

# A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional

## *Strict legality as democratic limiting of jurisdictional activity*

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto\*

---

### Resumo

A implantação de um Estado Democrático de Direito no Brasil, clara na edição da Constituição de 1988, promoveu significativas alterações na atividade jurisdicional. Resultado de um movimento maior, que teve suas origens na discussão a respeito da possível superação do positivismo jurídico e na ascensão das Constituições e documento que geravam vinculações formais e substanciais, provocou um considerável aumento pela solução judicial dos conflitos e das insuficiências materiais, especialmente aquelas relacionadas a direitos sociais. Além disso, assiste-se a um protagonismo judicial nunca visto antes, do que decorre um forte debate a respeito dos limites da atuação do Juiz, ou seja, se está legitimado para tanto e, ainda, se esta atuação é democrática e atende aos demais princípios constitucionais. Neste cenário é que surge a necessidade de estudo da Teoria Geral do Garantismo de Luigi Ferrajoli, formulação que se opõe de modo veemente ao autoritarismo na política e ao decisionismo no Direito, propondo, em relação a este último, o resgate do princípio da legalidade.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Atividade jurisdicional. Princípio da legalidade.

### Abstract

*The establishment of a Democratic State in Brazil, which comes clear with the Constitution of 1988, promotes significant changes in jurisdictional activity.*

---

\* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – Mestrado e Doutorado - na Universidade do Vale do Itajaí-SC e Juiz de Direito Substituto de 2º Grau do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, lotado na 3ª Câmara de Direito Público. Email: franciscojneto@uol.com.br.

*Result of a greater movement originated in the discussion about the possible overcoming of the legal positivism and the ascension of Constitutions to document that creates substantial and formal linkages, causes a considerable increase by the judicial solution of conflicts and material inadequacies, especially those related to social rights. Furthermore, there is a judicial prominence never seen before from which elapses a heated debate about the limits of judge's performance; if it is legitimized to do so and even if such performance is democratic and meet other constitutional principles. In this scenario emerges the need to study the Guaranteed General Theory of Luigi Ferrajoli, formulation which vehemently opposes the authoritarian politics and the decisionism in Law proposing, regarding the latter case, the legality principle.*

**Keywords:** *Democratic State of law. Jurisdictional activity. Legality principle.*

---

## Introdução

Dentre as várias transformações ocorridas com o advento da Constituição de 1988, uma das mais significativas é a que se deu nas questões relacionadas à atividade jurisdicional. De início, assiste-se ao aumento do ajuizamento de novas ações que tratam de direitos sociais. E isso apesar de serem questões que dependem de políticas públicas a cargo dos membros dos Poderes Executivos nas três esferas (federal, estadual e municipal) e que tradicionalmente sempre foram tidas como de exclusiva competência destes e, por isso, vedada a intervenção do Poder Judiciário.

Depois, e como seu resultado direto, vê-se uma total falta de inibição dos juízes na aceitação de um papel de protagonista na realização dos direitos fundamentais, o que também foi aceito de modo passivo externamente, ou seja, sem maiores questionamentos ou, pelo contrário, foi sim enaltecido e elogiado.

E é justamente daí que nasce um profundo debate relacionado aos limites da atuação jurisdicional, já que, para alguns, o poder de escolha do administrador público e do legislador não pode ser invadido pela atuação do Poder Judiciário. Para eles, tal quadro leva a um rompimento

do princípio da separação de poderes, causando uma verdadeira substituição de um governo ou de um legislador democraticamente eleito pela vontade de um agente político, não legitimado para tanto. Já para outros, tal se mostra normal e aceitável em um Estado Democrático de Direito, posto que a característica principal dessa forma de entender o Estado é a submissão de todos aos comandos colocados na Constituição, documento que – em tempos atuais – tem a pretensão de dirigir todos os setores da vida em sociedade.

Outras questões que surgem desse debate estão ligadas à legitimidade da atuação judicial, já que não estaria ele autorizado a tanto, e, ainda, ao comprometimento da segurança jurídica, resultado direto da ausência de soluções uniformes para problemas comuns. Tendo como pano de fundo essa discussão, a pretensão aqui é identificar os elementos que compõe esse debate, clarificar o espaço de atuação do poder judiciário e os fundamentos dessa atividade, já que foram grandes as transformações no sistema jurídico-constitucional dos últimos anos.

Para isso, em um primeiro momento, será necessário analisar as transformações ocorridas na forma de compreender e de entender o Direito. Da compreensão metafísica do Direito Natural, passando pela sedimentação do Direito Positivo e a criação de um mundo artificial de legalidade, chegando à discussão a respeito de sua superação e o surgimento de um novo paradigma, o Constitucional.

Depois, serão analisadas as transformações ocorridas no Estado de Direito a partir do impacto do esgotamento do Positivismo Jurídico, já que a inserção de um patamar de vinculação substancial às normas jurídicas, ao lado da vinculação formal, também impõe transformações radicais na forma de manifestação do poder estatal, em especial naquelas oriundas do Poder Judiciário.

E, por último, será o momento da análise do Garantismo Jurídico e suas possibilidades, propondo-se o resgate de um dos principais aspectos da Teoria Geral do Garantismo como forma de solução desse delicado problema, qual seja, o uso do princípio da legalidade na conformação dos direitos sociais, assim como ocorre, pro exemplo, em relação aos direitos de liberdade.

# 1 As concepções de direito e a influência do constitucionalismo

Para alcançar esse objetivo, e tomando por base a compreensão de que a edição da Constituição de 1988 é resultado de um movimento maior chamado de “constitucionalismo”<sup>1</sup> (ou neoconstitucionalismo), essencial é entender esse movimento sob a ótica da filosofia e da teoria do direito.

É inegável que há um conjunto de mudanças em andamento, as quais exigem novas formulações e explicações teóricas para que se dê sua exata compreensão. O Direito, como produto da realidade social, é dinâmico e, desta forma, exige igual dinamismo daqueles que se dedicam ao seu estudo. Mas, se por um lado há a necessidade constante de olhar para frente e procurar compreender o que ocorre para melhor contribuir para a construção de um sistema jurídico mais justo, não há como deixar de lado o estudo dos institutos desde o seu surgimento. É preciso, então, reconstruir as bases do pensamento jurídico atual e compreender de modo adequado como se deu o surgimento do monopólio da produção do Direito, elemento fundamental para a sedimentação do Positivismo Jurídico em substituição ao Direito Natural e, mais tarde, surgimento das constituições e das concepções em torno delas.

## 1.1 O Direito Natural

Uma das marcas fundamentais e definidoras do Direito Natural – desde o seu surgimento – é que ele sempre manteve presente a ideia de que lei injusta não é lei. É o que se percebe com Sócrates, Platão,

---

<sup>1</sup> Na linha do que diz Figueroa (2002, p. 164): “la constitucionalización del pensamiento jurídico ha dado lugar al ‘constitucionalismo’. Se ha denominado genéricamente constitucionalismo (y más precisamente neoconstitucionalismo con el fin de acentuar el nuevo carácter que há adquirido en la actualidad) a la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iusteórica conceptual y-o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas”.

Aristóteles, Sófocles, e depois do advento do cristianismo, com Cícero, Santo Agostinho e São Tomas de Aquino<sup>2</sup>.

Vencida essa primeira etapa, surge o chamado “jusnaturalismo racionalista”, onde se dá o abandono de uma concepção puramente teológica, assumindo a ideia de que o direito natural deve ser compreendido como algo que decorre de uma ordem de valores conhecíveis através da razão e, ainda, como um espaço de crítica do direito estatal, privilegiando mais uma vez a ideia de que “*lex injusta non est lex*”.

Hugo Grócio, filósofo e jurista holandês que viveu entre 1583 e 1645, apontado por muitos como o autor que inaugura o Direito Natural racionalista, afirmou que, mesmo que Deus não exista, haverá um Direito Natural fundado em um sistema ético independente da vontade de Deus revelada nas sagradas escrituras. Para ele, isso poderia dar-se mediante a observação do mundo, da natureza das coisas e do homem,

---

<sup>2</sup> Como se trata de uma resposta filosófica, é preciso destacar que o direito natural não surgiu antes da chamada “percepção filosófica”, daí ser possível afirmar que ele (o direito natural) é tão antigo quanto o pensamento ocidental. Sua presença já era sentida na Grécia do final do Século VII a.c., entre os filósofos chamados de pré-socráticos. Em Heráclito, encontra-se a proposição de que existe uma lei que rege o mundo e o coloca em ordem, e não desordem e, no século V a.c. – período chamado de “humanista” – é Sócrates (470-399 a.c.) quem afirma que, acima dos homens, existe um mundo de valores objetivos, entre eles a justiça (FERNÁNDEZ-GALIANO, 1977, p. 191). Anos mais tarde, apresenta-se o período clássico, com Platão (427-347 a.c.) e Aristóteles (384-322 a.c.), e o refinamento dessas ideias, com o pensamento de que existe uma ordem natural que independe do mundo real, dos fatos e das ações humanas. Contemporâneo a estes últimos, aparece também Sófocles (495-406 a.c.) e sua peça “Antígona”. Nela se dá a conhecida passagem em que a protagonista, em um diálogo com o soberano (Creonte) – após confessar que havia desobedecido a uma das suas ordens – faz uma crítica ao direito estatal com a invocação do direito natural. Em todos eles, a compreensão de que, além da existência de um conjunto de direitos em uma ordem natural (que se apresenta imutável ao homem), a aceitação de que este direito natural deva ser a base para a validade do direito posto pelo soberano. Tais ideias evidentemente influenciaram o período subsequente, o que pode ser percebido já com os escritos de Cícero (106-43 a.c.), em Roma, especialmente com duas afirmações feitas por ele: 1) o Direito tem sua base e fundamento na natureza, nascendo dela; 2) esse fato faz com que essa lei natural tenha precedência – em todos os aspectos – sobre as normas humanas (FERNÁNDEZ-GALIANO, 1977, p. 218).

de modo que qualquer pessoa pode deduzir os princípios de Direito Natural dispensando uma visão religiosa do mundo. Essa concepção foi acompanhada por diversos autores daquele período (Samuel Puffendorf, Cristiano Tomasio e Cristiano Wolf), o que fez com que tais ideias chegassem aos séculos XVII e XVIII com vigor suficiente para embalar as revoluções que viriam a ocorrer e, novamente, mudar os rumos da história ocidental, assim como ocorrera com o cristianismo<sup>3</sup>.

## 1.2 O Direito Positivo

Foi em meados do Século XIX que surgiu essa nova concepção de Direito que, além de pretender afastar todo e qualquer aporte metafísico de sua essência, se coloca como manifestação da soberania estatal na medida em que há o já mencionado monopólio de sua produção. Por trás de tudo, a ideia do contrato social defendida por autores como John Locke (1632-1704) e Jean Jacques Rousseau (1712-1778), que sustentam ser o Estado e suas instituições o resultado da vontade dos homens, de forma que Estado e Direito não existem por obra de Deus ou dos costumes, mas, sim, como produto de seres racionais que atuam guiados por seus interesses.

Seu desenvolvimento e processo de hegemonia abrangem três momentos bem definidos e localizados: a “Escola Histórica do Direito” na Alemanha, que afirmou ser o direito um fenômeno histórico e produto do “espírito do povo”; a “Escola da Exegese”, surgida na França e que apregoou a identificação do direito com a lei (melhor seria falar em redução) e, por fim, a “Jurisprudência Analítica” na Inglaterra, que afirma

---

<sup>3</sup> Apesar da hegemonia posterior, não se pode negar que houve alguma dificuldade na sedimentação do Positivismo Jurídico, já que as teses que apregoavam o Direito Natural em verdade nunca foram totalmente superadas, tanto que é comum falar-se no “eterno retorno do direito natural”, o que surge com autores Gustav Radbruch, Lon Fuller e John Finnis.

ser o Direito determinações emanadas pelos soberanos em relação aos súditos, sempre respaldados pela coação<sup>4</sup>.

Passado esse momento inicial, no início do Século XX surge Hans Kelsen e a “Teoria Pura do Direito”, o que dá significativa contribuição à compreensão do Juspositivismo, vez que sustenta ser o sistema jurídico um sistema dinâmico, onde as normas têm sua validade determinada pelas sucessivas delegações de poder, livrando-as da contaminação

---

<sup>4</sup> Em relação ao primeiro (Escola Histórica do Direito), apresentou-se ele como uma concepção de direito surgida nos séculos XVIII e XIX, auge do romantismo; fornece os principais elementos de crítica ao direito natural, o que se dá a partir da primeira obra que pode efetivamente ser considerada como expressão dessa corrente. Escrita por Gustavo Hugo, em 1798, com o título de “Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo”, afirma que o direito natural não é mais entendido como um sistema normativo autossuficiente, como um conjunto de regras distinto e separado do sistema do direito positivo, “mas sim como um conjunto de considerações filosóficas sobre o próprio direito positivo” (BOBBIO, 2006, p. 46). O segundo deles, a Escola da Exegese, foi um movimento surgido na França e sustentava a redução do direito à lei, podendo-se afirmar que, “vitoriosa a revolução francesa, a Burguesia, depois de ascender defendendo o direito natural, foi constringida a abandoná-lo, para consolidar seu poder. O caráter ‘descobridor’, revolucionário, deste, foi substituído pelo signo da lei, em particular do Código Civil de 1804 [...]” (AZEVEDO, 1999, p. 13). E é justamente pela codificação que se dá a troca do jusnaturalismo racionalista para o positivismo jurídico em sua compreensão mais radical, vez que “identifica o direito com a lei e confia aos tribunais a missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor” (PERELMAN, 1999, p. 32). Por último, o terceiro dos movimentos, a chamada “Jurisprudência Analítica”. Com origem na Inglaterra do século XIX, foi criada por John Austin (1790-1859), aluno de Jeremy Bentham, de quem tomou a concepção de que o Direito é um conjunto de mandatos emanados dos soberanos aos súditos, respaldados pela coação (ATIENZA, 2007, p. 274). Trata-se este último (Jeremy Bentham, 1748-1832) de um autor britânico que influenciou vários países com sua codificação do direito, mas não conseguiu a adoção de suas ideias em seu país de origem, a Inglaterra. Iluminista e utilitarista, defendeu a codificação do direito britânico e sua sistematização, com o objetivo de clarificação e limitação dos poderes dos juízes. Para ele, só o direito positivo poderia ser direito; daí negar a existência do direito natural e, por consequência lógica, a existência de direitos anteriores ao Estado. É o que se extrai de sua produção científica (“A Fragment on Government”, de 1776), que, por ter sido uma das primeiras teorizações sobre o direito positivo e a compreensão de que direito é o direito posto, constitui-se em “antagonista coerente das teorias dos direitos naturais e das abstrações metafísicas relativas à ideia de justiça” (PALOMBELLA, 2005, p. 121).

dos fatos ao afirmar que de algo que é não poderá decorrer algo que deve ser e, de algo que deve ser, não poderá decorrer algo que é<sup>5</sup>.

Daí que a validade de uma norma não pode decorrer simplesmente do fato de ter emanado de um agente. Há necessidade de que esse agente tenha competência conferida por uma norma para que sua validade esteja presente, a qual vincula o agente e o indivíduo que está obrigado a cumpri-la.

Outro ponto fundamental da Teoria Pura do Direito de Kelsen, e que interessa aqui, é a concepção do sistema em sua forma de pirâmide e a noção de hierarquia das fontes do Direito, o que contribuiu decisivamente para que, sob o ponto de vista científico, o raciocínio jurídico fosse organizado<sup>6</sup>.

Depois dele, outro autor de grande importância é Herbert Hart. Foi ele quem, além de oferecer uma discussão a respeito do conceito de Direito, contribuiu para consolidar o Positivismo Jurídico na medida em que o desvincula da coatividade, tida como inerente a ele. A seu ver, as normas não possuem a coatividade como elemento identificador,

---

<sup>5</sup> Segundo Kelsen, os ordenamentos normativos poderiam ser divididos em dois tipos: 1) os estáticos, em que as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, eis que derivam umas das outras, partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral – e 2) os dinâmicos, em que “as normas que os compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através da autoridade que os colocou” (BOBBIO, 1994, p. 71-72). Para ele, o ordenamento jurídico é do tipo deste último já que “o enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente de seu conteúdo” (BOBBIO, 1994, p. 73).

<sup>6</sup> Os pressupostos da teoria pura do direito podem ser sistematizados da seguinte forma: 1) é uma ciência em que o único objeto é o direito positivo, ignorando tudo o que não corresponda a sua definição; 2) o direito é só o direito positivo (teoria pura do direito positivo); 3) o objeto do estudo do direito deve ser apenas o “dever ser jurídico”, e não a finalidade ou o conteúdo da norma (aspectos metafísicos); 4) a norma jurídica é um juízo lógico-hipotético que une um suporte fáctico a uma consequência jurídica; 5) o direito é um sistema coativo de normas escalonadas hierarquicamente, de modo que cada norma terá sua validade determinada pela norma anterior e superior, até chegar à chamada “norma hipotética fundamental”; e, por fim, 6) ao contrário daqueles que dizem que as normas jurídicas decorrem da vontade do Estado, Kelsen aponta que Estado e Direito são uma coisa só (LUÑO, 2009, p. 85).

dividindo as normas em dois tipos: normas primárias, que são as que prescrevem determinados comportamentos e normas secundárias, que poderão ser de reconhecimento, de mudança e de adjudicação.

Para ele, comparados os diversos tipos de leis encontrados em qualquer sistema jurídico moderno, percebe-se a insuficiência da compreensão do Direito como ordens coercitivas. Após afirmar que “nem todas as leis ordenam que se façam ou se deixem de fazer determinadas coisas”, aponta:

Há ramos importantes do Direito aos quais essa analogia com as ordens apoiadas em ameaças deixa de se aplicar, já que desempenham uma função social totalmente diferente. As normas jurídicas que definem as formas de se fazer ou celebrar contratos, testamentos ou matrimônios válidos não exigem que as pessoas ajam desta ou daquela maneira independentemente de sua vontade. Essas leis não impõem deveres ou obrigações (HART, 2009, p. 37).

Além disso, o modelo de Direito desenhado – no caso, pelo Positivismo clássico de Austin –, que sustenta a ameaça como seu traço distintivo, merece de Hart objeções em três pontos fundamentais, que dizem respeito: 1) ao conteúdo da lei, já que – como acima demonstrado – algumas normas possuem conteúdos que não se mostram semelhantes ao modelo das normas com ameaças de sanção pelo descumprimento; 2) ao âmbito de aplicação, já que, se o Direito é determinado pela existência da ameaça, resta sem explicação o caráter auto-obrigatório da lei que incide inclusive em relação àqueles que detêm o poder de sancionador (HART, 2009, p. 57); e, por fim, 3) à sua origem, já que existem os costumes (o Direito consuetudinário), aos quais se reconhece juridicidade.

O terceiro e último autor de grande importância foi Norberto Bobbio (1994), que identificou as três formas pelas quais o Positivismo Jurídico se apresentou desde o seu surgimento. Para ele, há um Positivismo como abordagem ou modo de se aproximar do direito, um Positivismo como teoria, onde o fenômeno jurídico se identifica com a formação de um poder soberano como capacidade para exercer a coação (O Estado)

e, por fim, um Positivismo como ideologia, que é de onde resulta o fetichismo em relação à lei, que é onde se identificam seus adoradores, qualquer que seja ela<sup>7</sup>.

São três formas independentes entre si (ser positivista em um dos sentidos não importa em sê-lo no outro) e a de maior aceitação é a primeira, que fala do Positivismo Jurídico como enfoque ou modo de aproximação do Direito, até porque é nesta forma de compreendê-lo em que as divergências com o Direito Natural ficam mais evidentes, já que suas teses centrais podem ser apresentadas em apenas duas: a tese das fontes sociais do direito e a tese da separação entre direito e moral. Aqui há um aspecto interessante que merece relevo: em tempos de constitucionalismo forte e com normas que inegavelmente traduzem valores morais, surge uma enorme dificuldade em compatibilizar este quadro com uma concepção de Direito proposta pelo Juspositivismo, cuja principal tese é justamente a separação entre direito e moral<sup>8</sup>.

### *1.3 A superação do positivismo jurídico e a emergência do paradigma constitucional*

E foi justamente a partir da discussão a respeito da separação, ou não, entre Direito e moral, que surgiu o debate a respeito da possível

---

<sup>7</sup> Norberto Bobbio (1992) é considerado um dos pioneiros no enfrentamento do positivismo jurídico intencionando a identificação de seus fundamentos. Fez isso em um trabalho publicado em 1961 sob a forma de artigo depois incorporado (em 1965) ao livro “El problema del positivismo jurídico”. Nele, Bobbio afirma que o “positivismo jurídico”, apesar de ter sido apresentado historicamente como uma única doutrina, tem-se expressado ao largo de sua história sob três formas básicas, sem que entre elas haja uma necessária conexão conceitual, de modo que ser positivista em uma dessas concepções não implica necessariamente sê-lo em outra.

<sup>8</sup> Em relação a esse tópico, não se pode negar que, mesmo com a adoção de um “positivismo brando ou incluyente” (Hart e seus “conteúdos mínimos de direito natural”), as bases juspositivistas sofreram forte abalo com a apresentação das teses de Ronald Dworkin, professor britânico que polarizou com Herbert Hart um dos debates mais intensos e produtivos do direito nos últimos anos. Entre seus trabalhos, o livro de maior influência – que interessa diretamente aqui – é “Levando os direitos a sério”. Nele o autor expõe o que chamou de “uma teoria liberal do direito”. É um trabalho marcado pela crítica à teoria por ele chamada de “teoria dominante do direito”, parte dela dominada pelo positivismo jurídico, em que Dworkin reconhece a teoria defendida por H. L. A. Hart como a mais influente de todas as teorias (DWORKIN, 2007, p. XI).

superação do Positivismo Jurídico e surgimento de uma nova forma de compreender o Direito (um novo paradigma): o constitucional.

A respeito disso, é preciso dizer que não se desconhece a existência de formulações que procuram fugir da polarização gerada pela incorporação e inclusão de valores morais nos textos constitucionais com a intensidade que ocorreu a partir da segunda metade do século passado. Uma dessas foi apresentada por Herbert Hart e a sustentação de que existe um positivismo brando ou includente, com um conteúdo mínimo de direito natural em cada sistema normativo. É evidente a contribuição de tais teses, mas não há como desconhecer que o protagonismo social, político e principalmente o jurídico, provocaram abalos na forma de compreender o Direito, o que pode ser facilmente verificado nos conflitos de princípios constitucionais, vale dizer, em conflitos de valores inseridos nas Constituições.

Afinal, a consolidação do Positivismo Jurídico não o deixou livre das transformações políticas e sociais que afetaram o mundo moderno e contemporâneo. Assim foi quando da transformação do Estado Liberal em Estado Social e, mais recentemente, na passagem do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito. Nesse momento, aliás, é que se dá o questionamento principal: o Positivismo Jurídico está superado?

No que se refere à teoria do direito, há respostas contundentes em sentido positivo, e isto por um motivo principal: as teses que sustentam o positivismo jurídico já não cabem mais dentro do constitucionalismo, havendo a necessidade de sua reformulação, especialmente para que se dê conta das normas de conteúdo moral que foram inseridas nas Constituições do século XX.

Assim pensam Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (2007, p. 21) em um texto intitulado “*Dejemos atrás el positivismo jurídico*”, que não contestam a veracidade das duas teses principais do positivismo (fonte social do direito e separação do direito com a moral), mas afirmam sua debilidade, o que ocorre em dois planos: 1) são irrelevantes; e, 2) constituem um obstáculo “*que impide el desarrollo de una teoria y*

*una dogmática del Derecho adecuadas a las condiciones del Estado Constitucional” .*

Quanto ao primeiro plano, o da irrelevância, recordam eles que muitos autores Jusnaturalistas estão de acordo com a tese das fontes sociais do Direito, compreendida como realidade histórica mutável, dos quais Radbruch, Fuller e Finnis são exemplos, o que faz desaparecer a diferença entre os dois grupos e torna semelhantes seus enfoques. O mesmo ocorre com a tese da separação entre direito e moral, especialmente se for considerado o ponto de vista dos positivistas com a concepção de Juspositivismo brando ou inclusivo em que se sustenta a existência de um mínimo de Direito Natural nos ordenamentos positivados (ATIENZA; MANERO, 2007, p. 21).

Quanto ao segundo plano – o do obstáculo, ressaltam Atienza e Manero (2007, p. 21) que o problema do Juspositivismo não está tão somente nas teses que o definem, mas também em certas concepções que o acompanharam e que dizem respeito *“a la concepción descriptivista de la teoría del Derecho y a la concepción de las normas jurídicas como directivas de conducta que resultan de otros tantos actos de prescribir”*, as quais foram defendidas por autores como Kelsen, Ross ou Hart.

Nesses dois pontos, existe um elemento comum: a compreensão de que a teoria do direito é orientada a uma descrição livre de valorações do seu objeto. Isso gerou uma incomunicabilidade com o discurso prático em geral e um afastamento daqueles que não eram os cultores dessa teoria do direito, de modo que, se nada podia ser dito ou recomendado em relação ao seu bom desenvolvimento e funcionamento, seria natural um desinteresse daqueles teóricos que não eram seus cultivadores. Nas palavras de Manoel Atienza e Juan Ruis Manero (2007, p.22):

*[...] no podía interesar a los filósofos de la moral o la política y en cuanto a los dogmáticos, un aparato conceptual que se ve a sí mismo como orientado exclusivamente a la descripción del sistema jurídico ha de verse, necesariamente, como de interes limitado por quien trata, fundamentalmente, de*

*suministrar criterios para la mejor aplicación y desarrollo de ese mismo sistema jurídico.*

E concluem: o Juspositivismo, ao ver as normas como diretivas de conduta meramente descritivas, e ao dar ênfase a seu elemento de autoridade em detrimento do seu aspecto valorativo, ficou inabilitado para dar conta dos problemas atuais. Sua visão do Direito é como o de um sistema, e não como prática social complexa, característica principal dos ordenamentos atuais em que a Constituição ocupa todos os espaços de regulação normativa (ATIENZA; MANERO, 2007, p. 26). Ora, como se vê, de uma concepção de direito que se sustentava inteiramente na ordem metafísica, chega-se a outra calcada em elementos firmados na realidade, em bases postas pela ação humana exclusiva e totalmente conhecível através de ordenamentos jurídicos organizados.

Denunciado seu esgotamento e estabelecido o debate sobre sua superação, pode-se identificar que a inclusão da moral entre os seus elementos – necessários ou não – acabou por gerar um abalo no Positivismo clássico determinando, ainda, a redefinição dos espaços de poder no Estado, donde surge a necessidade de reexaminar suas bases.

## **2 O neoconstitucionalismo: conceito, estrutura e conexões com a racionalização do direito**

Junto com as transformações ocorridas na forma de compreender o Direito, e que deságuam na defesa da emergência de um novo paradigma (o constitucional) em substituição ao Positivismo Jurídico, é preciso examinar o processo de criação e sedimentação de um novo constitucionalismo, vale dizer, de uma nova forma de ver e compreender a Constituição, elemento central quando se fala em organização e sistematização do poder. Para tanto, é preciso examinar os conceitos fundamentais da grande estrutura que está por trás desse documento: o Estado de Direito.

## 2.1 O Estado de Direito

De início é preciso fixar que a concepção de “Estado de Direito” que se utilizará aqui é aquela apresentada por Luigi Ferrajoli (1995, p. 856) e atribuída a Norberto Bobbio, que se refere a duas situações: governo *sub lege*, ou submetido a leis, e governo *per lege*, ou exercido mediante leis gerais e abstratas.

Sua exata compreensão passa pelo reconhecimento de que seu ponto fundamental reside no poder, elemento que une as duas expressões, base de sua origem, o que se evidencia ao se examinar o poder político. Se para os adeptos do direito natural o elemento central do direito era a justiça, para os Juspositivistas será a coação, manifestação do poder estatal, resultado de sua soberania e decorrente do pacto social<sup>9</sup>.

Afinal, se os homens – ao reconhecer que no estado de natureza a vida organizada é impossível (*homo hominis lupus*) – abrem mão de sua autonomia para reconhecer um estado de sociedade civil com limitações, só a coação basta para justificar o poder do Estado organizado sob a forma de “Estado de Direito”. Assim, “Estado” e “Direito” se tornam inseparáveis com ênfase especial para a importância que assume o império da lei, já que, para que ocorra o Estado de Direito, fundamental será que o poder esteja submetido ao Direito, o que somente poderá ocorrer se houver um Estado onde esse mesmo poder esteja regulado e controlado por lei.

Vários foram os filósofos que, mesmo por caminhos diferentes, optaram por uma explicação do pacto social e da passagem do estado de natureza para o estado civil com a transformação dos direitos naturais

---

<sup>9</sup> Isso, porém, não significa afirmar que os jusnaturalistas não entendessem a coatividade como elemento característico do Direito, apenas não lhe conferiam o mesmo peso. Consideravam a justiça como elemento central do Direito, característica minimizada pelos juspositivistas clássicos que, como já visto, o compreendiam mais como coação e menos como o que é (ou deveria ser) o justo. Mas, apesar dessa diferença entre o caráter valorativo e o caráter de autoridade, em um ponto concordavam: tanto para uns como para outros, a coação (o poder) tinha papel instrumental de grande importância na realização dos fins do Direito (ATIENZA, 2007, p. 116).

(vida, liberdade, etc.) em direitos civis, a partir do reconhecimento de que o Direito é inseparável do Estado<sup>10</sup>. E é justamente daí que resulta o “Estado de Direito” como categoria própria, onde “Direito” e “Estado” se apresentam como dois aspectos da mesma realidade: se, por um lado, o Direito se mostra como direito estatal (Direito do Estado), por outro, o Estado também se apresenta a partir do Direito, já que seu poder só será legítimo se submetido ao Direito (ATIENZA, 2007, p. 127).

Dessa forma, pode-se definir o Estado de Direito como o Estado de Direito racional, isto é, o Estado que realiza os princípios da razão em e para a vida em comum dos homens, e apresenta como características principais: 1) a renúncia a toda e qualquer ideia de um objetivo pessoal do Estado, já que seu objetivo é o interesse de todos os indivíduos; 2) a limitação das tarefas do Estado à liberdade e à segurança da pessoa e da propriedade; e, 3) a organização do Estado e a regulação de sua atividade segundo princípios racionais que giram em torno do reconhecimento de direitos básicos de cidadania (liberdades em geral), igualdade jurídica, garantia da propriedade, independência dos juízes, governo responsável e império da lei elaborada com participação da representação popular (BÖKENFÖRDE, 2000, p. 20).

Sem desconsiderar a importância da impessoalidade e da limitação das tarefas do Estado sustentada pelos liberais, a verdade é que – dos três aspectos mencionados – o último deles merece uma atenção especial, já que – para a existência de um verdadeiro Estado de Direito – é fundamental que o poder esteja submetido ao Direito, o

---

<sup>10</sup> Dentre eles pode-se citar Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, filósofo alemão que aderiu ao pensamento deste último no que se refere ao pacto social como origem do poder político, com uma diferença, porém: para ele, trata-se de um “todo racional” e não de um fato histórico, dando-se um processo de racionalização com sua transferência da esfera sociológica para a esfera normativa. Nas palavras de Norberto Bobbio (1997, p. 125): “o contrato social para Kant não é um fato histórico, mas um ideal da razão. Que significa esta transformação da doutrina tradicional? Significa que o Estado não é de fato fundamentado no consenso, mas deve estar fundamentado no consenso, ainda que de fato tenha-se originado da força. Significa em outras palavras que o consenso é um ideal a que o Estado deve visar, é uma exigência na qual qualquer Estado deve inspirar-se. Não é um acontecimento empírico, mas um ideal racional que, enquanto tal, vale independentemente da experiência”.

que somente ocorrerá se houver um Estado em que ele, o poder, e a sua atividade, estiverem regulados e controlados pela lei. Daí o acerto em se afirmar que “*El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el ‘imperio de la ley’: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la voluntad general*” (DÍAS, 1998, p. 29).

E foi a partir daí que a positivação tornou-se regra, abrindo caminho para que, anos mais tarde, já no século XX, Hans Kelsen apresentasse o que é considerado como sua grande contribuição ao assunto: colocar de lado uma compreensão do Estado a partir de um ponto de vista sociológico – em que ele era visto como uma forma de organização social – e privilegiar o ponto de vista jurídico, vale dizer, o Estado como órgão de produção jurídica. Foi com Kelsen que o Estado ficou definitiva e totalmente resolvido no ordenamento jurídico, desaparecendo a compreensão que o via como entidade diversa do Direito, já que será ele, o Estado, quem promoverá toda atividade dedicada à produção e à execução de normas jurídicas.

## 2.2 O Estado de Direito Liberal

Ainda que se possa identificar elementos comuns entre as diversas formas pelas quais se apresentou o Estado de Direito, é necessário estabelecer as diferenças entre o Estado de Direito, surgido no Século XIII, quando se deu o processo de organização dos territórios europeus, e o Estado de Direito Liberal decorrente do processo revolucionário ocorrido ao final da idade média, que inaugura a modernidade.

Frise-se que a relação entre essas duas categorias é de gênero e espécie<sup>11</sup>, afinal o liberalismo, conjunto de ideias que sustentou este

---

<sup>11</sup> Há uma tendência a identificar “Estado de Direito” com “Estado Liberal”, o que pode ser explicado não só porque os fatos históricos que dão origem a um e a outro são os mesmos, mas também porque ambos têm como pano de fundo a limitação do poder do governante. Assim, apesar das tentativas de se localizarem as origens do primeiro em tempos mais remotos, não há dúvida de que o Estado de Direito se vincula, em sua origem e desenvolvimento, ao Estado Liberal, mas sem esgotar-se neste último, já que as formulações feitas para o Estado de Direito têm a possibilidade de ser utilizadas com relação a diferentes contextos socioeconômicos e ideológicos, como é o caso do Estado de Direito Social, o que se verá mais adiante (CONDE, 1999, p. 93).

Estado de Direito Liberal, adotou com todas as suas forças a ideia de império da lei, introduzindo uma nova compreensão de Constituição. Emmanuel Sieyès, um dos seus principais teóricos, foi quem apresentou a ideia de que sem Constituição não há Estado, ou seja, para a existência do Estado, há a necessidade de elaboração de um documento em que ele esteja organizado, pelo menos em dois aspectos: declaração de direitos e separação de poderes<sup>12</sup>. Será esse o documento que expressará o império da lei, já que tudo estará submetido à Constituição, lei maior do Estado, elemento que afasta qualquer dúvida de que, de todas as características desse período, o surgimento das Constituições é o que merece maior destaque, posto que é a partir daí que se tem um documento que se torna a “Lei” principal na estrutura do Estado de Direito.

Com isso, o controle do poder político ocorre por seu intermédio, expressão maior do “*império da lei*”, sendo ainda por meio da Constituição que se evidencia a conexão entre Direito e poder. E isso ocorre por que: 1) o poder do Estado se exerce através do esquema estabelecido na Constituição; e 2) o poder social se faz estatal segundo os caminhos estabelecidos também pela Constituição, cabendo ainda ressaltar que as funções do Estado adquirem um significado especial, já que são exercício de poder, “*no de mero poder, sino de poder ejercido con arreglo a normas jurídicas, que está organizado por normas jurídicas y que actúa según y en virtud de normas jurídicas*” (GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 109).

Contudo, apesar da forte base teórica desses postulados, ocorreu que o Estado de Direito Liberal levado a extremos deu origem a graves problemas, com especial ênfase para os de ordem social. Embora o individualismo associado a uma base de apoio sustentada

---

<sup>12</sup> Como disse Emmanuel Sieyès (2001, p. 48) poucos meses antes da Revolução Francesa, em um documento intitulado “O que é o Terceiro Estado?": “É impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que se preencham as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é que chamamos de Constituição desse corpo. É evidente que não pode existir sem ela”.

por uma sociedade burguesa-capitalista tenha possibilitado ao Estado Liberal sustentar um dos seus pontos fortes, a defesa intransigente da propriedade e sua colocação como “direito inviolável e sagrado” (art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), de todas as suas insuficiências, não há dúvida de que esse fator desencadeou a maior delas. Isso porque uma proclamação desse porte em um contexto capitalista gerou uma deficiente proteção aos direitos e liberdades daqueles que não eram proprietários, que nem mesmo direito a voto tinham, de modo que, a lei – que teoricamente era para ser vontade geral e expressão da soberania popular – tornou-se vontade de um pequeno grupo e expressão da “soberania nacional” (DÍAS, 1998, p. 42).

A partir daí, surgiram outros problemas relacionados ao esvaziamento produzido pela influência Juspositivista presente no Estado Liberal desde a sua formação. Foi através dele que se produziu a ideia de redução de Direito à lei, o que contribuiu para a construção do novo modelo político dotado de um instrumento materializado e não metafísico. Em troca disso, o Direito positivo recebeu o espaço necessário para o desenvolvimento de seus postulados.

O resultado foi uma grande perda de substância do Estado, que se converteu em uma mera fórmula política vazia que poderia ser aplicada a todo e qualquer tipo de organização política. Preparado que foi pelo Jusnaturalismo com a redução do Direito a pura razão, independente da vontade, sofreu a retirada de seu conteúdo, o que se concluiu com Kelsen e sua sustentação de que, sob o ponto de vista Juspositivista – incompatível com toda espécie de Direito Natural – todo Estado tem que ser Estado de Direito em sentido formal<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Isso porque “[...] puesto que todo Estado tiene que construir un orden, un orden coactivo de la conducta humana, y este orden coactivo, sea cualquiera el método – autocrático o democrático – de su creación, y cualquiera que sea su contenido tiene que ser un orden jurídico que se va concretando gradualmente desde la norma fundamental hipotética hasta los actos jurídicos individuales, a través de las normas generales. Éste es el concepto del Estado de Derecho, que se identifica tanto con el concepto del Derecho como con el del Estado (KELSEN, 2002, p. 153).

A verdade é que – em função do distanciamento e da opção por ser uma fórmula vazia sem substância – o Estado de Direito Liberal chega ao final do Século XIX, com um quadro social dos mais desagradáveis em relação aos níveis de miséria e fome, indicando claramente o esgotamento desse modelo como postura política, econômica e social<sup>14</sup>.

Tal situação havia sido bem compreendida por Marx e Engels, sendo precisa a afirmação feita por Bonavides (1996, p. 172) quando diz que o Manifesto do Partido Comunista de 1848 “poderia ter começado com as mesmas palavras do Contrato Social. Na verdade, o que levou Marx àquela profunda e sombria reflexão crítica foi a perplexidade da mesma dor: ver o Homem escravizado”, concluindo mais adiante: “Rousseau queria a libertação política do Homem; Marx, a liberdade econômica” (BONAVIDES, 1996, p. 173).

Se, antes, quando da Revolução Francesa – fato histórico que mundializou o ideário liberal – o problema era a opressão pela questão política, para Marx o problema tornou-se econômico, pois era através do dinheiro que as pessoas tinham cerceada sua liberdade.

### *2.3 O Estado de Direito Social*

Com o objetivo de superar as dificuldades apresentadas pelo Estado de Direito Liberal, surge como alternativa o modelo do Estado de Direito Social, formulação que intenta adaptar as bases do primeiro para nele incluir os direitos sociais, revisando os dois pontos principais sobre os quais se assentava o liberalismo: o individualismo e o abstencionismo do Estado. Para tanto, sustentou-se que um Estado deveria ser intervencionista e ativo, com um poder executivo forte, bem administrado tecnicamente, tudo com o objetivo de bem controlar a

---

<sup>14</sup> A esse respeito: “Eram três as possibilidades abertas aos pobres que se encontravam à margem da sociedade burguesa e não mais efetivamente protegidos nas regiões ainda inacessíveis da sociedade tradicional. Eles podiam lutar para se tornarem burgueses, poderiam permitir que fossem oprimidos ou então poderiam se rebelar (HOBBSAWM, 2000).

atividade econômica e social e construir um estado de bem estar social (*welfare state*).

De todas as suas características, a principal era o firme propósito de compatibilizar em um mesmo sistema dois elementos: 1) o capitalismo como forma de produção e 2) a concretização de um bem-estar geral. A crença de que isso era possível constituía “*el elemento psicológico, y al mismo tiempo ideológico, que sirve de base al neocapitalismo típico del Welfare State*” (DÍAS, 1998, p. 111).

Com isso, novas funções viriam a ser reservadas aos Estados, deixando eles de apenas declarar direitos e separar poderes como na visão meramente liberal. Passariam a incorporar e declarar direitos sociais, prestações impostas ao Estado, que deveriam ser realizadas em favor dos mais desfavorecidos, o que representa, sem dúvida alguma, uma grande transformação na estrutura do antigo Estado Liberal.

Contudo, isso não foi suficiente, já que – passados alguns anos de sua implementação – duas reações foram mortais para essa forma de manifestação do Estado de Direito: de um lado, a reação marxista, a qual proclamou ser o Estado um instrumento de dominação e a necessidade de uma ditadura do proletariado; de outro, o Estados Totalitários, que transporta o poder para uma elite que se sobrepõe à massa, e não mais uma classe social<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> A primeira delas foi a reação marxista. Como acima colocado, o Estado Social é uma teoria crítica ao Estado Liberal burguês e a todos os seus fundamentos, o que é feito através da demonstração das contradições internas do liberalismo e do vazio de suas promessas. Usando esse discurso, os marxistas sustentam que o Estado é um instrumento de dominação e que a verdadeira transformação só se dará por meio de um processo revolucionário e de uma ditadura do proletariado (CONDE, 1999, p. 104). Foi exatamente isso que se tentou implantar com a Revolução Russa de 1917, à qual historiadores como Eric Hobsbawm (1995, p. 62) dão igual importância à conferida à Revolução Francesa no século XVIII. Uma segunda reação ocorreu com os chamados “Estados Totalitários” implantados no período compreendido entre as duas Guerras Mundiais do século XX. Apesar de ser um fato histórico e político de menor importância e de curta duração, merece atenção por partir de uma concepção substantiva de poder que o localiza não em uma classe social, como é o caso do liberalismo ou do marxismo. Coloca o poder em uma elite, o que justifica pela ideia de superioridade de um indivíduo sobre a massa, além da valorização de princípios como personalidade, autoridade, ortodoxia e exclusividade (CONDE, 1999, p. 106).

Com isso, evidencia-se a fraqueza teórica de suas bases, deixando claro que o Estado Social não era superação alguma do Estado Liberal, mas, sim, um ideário no qual os defeitos deste último ficaram apenas disfarçados, o que se atribuiu principalmente à fungibilidade ideológica própria e típica do Estado de Direito decorrente de sua adesão ao Positivismo Jurídico com a redução do Direito à lei. Em uma frase: o Estado de Direito tornou-se, a partir daí, em uma fórmula vazia, aplicável a todo e qualquer Estado<sup>16</sup>. Assiste-se então ao esgotamento do Estado de Direito, o que dá espaço para o surgimento de uma nova concepção onde, além da vinculação formal, o Estado de Direito poderia oferecer uma vinculação substancial ao exercício do poder.

Ou seja, a mesma insuficiência sentida com o Positivismo Jurídico chega ao Estado de Direito, independentemente de sua conformação (se liberal ou social), o que dá impulso a modificações que almejam a colocação da Constituição no centro e no topo da estrutura do Estado, a exemplo do que ocorreu na filosofia e na teoria do Direito.

## 2.4 O Estado Constitucional de Direito

Pois bem. E é com ideia de que é necessária uma vinculação formal e material das normas com a Constituição, que constrói-se a ideia de que é possível compreender-se duas formas de “Estado de Direito”: uma em sentido fraco (apenas formal) e outra em sentido forte (também substancial). Na primeira, ele será apenas e tão somente um poder conferido pela lei e exercido na forma e procedimento previstos, ao passo que na segunda (sentido forte ou substancial), ele será

---

<sup>16</sup> Elias Díaz (1998, p. 57) acrescenta: “*a pesar de todas sus protestas demagógicas y ‘revolucionárias’, la verdad es que el facismo continúa siendo capitalismo. Su crítica al individualismo y al abstencionismo liberal no alcanza y no pretende alcanzar el centro de esos mecanismos, que no es outro que ese capitalismo y esa burguesía. Al contrario, lo que hace es eliminar el obstáculo que para éste había llegado a representar el liberalismo a causa de la posible evolución y apertura de los sistemas liberales hacia la democracia y el socialismo. Evolución y apertura, en gran parte, impuesta por las exigencias de la nueva clase, el proletariado.*”

entendido no sentido de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, não só quanto a sua forma, mas também em relação a seu conteúdo (FERRAJOLI, 1995, p. 856)<sup>17</sup>.

A partir dessa separação, se torna possível buscar a transformação necessária para a superação da anterior ideia de Estado de Direito e, com isso, encontrar uma fórmula política adequada para dar conta do momento, já que essa divisão (a par das alterações na Teoria do Estado e na Teoria do Direito) importa na definição de dois modelos normativos distintos: de um lado, o modelo paleopositivista do Estado Legislativo de Direito (Estado legal) formado fundamentalmente por regras e, de outro, o modelo neojuspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), marcado pela existência de princípios e regras, com constituições rígidas e mecanismos de controle de constitucionalidade (FERRAJOLI, 2005, p. 14).

Importante registrar que, na visão de Ferrajoli (2005), Estado de Direito em sentido forte ou substancial não é o mesmo que Estado Constitucional de Direito, já que a existência do primeiro não exige a presença de uma Constituição formal. Requer, sim, a submissão da lei a princípios normativos ligados às liberdades fundamentais e à separação de poderes, o que pode ocorrer sem a presença de uma Constituição. Contudo, de qualquer sorte, mudam, em consequência, as condições de validade das leis, já que se tornam *“dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales”*, e também o estatuto epistemológico da ciência jurídica, *“a la que la possible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto”* (FERRAJOLI, 2005, p. 18).

---

<sup>17</sup> Nas palavras de Ferrajoli (2005, p.13), no caso do primeiro (formal), designa ele *“cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos”*, ao passo que, no caso do segundo (substancial), significa *“sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto), limitados o vinculados por ella, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos”* (FERRAJOLI, 2005, p. 13).

Quanto à jurisdição, também se opera uma mudança, pois sua função passa a ser aplicar à lei somente se ela for constitucionalmente válida e cuja interpretação e aplicação sejam sempre, por isso mesmo, *“un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad”* (FERRAJOLI, 2005, p. 18).

Subjacente a tudo isso, há outra transformação que decorre diretamente do constitucionalismo rígido: a subordinação da lei aos princípios constitucionais equivale a introduzir uma dimensão substancial não só em relação às condições de validade da norma, mas também em relação à natureza da democracia, já que esta passa a garantir também os direitos da minoria em relação aos poderes da maioria, que agora ficam limitados.

Desse movimento, surge o chamado “novo constitucionalismo” (ou neoconstitucionalismo), teoria que tem como objetivo principal proporcionar cobertura teórica, conceitual e normativa a esse processo de crescente importância do texto constitucional e das normas nele inseridas. É bem verdade que a palavra “neoconstitucionalismo” tem sido empregada em variados sentidos e aplicada de modo um tanto confuso, apesar do claro objetivo de indicar distintos aspectos de uma possível nova cultura jurídica (SANCHÍS, 2005, p. 123).

Mas, apesar disso, pode-se dizer que são três as designações principais para o termo: 1) constitucionalismo como um certo tipo de Estado de Direito; 2) constitucionalismo como Teoria do Direito que serve para explicar esse novo modelo; e 3) constitucionalismo como ideologia que irá justificar ou defender a fórmula política assim designada (SANCHÍS, 2005, p. 123).

Das três, merece destaque neste momento a primeira das concepções apresentadas, qual seja, constitucionalismo compreendido como um modelo de Estado de Direito em sentido forte ou substancial (para usar as palavras de Luigi Ferrajoli). Nele se evidencia a inegável centralidade da Constituição como resultado da convergência de duas tradições jurídicas. De um lado, como regra do jogo da competência

social e política, guarda o acordo de mínimos que permitem assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados e agentes políticos a fim de que sejam eles, em um espaço democrático e igualitário, *“quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico”* (SANCHÍS, 2005, p. 124). De outro, a compreensão da Constituição como a encarnação de um projeto político bem articulado, geralmente como o programa diretivo de uma empreitada que visa à transformação social e política (SANCHÍS, 2005, p. 125).

Essas duas concepções refletem os dois grandes momentos de construção do constitucionalismo ocidental e agora aparecem juntas, podendo-se afirmar que, se é correto que, no primeiro caso, o objetivo da Constituição seja determinar quem manda, como manda e até onde vai seu poder – em outras palavras, se o objetivo é o controle absoluto do poder –, no segundo caso, é condicionar o que deve ser objeto do exercício do poder de mando, ou seja, qual é a orientação política para as matérias nela previstas<sup>18</sup>.

O resultado disso será um constitucionalismo voltado à superação da debilidade estrutural do âmbito jurídico presente no Estado Legislativo de Direito. Para tanto, afirmará o caráter jurídico e vinculante dos textos constitucionais, a rigidez das Constituições e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como os direitos fundamentais, signos desse processo (CADEMARTORI, 2006, p. 20), processo que – ao seu final – se apresentará como um autêntico “câmbio genético” do

---

<sup>18</sup> Segundo as palavras de Luis Prieto Sanchís (2005, p. 126): *“sí es cierto que en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta donde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias”*.

antigo Estado de Direito, transformando-se definitivamente em Estado Constitucional de Direito (ZAGREBELSKY, 2002, p. 33).

### **3 As mudanças na atividade jurisdicional e os problemas que delas decorrem**

Como se viu, no plano geral, várias foram as mudanças ocorridas. De um lado, as que introduziram novas formas de compreender e de entender o Direito. De outro, aquelas relacionadas à compreensão das funções do Estado Moderno. Em todas elas, um ponto comum: a colocação da Constituição como elemento central do sistema jurídico e político, servindo como a síntese dessas categorias.

Disso, resultam evidentes as mudanças na atividade jurisdicional, parcela fundamental do exercício da atividade estatal e do poder a ela inerente, que podem ser assim sintetizadas: 1) Mudam os fundamentos da atividade jurisdicional, já que não há mais condições para uma atuação judicial dentro do modelo proposto pelo liberalismo em que o juiz era a boca que pronunciava as palavras da lei e tinha sua atividade limitada pelo dogma retratado pela expressão “*dura lex sed lex*”. Agora, sua atividade deverá estar focada nos critérios de justiça plasmados na Constituição, o que dá espaço para o surgimento de um novo tipo de juiz, cuja função principal agora é garantir direitos fundamentais. Se, antes, era um mediador de conflitos, agora é instrumento a serviço da garantia de direitos fundamentais; 2) muda a forma de atuação, já que, se antes o juiz era neutro, distante, mediador e só exercia sua atividade quando chamado pelas partes, no Estado Constitucional de Direito essa figura desaparece, já que o sistema impõe uma tomada de posição, um abandono da neutralidade e a tomada de partido na busca da concretização constitucional, o que acarretará manifestações mais contundentes em relação a determinados assuntos e, por fim, 3) mudam os espaços da atuação judicial, já que com a redefinição dos espaços do político e do jurídico ou, em outras palavras, das questões consideradas exclusivamente políticas e das questões consideradas exclusivamente

jurídicas, o que se constata são manifestações mais identificadas como políticas do que efetivamente como jurídicas.

Desse quadro, evidentemente, surgem dificuldades, até porque o pano de fundo de tudo é o poder estatal e, qualquer readequação a ele relacionada, faz sentir seus reflexos nos outros setores do espaço coletivo, público ou privado. E, dentre eles, o principal reflexo se dá na questão dos limites da atividade jurisdicional, campo onde tem se apresentado inúmeras dificuldades.

Na tentativa de traçar um caminho para o enfrentamento dessa questão, são necessárias duas constatações, a saber: 1) Entre os juízes, já se pode falar na natural incorporação dessa mudança, consolidando-se a ideia de que há uma nova forma de atuar no Estado Democrático de Direito com perfil social<sup>19</sup> e, 2) parcela significativa dos juízes brasileiros já internalizou a preocupação com o embate travado entre a garantia para o exercício dos direitos sociais e a exequibilidade das decisões judiciais, confronto que é o ponto central da questão dos limites da decisão judicial, onde também se percebe a falta de uniformidade na delimitação da atuação judicial quando a questão está relacionada a direitos fundamentais. A análise de decisões judiciais envolvendo

---

<sup>19</sup> Em pesquisa coordenada pela professora Maria Tereza Sadek (2006), indagados os juízes sobre as motivações das decisões judiciais, 86,5% deles responderam que as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, 78,5% julgam que se deve ter compromisso com as consequências sociais, ao passo que apenas 36,5% dos entrevistados afirmaram pensar nas consequências econômicas da decisão. Ou seja, além do respeito à lei, a preocupação social também se faz presente.

direitos sociais tem mostrado que há um elevado grau de pessoalidade na análise dessa matéria<sup>20</sup>.

Afinal, não se pode esquecer que a atividade jurisdicional é – *ultima ratio* – um ato administrativo e, como todos os demais atos, deve ter a impessoalidade como uma de suas marcas (art. 37, caput, CF).

## 4 O garantismo como resposta

Colocadas essas questões, cuidadoso exame merecem as ideias de Luigi Ferrajoli, expostas inicialmente em **Diritto e Ragione**, obra publicada na Itália em 1989 e traduzida para o espanhol em 1995, mas que segue em debate em uma série de outros trabalhos, todos fundamentais para a construção de uma “Teoria Geral do Garantismo”. No cerne de seu pensamento, a identificação de três aspectos de uma crise profunda e crescente vivida pelo Direito na atualidade.

---

<sup>20</sup> Um dos exemplos mais claros desta nova forma de atuar pode ser visualizado na decisão lançada no Recurso Especial n. 889.852, publicado no DJU de 10 de agosto de 2010, relator Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, que trata da questão da adoção de crianças por casal em união homoafetiva. A decisão foi pelo acolhimento da pretensão, ao passo que a tese vencida afirmava a impossibilidade em face da vedação legal, já que o artigo 1622 do Código Civil, à época do julgamento afirmava: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável” (tal dispositivo foi revogado pela recente Lei de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, que, ao alterar a redação do artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentou a necessidade de comprovação da estabilidade da família, preconizando: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. União entre casais homossexuais não é união estável. Contudo, e apesar disso, na decisão acima referida há o reconhecimento de que, mesmo não sendo união estável, lhe é devido o mesmo tratamento, com base neste entendimento: Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. Em outro trecho desse mesmo recurso, afirma ainda: O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

A primeira crise é a chamada “crise da legalidade”, ou seja, do valor vinculante da norma e que se expressa pela ausência ou pela ineficácia dos instrumentos de controle. A seu ver, resultado mais imediato é a ilegalidade do poder e um reflexo disso pode ser encontrado em vários Estados – europeus ou não – em que há uma espécie de Estado paralelo que funciona baseado na corrupção e se estende por todas as áreas, como a política, a economia, a administração pública, etc (FERRAJOLI, 2001, p. 15).

A segunda está ligada à inadequação das estruturas do Estado de Direito para dar conta das novas funções a ele atribuídas no chamado *Welfare State*. Se, antes, a marca fundamental do modelo na sua versão liberal era a de protetor de uma esfera de individualidade, cuja atuação não exigia apenas a imposição de limites e proibições, agora tudo muda. Exige-se do Estado de Direito Social uma atuação positiva, atuante, pró-ativa, de que resulta uma inflação legislativa que é provocada pelos mais diversos setores sociais, com leis cada vez mais específicas, parecendo meros atos administrativos. Há dificuldade para a consolidação de um sistema de garantias tão eficiente como foram aqueles criados para proteger os postulados do liberalismo, situação agravada pela acentuação do caráter incompleto, seletivo e desigual que se manifesta na crise pela qual este modelo de Estado passou no início dos anos setenta.

A terceira crise está relacionada ao debilitamento do Estado Nacional e se manifesta no deslocamento dos lugares da soberania, já que as questões relacionadas, por exemplo, às questões militares, de política monetária e políticas sociais escapam de suas fronteiras, passando a depender mais de questões externas do que de questões internas. Além disso, há um enfraquecimento do constitucionalismo, ante a inexistência de suporte teórico em Direito Internacional que resolva a inserção desses novos espaços decisórios externos no sistema das fontes de Direito.

No raciocínio de Ferrajoli, o problema central está em que essas três crises podem colocar em colapso a própria Democracia, já que a

primeira delas exsurge com maior vitalidade (e risco) comprometendo aquilo que o princípio da legalidade tem na sua versão mais pura e de mais precioso: a vinculação de todos às normas legais. E seu comprometimento leva à ilegalidade do poder e a formas neoabsolutistas de exercício do poder público de modo que, então, o Garantismo se opõe de modo veemente “*al autoritarismo en política y al decisionismo em derecho, propugnando, frente al primero, la Democracia sustancial y, frente al segundo, El principio de legalidad; en definitiva, El gobierno sub leges (mera legalidad) y per leges (estricta legalidad)*” (ABELLÁN, 2005, p. 22).

Como se vê, trata-se de uma teoria que se desenvolve no ambiente do Estado Constitucional de Direito e é própria dele<sup>21</sup>. E não traz consigo a simples defesa de um mero legalismo, até porque o Garantismo é incompatível com a falta de limitação jurídica do poder legislativo, já que a mera sujeição do juiz à lei possibilitaria a convivência com as políticas mais autoritárias e antigarantistas. Sustenta, sim, a partir de uma concepção negativa do exercício do poder (vez que reconhece que há sempre presente um potencial abuso) que sua neutralização somente ocorrerá de modo eficaz com a sustentação de uma visão instrumental do Direito e do Estado.

E para atingir essa finalidade é preciso aproveitar em grau máximo a complexidade específica dos ordenamentos de constituição rígida, marcados pela dupla artificialidade que resulta não só do caráter positivo das normas produzidas – marca fundamental do positivismo jurídico –, mas também pela sujeição destas ao Direito – marca fundamental do Estado Constitucional de Direito.

---

<sup>21</sup> Nesse passo, Garantismo e Estado Constitucional de Direito são expressões que se identificam, podendo até mesmo afirmar-se que o segundo expressa a fórmula política do primeiro, de modo que, apenas por meio desse, aquele consegue realizar seu programa, até porque “*solo este modelo político incorpora um riguroso ‘principio de estricta legalidad’, que supone el sometimiento del poder no únicamente a límites formales, sino también a los límites sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales*” (SANCHÍS, 2005, p. 41).

Afinal, agora a produção jurídica está disciplinada por normas, tanto formais como substanciais, e nessa construção as Constituições são fundamentais, já que é na sua primazia como sistema de limites e vínculos para a maioria que deve ser reconhecida a dimensão substancial da Democracia, em contraposição à dimensão meramente formal, constituída precisamente pelo princípio da maioria e que ignora o principal fundamento do Estado Constitucional de Direito: a extensão do princípio da legalidade também ao poder da maioria (FERRAJOLI, 1995, p. 11).

## **Considerações finais**

Retomando as questões até aqui suscitadas, conclui-se que as inovações detalhadas apontam semelhanças em vários níveis, a começar pelas concepções e compreensões do Direito, com o questionamento do Positivismo Jurídico, passando pelas novas conceituações propostas para o Estado com o advento das Constituições e a revisão das suas funções.

No caso do Brasil, todas essas mudanças são perceptíveis ao se fazer uma análise cuidadosa da Constituição da República de 1988, podendo-se resumir que, em relação à atividade jurisdicional – foco aqui privilegiado – as mudanças se manifestaram em vários planos e podem ser analisadas dentro da separação tradicional que é feita por Ferrajoli, quando trata da dupla artificialidade típica do neoconstitucionalismo: ao lado das vinculações formais, as vinculações substanciais, o que faz surgir um ambiente de tensão, onde o exercício da atividade jurisdicional acaba por romper os limites tradicionalmente a ele impostos.

Exemplo disso é o movimento que se vê no direito processual constitucional, ambiente em que são estudados os instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais, seja através do controle de constitucionalidade, seja através da proteção das liberdades constitucionais com os chamados “remédios constitucionais”. O estudo de um de seus mais notáveis princípios, o

devido processo legal, mostra com clareza a tentativa de romper as limitações formais com o objetivo de oferecer proteção também às questões materiais.

Com isso, mais instrumentos são colocados à disposição do juiz no desenvolvimento de sua atividade, levando-o ao abandono de sua passividade tradicional – e típica do estado liberal – para se colocar como protagonista na defesa dos direitos e garantias fundamentais. Há, então, um novo espaço de atuação jurisdicional, no qual surgem novas dificuldades em torno dos limites dessa atuação, tornando-se comum a indagação: até onde vai o poder do juiz na proteção e na garantia dos direitos fundamentais?

Uma das respostas possíveis caminha na direção do reconhecimento de que essa nova missão já está incorporada pelos juízes brasileiros, até porque boa parte deles vê a necessidade de que as consequências sociais devem estar entre suas preocupações, além da observância dos parâmetros legais e consequências econômicas das decisões proferidas.

Dessa constatação, é possível concluir que o resgate do princípio da legalidade, como proposto por Ferrajoli através da chamada “dupla artificialidade”, é um dos caminhos mais seguros para enfrentar essa difícil questão, a exemplo do que ocorreu com o direito penal, onde o princípio da legalidade (formal e material) tem sido utilizado com sucesso para evitar a permanente tentativa de endurecimento do sistema penal como resposta à criminalidade. Igual prática deveria e poderia ser adotada como os direitos sociais, em que há ainda um campo fértil para a busca de tais limites, a fim de que ajudem a justiça brasileira a encontrar parâmetros mais claros em relação à satisfação dessa modalidade de direitos.

Exemplo disso foi o que ocorreu com o direito à saúde e o direito da criança e do adolescente. Ambos foram objetos de legislações que buscaram especificar critérios de atendimento das demandas que chegam ao Poder Judiciário. Seu objetivo é claro: diminuir os espaços entregues à livre discricionariedade do juiz, tornando-a mais democrática e menos

pessoal, privilegiando a compreensão de que o fato de ser instrumento para a garantia de direitos fundamentais não autoriza qualquer agente do Estado a se arvorar em detentor de uma legitimidade inexistente em nosso sistema político, cuja marca fundamental é o equilíbrio no exercício do poder.

Evidentemente, haverá casos em que a estrita legalidade não será suficiente para tanto. Contudo, não se pode esquecer de que há um sistema de controle de constitucionalidade bem desenhado, que impõe respeito aos limites formais e materiais ditados pela Constituição, o que, por certo, contribuirá para impedir abusos legislativos ou, ainda e também, abusos nas decisões judiciais.

Trata-se de um equilíbrio necessário para o funcionamento democrático do sistema, já que a atuação isolada do Poder Judiciário, ao contrário, leva a uma concretização dos direitos fundamentais, que tem, sim, alimentado discursos de supressão deles. É bem verdade que isso ocorreu pela falta de atuação dos demais setores do Estado, em especial o Poder Legislativo, que deixou largo espaço para a atuação judicial.

Além disso, não há como negar que a possibilidade de injustiças e tratamentos desiguais é muito maior na ausência de regulamentação, sendo esta fundamentalmente a principal das vantagens que o princípio da legalidade oferece, redescoberto em meio à estrita legalidade proclamada por Luigi Ferrajoli. Com ele opera-se a uniformização das situações em que o direito poderá ser atendido, especialmente aquelas que exigem prestações positivas.

É bem verdade que nem todas as hipóteses para exercício de tais poderes serão alcançadas. Trata-se de uma impossibilidade técnica insuperável. Mas isso ainda será melhor do que deixar à livre escolha do Juiz. Afinal, não se pode esquecer que o longo caminho entre a previsão abstrata e a realidade do Direito é, e sempre será, marcado por uma série de detalhes que, caso não observados atentamente, poderão resultar na criação de situações onde poderá ocorrer a concessão em casos inadequados ou, ainda, a negativa em casos merecedores.

## Referências

ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico**. Edição de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2005. p. 21-39.

ATIENZA, Manoel. **El sentido del derecho**. 3. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007.

\_\_\_\_\_; MANERO Juan Ruis. Dejemos el positivismo para trás. **ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, México, n. 27, p. 7-28, oct. 2007. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia>>. Acesso em: 01 fev. 2010.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 4. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Puglies et al. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. **El problema del positismo jurídico**. Tradução de Ernesto Garzón Valdes. 2. ed. México: Fontamara, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Leite dos Santos. 5. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1994.

BÖKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília, DF: OAB Ed. 2002.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**. 2. ed. Campinas, SP: Millennium, 2006.

CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de derecho constitucional**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999. v. 1.

DÍAS, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 3. ed. Madrid: Taurus, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. **Derecho natural**: introducción filosófica al derecho. Madrid: Universidade Complutense, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. Los derechos fundamentales en la teoría del derecho. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001. p. 67-79.

\_\_\_\_\_. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Tradução de Andrés Perfecto Ibañez e Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 67-78.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In:

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2002. p. 78-98.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza, 1984.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch et al. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Camara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KELSEN Hans. **Teoria general del Estado**. Tradução Luis Legaz Lacambra. Granada: Comares, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **Teoria del derecho**: una concepción de la experiencia jurídica. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2009.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. Tradução de Ivone C Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. Tradução de Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Econômica, 1951.

SADEK, Maria Tereza. **Magistrados**: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Apuntes de teoria del derecho**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Tradução Aurélio Wander Bastos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 4. ed. Traducción de Marina Gáscon. Madrid: Trotta, 2002.

**Recebido em:** 15/07/2011

**Avaliado em:** 15/10/2011

**Aprovado para publicação em:** 27/10/2011