. Com Ferrajoli:

la sujecion del juez a la ley ya no es como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cual quiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley em cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución [...] la interpretación judicial de la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales e con los derechos fundamentales establecidos por las mismas [...] por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través

---

poderes *fáticos*". Caracterizado o Estado Democrático de Direito por ser o direito do direito, direito e limite, direito e garantia, quem deve assegurar o seu reconhecimento é o juiz, o qual deve se sujeitar (novo tipo de sujeição) a lei constitucionalmente válida. O juiz não deve aplicar automaticamente, assepticamente, ou de forma neutra, a lei, sempre questionando seu significado e sua coerência com as normas superiores. "O Estado Constitucional de Direito [...] permite o confronto direto entre a sentença e a Constituição, é dizer, todo ato judicial é (deve ser) um ato de controle de constitucionalidade da lei". GOMES, Luís Flávio. *A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 104-106.

<sup>252</sup> Conforme informa Zagrebelsky, com essa atuação da magistratura, requerida num Estado constitucional, perde-se em certeza jurídica, mas se ganha em Justiça. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995

<sup>253</sup> Andrade questiona segurança jurídica para manter a ordem, mas que ordem? A ordem que oprime? A ordem que mantém a desigualdade? A quem é conveniente essa ordem? E responde: "Há que se indagar como pode, após tantos anos de segurança jurídica, estar o povo brasileiro em estado de miséria tão profunda? Afinal, a quem serviu tal segurança além dos detentores do poder? Que tipo de segurança tem a gente humilde brasileira? Segurança formal não mata fome, não dá saúde, moradia e demais condições de sobrevivência à população. Em verdade, a segurança jurídica meramente formal não garante, sequer, a própria segurança formal ao povo, menos ainda acesso a alguma base material, sem as quais o mais é discurso que, se atende interesses de alguns, ilude a necessidade de outros." ANDRADE, Lédio Rosa de. *Juiz alternativo e poder judiciário*. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 122-123.

<sup>254</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 74.

<sup>255</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 85-88.

<sup>256</sup> KRELL, Andréa J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha - os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: SAFe, 2002, p. 74.

de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad.<sup>257</sup>

E esse poder contra-majoritário faz parte do caráter do poder judiciário<sup>258</sup>. Dessa forma delinea-se outro papel do juiz que é a crítica do Direito, o que, segundo Ferrajoli, é a principal tarefa cívica da jurisprudência e da ciência jurídica. É dessa crítica do direito vigente do ponto de vista interno e jurídico que provém a permanente possibilidade de auto-reforma do ordenamento a partir de seus próprios princípios e na qual reside a superioridade política do Estado de Direito frente a qualquer outro regime jurídico.

A tarefa do juiz garantista, ainda, é explicitar a incoerência e a falta de completude mediante juízos de invalidade. É assim que a crítica do direito positivo desde o ponto de vista do direito positivo tem uma função descritiva de suas antinomias e de suas lacunas e ao mesmo tempo prescritiva de sua auto-reforma, mediante a invalidação das primeiras e a integração das segundas, defendendo acima de tudo os direitos fundamentais.<sup>259</sup>

No entanto, como já se adiantou, dada a realidade nacional, dada as dificuldades da atuação da magistratura ser preponderantemente garantista, conforme aludido, acredita-se que a única saída é o povo soberano reivindicar seus direitos fundamentais sonegados por meio do direito de resistência.

### 3.2.2 Direito de resistência como saída

Analisaram-se as possibilidades teóricas da atuação da magistratura para a efetivação da Constituição na contramão da exceção econômica estabelecida pela globalização

---

<sup>257</sup> “a sujeição do juiz já não é como no velho paradigma positivista, sujeição a letra da lei, qualquer que seja seu significado, mas sim sujeição à lei enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição [...] a interpretação da lei corresponde ao juiz a responsabilidade de eleger os únicos significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais estabelecidos pelas mesmas [...] portanto, não há sujeição à lei de forma acrítica e incondicionada, mas sim sujeição antes de tudo à Constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas por meio de sua re-interpretación em sentido constitucional e pela denúncia de sua inconstitucionalidade”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001, p. 26.)

<sup>258</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

<sup>259</sup> A alteração da atuação da magistratura, no entanto, é desafio complexo de ser concretizado. Informa Vianna que os concursos ainda procuram juristas com uma formação teórica formal e técnica, apenas. VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. Streck ilustra como se dão os concursos jurídicos ainda atualmente: “Não faz muito tempo, em um importante concurso público, foi colocada a seguinte questão: Caio quer matar Tício (sempre eles), com veneno; ao mesmo tempo, Mévio também deseja matar Tício (igualmente com veneno, é claro!). Um não sabe da intenção assassina do outro. Ambos ministram apenas a metade da dose letal (na pergunta não há qualquer esclarecimento acerca de como o idiota do Tício bebe as duas meias porções de veneno). Em consequência da ingestão das meias doses, Tício vem a perecer... Daí a relevantíssima indagação da questão do concurso: Qual o crime de Caio e Mévio? Muito relevante; deveras importante...! Qual seria a resposta? Nossos tribunais estão repletos de casos como este”. STRECK, Lenio. *O caso dos gêmeos “xipófagos”(sic) e outras histórias*. Disponível em: <[www.ihj.org.br](http://www.ihj.org.br)>. Acesso em: 19 out. 2005.

neoliberal. Contudo, por ser o Judiciário a última instância/arena para reivindicação dos direitos sonogados, o que faz com que as soluções sejam tardias, quando elas efetivamente ocorrem, o que deveria ocorrer para que esse quadro de descumprimento sistemático dos direitos fundamentais se reverta é a funcionalização dos outros poderes públicos, o Poder Executivo, principalmente por meio das políticas públicas, e o Poder Legislativo, no entendimento de que não tem um “cheque em branco” na sua função de legiferante, para a efetivação dos direitos fundamentais.

Porém, sem maiores possibilidades de controle desses poderes além das que incorram em pleitos judiciais, como, por exemplo, formas participativas de democracia<sup>260</sup>, resta ao povo se insurgir contra o Estado que deixa de efetivar os direitos fundamentais. Lutar para que o Estado Democrático de Direito seja efetivado, para que a constituição não seja uma mera “folha de papel”, seria uma saída para a população carente de direitos.<sup>261</sup>

Para tanto se parte da compreensão de que os níveis de práticas antigarantistas não estão num patamar que se caracterizaria como fisiológico, inerente ao sistema, mas que atingiu um nível patológico, conforme as leituras que relatam a “exceção econômica permanente” impingida sob os auspícios dos ventos da globalização econômica neoliberal. As garantias que poderiam resolver a problemática do poder que desrespeita os direitos fundamentais, que poderiam permitir o controle e a neutralização do poder, estão sendo insuficientes. Claro que, como informa Bercovici<sup>262</sup>, nunca existiu um governo que cumpriu todas as leis e que, conforme Ferrajoli, a aporia entre os direitos garantidos e os realizados é insuprimível, é inerente ao Estado Constitucional. Mas há um limite e este foi ultrapassado, conforme se viu a respeito da exceção econômica.

Neste sentido, tendo em vista que para Ferrajoli uma vez reconhecida a natureza dos direitos fundamentais enquanto princípios axiológicos de justificação do Estado, estes direitos são fundantes, e não fundados, são fundamentos externos do Estado de Direito, no sentido de que a legitimidade do Estado decorrerá do cumprimento desses mandamentos constitucionalizados<sup>263</sup>, pode-se falar na possibilidade, de um ponto de vista externo, de cidadãos resistirem a leis ou atos que descumpram ou firam os direitos fundamentais, negando

---

<sup>260</sup> Existem esforços neste sentido, tanto de organizações civis, como a Consulta popular, tanto quanto de órgãos de classe, como a OAB, que faz uma campanha, capitaneada pelo jurista Fábio Konder Comparato, para que ocorra um incremento nos instrumentos de participação política direta dos cidadãos.

<sup>261</sup> Outras, que não fazem parte de objeto de estudo desse trabalho, poderiam ser elencadas, como a guerra de posição, a revolução, etc.

<sup>262</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Poder Constituinte, Estado de Exceção e os Limites da Teoria Constitucional*. 2005. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

<sup>263</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995, p. 912-914.

a obrigação moral de submissão do cidadão à lei. O direito de resistência representa a negação do direito e das práticas ilegítimas vigentes, sendo justo desobedecer quando é injusta a uma lei ou quando os poderes violam direitos fundamentais. Conforme Ferrajoli:

[...] el principio normativo de la desobediencia en relación con las leyes que contradigan y comprometan los fundamentos de legitimación interna y externa del ordenamiento sí es una norma moral en la concepción hetero-poyética del estado de derecho. Si a propósito del estado de derecho queremos hablar de un acuerdo pré-político, o sea, de un fundamento moral y político justificante, este no reside en el deber moral de la obediencia, sino en el derecho y, en los casos extremos, en el deber moral de la desobediencia cuando las leyes entran en conflicto radical con los valores “universales” y “fundamentales” sancionados en la Constitución.<sup>264</sup>

Nessa esteira Cademartori exprime o que representa a lesão dos direitos fundamentais e suas conseqüências:

a lesão dos direitos fundamentais por parte dos poderes justificam não apenas a resistência, mas até mesmo a guerra civil. Isto porque, com a constitucionalização (positivação) dos chamados *direitos naturais*, vê-se o súdito transformado em cidadão, como conseqüência dos limites impostos ao poder. Este estado caracterizado por limitações de conteúdo em seu poder normativo é o que passa a denominar-se estado de direito.<sup>265</sup>

Dessa forma que, resistindo<sup>266</sup>, ou até guerreando, crê-se que serão efetivados os direitos fundamentais. A utilização da teoria do direito, por meio da leitura garantista, nos espaços do Poder Judiciário continuará sendo importante, mas em tempos que se assemelham a barbárie avulta-se a necessidade da população se organizar para reivindicar seus direitos.<sup>267</sup>

---

<sup>264</sup> Idem, Ibidem, p. 929. (o princípio normativo da desobediência com relação às leis que contradizem e comprometem os fundamentos de legitimação interna e externa do ordenamento é uma norma moral na concepção heteropoiética de Estado de Direito. Se a propósito do Estado de Direito queremos falar de um acordo pré-político, ou seja, de um fundamento moral e político justificante, este não reside no dever moral da desobediência quando as leis entram em conflito radical com os valores “universais” e “fundamentais” consubstanciados na Constituição).

<sup>265</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 159.

<sup>266</sup> Com relação ao direito de resistência, conferir: ARENDT, Hannah. *Crises da República*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 51-90; CHAUI, Marilena. *Conformismo e resistência: aspectos da cultura popular no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1986; BUZANELLO, José Carlos. *Direito de Resistência Constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002; HABERMAS, Jürgen. *Ensayos políticos*. 4. ed. Barcelona: Península, 2000. p. 51-71; THOREAU, Henry David. *A Desobediência civil e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005; e WALZER, Michael. *Das obrigações políticas: ensaios sobre desobediência, guerra e cidadania*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977, p. 9-66.

<sup>267</sup> Um grande problema para que a população se rebelde é o de que, em confirmidade com algumas análises, vive-se numa sociedade de massas, na qual o homem-massa não quer nada mais do que se inserir e/ou triunfar dentro do sistema ideológico vigente. Melman informa que a expansão do mercado global e a dissolução dos marcos regulatórios tradicionais e da fragmentação política cria populações de consumidores ávidos de gozo, isto é, de *homens liberais* que funcionam em um campo lógico no qual tudo é possível, onde uma nova economia psíquica passa, então, a operar. Hoje, assistiu-se, continua Melman, a uma mudança de grande amplitude, com conseqüências antropológicas incalculáveis, ligada à passagem de uma economia psíquica organizada por uma

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

*A gente quer ter voz ativa  
No nosso destino mandar  
Mas eis que chega a roda viva  
E carrega o destino pra lá ...*

*Roda mundo, roda gigante  
Roda moinho, roda pião  
O tempo rodou num instante  
Nas voltas do meu coração...*

...  
*A gente vai contra a corrente  
Até não poder resistir  
Na volta do barco é que sente  
O quanto deixou de cumprir  
Faz tempo que a gente cultiva  
A mais linda roseira que há  
Mas eis que chega a roda viva  
E carrega a roseira pra lá...*

*Chico Buarque*

Apresentado o tema tem-se que o cenário para o desenvolvimento da proposta a que se refere este trabalho não é bom. Um olhar realista logo percebe que a resistência da magistratura a mudanças é muito grande. As reações provocadas pelo Movimento do Direito Alternativo são os exemplos mais esclarecedores desta situação. Propondo uma nova abordagem do Direito, o movimento, iniciado por juízes gaúchos, causou repulsa na magistratura brasileira e na própria sociedade jurídica. Críticas fervorosas contra os juízes que se desviavam da lógica tecno-formal na interpretação das leis e assumiam uma postura ideológica foram confeccionadas e desferidas a torto e a direito.

Vê-se então que qualquer crítica ao *modus operandi* que determina o *sensu comum teórico* dos juristas é combatida de forma contumaz, sob o argumento de que a segurança jurídica e a ordem estariam sendo abaladas. A questão é de que segurança e de que ordem que se fala, já que a ordem e a segurança tem garantido miséria ao povo brasileiro, manutenção do *status quo* e aumento do abismo entre ricos e pobres.

---

perda fundamental que impulsiona o desejo para um tipo organização subjetiva marcado pela dependência – imaginária ou real – em relação a um objeto de gozo. Em outros termos, sugere Melman, está-se passando de uma cultura da neurose a uma outra que promove a perversão. Cf. MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003. Também neste sentido, conferir: DUFOUR, Dany-Robert. *A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultra-liberal*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005. O prenúncio da sociedade de massa pode ser encontrado em: NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral: Uma Polêmica*. Tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. Posteriormente a Nietzsche, outros autores trabalharam nesta seara, como Ortega y Gasset e Guy Debord.

Fechando os olhos para a crítica e transformando a profissão num *habitus*, repetindo fórmulas no mais das vezes descontextualizadas serve o juiz a quem deseja/anseia manter esta ordem que privilegia a elite econômica, para a qual é conveniente manter o jurista amarrado a uma formação dogmática que o transforme num dócil intérprete das leis, fabricadas sob medida por grupos de interesse que pressionam/compram o parlamento para ver seus interesses bem tutelados. Quem não abre os olhos para isso vira mera *longa manus* do poder, uma correia de transmissão dessa roda do poder. Permite que o discurso econômico domine a seara jurídica.

Nesta feita que a crítica construída por Ferrajoli trás um aporte de imensurável importância no debate teórico. A crítica ao positivismo feita pelo mestre italiano traz um discurso irresistível ao apontar sua munição contra mitos do positivismo dogmático, como o da regularidade dos atos emanados pelo poder.

Dessa forma tem-se que a dogmática tradicional tem uma incompreensão da complexidade do termo legalidade num Estado Constitucional de Direito, pois parte da proposição prescritiva na qual a norma jurídica se esgota no juízo de vigência, assim, a noção de validade permanece restrita à sua mera incorporação formal no sistema - se respeita o processo de elaboração ingressa no ordenamento como válida.

Num Estado Constitucional de Direito os conceitos de validade e de vigência são assimétricos e independentes – a tese positivista da presunção de regularidade dos atos de poder é desmistificada. Há um rompimento com a imagem analítica da norma jurídica.

Tendo então o juiz que se submeter a lei, mas não a qualquer lei, mas só a lei constitucionalmente válida, esvai-se o dogma da fidelidade do juiz à lei. Também cai o dogma da avaloratividade da ciência jurídica. Com esse instrumental teórico, que parte das premissas do *sentido comum teórico* para destruí-las, considerando o Direito como um “espaço de lutas”, o arsenal retórico do jurista progressista ganha uma contribuição inestimável para o debate.

O imaginário dos juízes pode se transformar através da argumentação produzida pela teoria do mestre italiano e dessa maneira a roda gira e o *senso/sentido comum teórico* pode se alterar, passando do *paleopositivismo* para o positivismo de tipo crítico, do juiz tradicional, *la bouche de la loi*, para o juiz garantista/constitucionalista, engajado, não asséptico, não neutro, comprometido com a Constituição e, portanto, com a soberania do povo, com a transformação/alteração do *status quo*, contra qualquer maioria, contra a irracionalidade de qualquer poder (seja público ou privado), com a defesa intransigente dos direitos fundamentais que, com o garantismo ganham status de intangibilidade, estabelecendo a esfera

do não-decidível, do não negociável, nem mesmo sob a justificativa da manutenção do bem comum.

Dessa forma vislumbraremos um futuro melhor, no intuito da construção (utópica para alguns) de um outro mundo possível – um mundo muito melhor –, por meio desse resgate da dignidade da dogmática, que, dessa forma é emancipatória.

Contudo, como se expôs acima, a atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais e do Estado de Direito é ainda tímida no tocante a resultados práticos na efetivação dos referidos direitos e na alteração do *status quo* na sociedade, tendo em vista que é este Poder a última instância para pleitear o ataque ou o descumprimento do princípios norteadores e fundantes do Estado de Direito e, por vezes, sua atuação se dá sobre uma realidade difícil de ser alterada.

Dessa maneira, nesse impasse para uma solução que conforme a efetivação dos direitos fundamentais, sugere-se, como última alternativa antes da capitulação a este modelo de Estado e, por exemplo, como sugere Bercovici, o estabelecimento do poder constituinte do povo em busca de sua efetiva e plena emancipação, o direito de resistência como meio para garantir os aventados direitos, garantir o Estado de Direito.

Neste sentido, para combater os governos que descumprem os direitos fundamentais principalmente, como visto, por influência da ideologia neoliberal que atinge os Estados-nação, através do que recentemente tem se chamado de globalização - no que se estabelece a exceção econômica, que é o descumprimento de regras fundadoras do modelo de Estado vigente por conta de um discurso econômico que sobrepõe, coloniza o jurídico e o político – apresenta-se como saída a união da população que, reunindo-se e rebelando-se contra essa situação, pode fazer cumprir os direitos fundamentais.

Resta indagar, por fim, se a população finalmente unida para a luta de seus direitos, caberia reivindicar o funcionamento de um Estado que parece fadado a falhar, tendo em vista que o sistema econômico capitalista parece não permitir a universalização dos direitos, ou se não seria então o momento de se discutir outro modelo, ou de constatar que os modelos não estão funcionando e buscar outras saídas, outras formas de ação política, de vivência social.

Neste sentido, conclui-se efetivamente que: a) há um esgotamento deste modelo de Estado que, por conta da lógica do sistema econômico-político vigente, está fadado a não funcionar; b) uma forma de fazê-lo funcionar efetivamente, pela teoria garantista, teoria de base proposta para o presente estudo, nas circunstâncias atuais, seria colocar o povo na rua para brigar pelos seus direitos; c) contudo, a possibilidade do povo se reunir e lutar pelos seus

direitos é remota e, se isso ocorrer, melhor seria não lutar por este modelo de Estado, mas por outras formas de vivência, ainda por serem construídas.

Constata-se, finalmente, que: é imperativo pensar em outras formas e modelos de mundo, de vivência, de convivência. Contudo, enquanto esse “novo” não vem e enquanto não são criadas condições para que ele surja, tem-se a necessidade de atuar de forma crítica e construtiva nesse modelo de Estado (o que a teoria garantista auxilia, sendo utilizada como um instrumento de luta), para efetivar, dentro do possível, a melhoria das condições dos humanos. Assim uma transformação vai ocorrendo em direção a utopia, que nos faz caminhar.

Impõe-se o desassossego criativo para a luta por um mundo melhor.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional . Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- \_\_\_\_\_. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002
- ANDRADE, Lédio Rosa de. Juiz alternativo e poder judiciário. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- APPIO, Eduardo. Controle judicial de políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2004.
- ARANTES, Paulo Eduardo. Extinção. São Paulo: Boitempo, 2007.
- ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário e Política no Brasil. São Paulo: Sumaré/FAPESP/EDUC, 1997.
- ARENDT, Hannah. A condição humana. 10. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre (Org.). Globalização, Neoliberalismo e o Mundo do Trabalho. Curitiba: EDIBEJ, 1998.
- ARRUDA. JR. Edmundo Lima de (Org.). Lições de direito alternativo, vol 1. São Paulo: Acadêmica, 1991.
- \_\_\_\_\_. Lições de direito alternativo, vol 2. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Neoliberalismo: Inimigo Número um da democracia. Direito em Revista. Porto Alegre: AMATRA, n. 5, abr/ago. 1995.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. Crítica a dogmática e a hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- \_\_\_\_\_. Direito, justiça social e neoliberalismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. Justiça distributiva e aplicação do direito. Porto Alegre: Fabris, 1983.
- \_\_\_\_\_. Método e hermenêutica material no direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BARCELONA, Pietro; COTTURRI, Giuseppe. El estado y los juristas. Barcelona: Editorial Fontanela, 1976.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Revista de Direito Administrativo, v. 240, p. 83-103, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização – as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BEDIN, Gilmar Antonio. Os direitos do homem e o neoliberalismo. Ijuí: UNIJUÍ, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e estado de exceção permanente. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

\_\_\_\_\_. Soberania e Constituição: Poder Constituinte, Estado de Exceção e os Limites da Teoria Constitucional. 2005. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

BIRD vê 'armadilha da desigualdade' no país. Folha de São Paulo. São Paulo, 21 set. 2005, p. B1.

BOBBIO, Norberto. A era de direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. O futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

\_\_\_\_\_. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. Do estado liberal ao estado social. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. Do País Constitucional ao País Neocolonial. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Teoria do estado. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

BOURDIEU, Pierre. A precariedade está hoje por toda a parte. In: Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_. Estado de Direito. Lisboa : Gradiva, 1999.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. Fundamentos da constituição. Coimbra: 1991. Editora Coimbra.

CAPPELLETTI, Mauro. Juizes legisladores? Porto Alegre: SAFe, 1993.

CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito alternativo em movimento. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. Magistratura e direito alternativo. 7. ed. São Paulo: Lúmen Júris, 2005.

CARVALHO, Salo. Pena e garantias: uma leitura do garantismo de luigi ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, Amilton Bueno de. Aplicação da pena e garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHÂTELET, François et al. História das idéias políticas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. 13. ed. São Paulo: Ática, 2004.

CHOMSKY, Noam. Novas e Velhas Ordens Mundiais (tradução de Paulo Roberto Coutinho). São Paulo: Scritta, 1996.

CLÈVE, Clemerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. Revista Crítica Jurídica nº 22, jul/dez 2003. p. 17-29.

COMPARATO, Fábio Konder e outros. Direito humanos: visões contemporâneas. Associação Juízes para a Democracia – 10 anos.

COPETTI, André. Jurisprudencialização da constituição no estado democrático de direito. Disponível em: < [www.ihj.org.br](http://www.ihj.org.br)>. Acesso em: 31 jan. 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. O poder dos juízes. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y sociedad democrática. Madrid: Taurus, 1998.

DILEMA na Saúde. Folha de São Paulo. São Paulo, 04 out. 2005, p. A2.

FARIA, José Eduardo. Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. (Org.). Direito e justiça: a função social do judiciário. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

\_\_\_\_\_. O Direito na Economia Globalizada. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). Repensando a Teoria do Estado. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. Microfísica do poder. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

\_\_\_\_\_. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 22.ed. Petrópolis: Vozes, 2000.  
FREIRE, Antonio Manuel Peña. La garantía en el estado constitucional de derecho. Madrid: Trotta, 1997.

GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

GIANFORMAGGIO, Letizia. Lê ragioni del Garantismo. Torino: Giappichelli, 1993.

GIDDENS, Antony. As conseqüências da Modernidade. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1994.

GOMES, Luís Flávio. A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GUSMÃO, Paulo Dourado. Introdução ao Estudo de Direito. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HERKENHOFF, João Baptista. Como aplicar o direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

IANNI, Octavio. Teorias da Globalização. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

JUDICIÁRIO decide partir para decisões inusitadas. Folha de S. Paulo. Mar 8, 1997. p. C3.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KRELL, Andréa J. Direitos sociais e controle judicial no brasil e na alemanha - os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: SAFe, 2002.

LEIS travam o combate a crimes tributários. Folha de São Paulo. São Paulo, 03 abr. 2005, p. B1.

MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho (Org.). Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

MARTINEZ, Vinício C. Estado do bem estar social ou estado social? Disponível em: <[www.ihj.org.br](http://www.ihj.org.br)>. Acesso em: 31 set. 2005.

MATZENBACHER, Fernanda Sucharski. O positivismo crítico e a teoria garantista de Luigi Ferrajoli. In: *Novos Estudos Jurídicos*, v. 9, n. 1, p.132, jan/abr 2004.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MÍSÉRIA recua, mas ainda atinge 42 milhões. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 23 set. 2006.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: 1997.

NINO, Carlos Santiago. *La validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1984.

OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba. *A era da indeterminação*. São Paulo: Boitempo, 2007.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *A atividade jurisdicional sob o enfoque garantista*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2001.

OLIVEIRA Jr., José Alcebíades, MORATO LEITE, José Rubens (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais e Globalização*. Ijuí/RS: UNIJUÍ, 1998.

PARADOXO: hoje o maior legislador não é o Legislativo, mas o Executivo. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 28 set. 2006.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RAMONET, Ignácio. *Geopolítica do caos* (tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira). Petrópolis: Vozes, 1998.

ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003.

SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Leys, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-modernidade*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Carl. *Teologia política* (tradução de Elisete Antoniuk). Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SERRANO, José Luiz. Validez e vigencia: la aportación garantista de la norma jurídica. Madrid: Trotta, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. A hermenêutica constitucional: instrumento para implementação de uma nova dogmática jurídica. RT/ fasc. Civ, v. 741 jul 1997. p. 39-57.

\_\_\_\_\_. Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: SAFe, 1999.

SÓ os médicos se salvam. Carta Capital. Ano XII, nº 358, p. 28-29.

SOUSA, José Geraldo (Org.). Introdução Crítica ao Direito. Brasília: UnB.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Ciência política e teoria geral do estado. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. O caso dos gêmeos “xipófagos”(sic) e outras histórias. Disponível em: <[www.ihj.org.br](http://www.ihj.org.br)>. Acesso em: 19 out. 2005.

VIANNA, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os Três Poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck et al. Corpo e alma da magistratura brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, estado e direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder judiciário: crise, acertos e desacertos (tradução de Juarez Tavares). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKI, Gustavo. El Derecho Dúctil: Ley, derechos y justicia. Madrid: Trotta, 1995.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZIZEK, Slavoj. Bem-vindo ao deserto do Real!: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas (tradução de Paulo Cezar Castanheira). São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.