

O PODER JUDICIÁRIO E A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

Luiz Vergilio Dalla-Rosa
Mestrando em Direito UFSC

Introdução

A sociedade contemporânea, com todas as suas peculiaridades, desenvolveu, sobretudo, uma noção de organização estatal e de disposição social que imbrica-se de forma permanente na formação do indivíduo, na delimitação do campo de atuação e de possibilidade de ação, tanto quanto utiliza-se de forma precária e superficial dos conceitos que fundamentam e propiciam consistência ao arcabouço teórico explicativo, ou justificativo.

Desta forma, termos como Estado de Direito e democracia existem mais pelo hábito e pelo discurso, do que pelo seu estudo e delimitação teórica. O que se propõe este estudo é caminhar pelo desenvolvimento histórico deste Estado de Direito apontando algumas possibilidades de estendê-lo ao nível de uma democracia substancial, ou seja, de uma democracia que não se restrinja à procedimentalização e a fixação de competência, mas que, por outro lado, assuma e comprometa-se

com a esfera valorativa e material da realidade social.

Para tanto desenvolver-se-á este estudo em quatro partes: a) num primeiro momento será delineado os aspectos de identificação do Estado de direito e sua relação direta com a democracia moderna; b) em seguida, entrando na teoria do direito, será abordada a relação validade-eficácia das normas jurídicas, buscando apontar a substancialidade inerente à esta conceituação; c) delimitado o apontamento histórico, e fixada as bases operacionais na teoria jurídica, buscar-se-á no poder judiciário um instrumento concreto para a aproximação entre teoria e prática, apontando para seu caráter essencial na consolidação da democracia; e d) por fim, surgirá uma possibilidade de exercício democrático, com a instrumentalização do poder judiciário e com o manancial teórico apresentado, em vista de uma democracia que se faça substancial.

1. Estado de Direito e democracia.

Ao se falar em Estado de Direito, dentro do entendimento atual atribuído ao termo, faz-se necessário uma visualização da evolução que cercou o delineamento e desenvolvimento do conceito, que num primeiro momento pode ser identificado como Estado Legal de Direito, e desemboca em um Estado Social de Direito. Ou seja, desde as funções de proteções negativas presentes na constituição do estado moderno, até as novas garantias positivas essenciais à preservação do modelo atual.

Com a crescente complexidade das relações sociais, e o surgimento de novas realidades a serem atendidas, e também contidas, o Estado passa por uma série de adaptações na busca de abarcar melhor os seus domínios, bem como da necessidade de manter-se com um mínimo de legitimidade que é essencial à manutenção de um poder social. Neste sentido, conforme lembra Cademartori¹, Weber irá definir em seu *idealtypus*² o sistema legal-racional, que empiricamente analisado demonstra certas características que de modo global identifica o fenômeno da burocracia como forma de dominação³.

Surge a formalidade como meio caracterizador deste sistema de organização do poder social, que pode, esquematicamente, ser abordado na crescente realização estatal do governo *per leges*, *sub lege* e constitucional de direito.

No governo *per leges* o que se percebe é a fixação de normas gerais, que por terem um conteúdo de grande alcance, trata todos os destinatários de uma maneira medianamente igual, ofertando um mínimo de justiça (lembrando a colocação de Herbert Hart) na medida em que o comportamento faz-se regulado de maneira geral.

Num segundo momento, a norma com alcance geral também conterá um nível de abstração alto, ou seja, um nível de linguagem na qual todos possam inserir-se, qualquer conduta realizada por qualquer indivíduo, desde que semelhante, será alcançada pela expressão normativa.

Por fim a norma será fixada com base na vontade geral, como meio de superar os desvios absolutistas e autoritários. Esta característica teria o escopo de garantir a liberdade dos indivíduos, enquanto que a generalidade e a abstração estariam respeitando a igualdade mínima entre os mesmos. Este modelo normativo surge em superação aos modelos absolutistas, e gradualmente passa a instituir-se como uma nova forma de absolutização, desta vez legal, que culminará com a igualização entre o direito e a lei.

Voltando a escala esquematicamente apresentada, o modelo estatal-normativo aperfeiçoar-se-á um pouco mais na inclusão do próprio poder sócio-estatal na generalidade da norma, ou seja, um governo *sub lege*, com a submissão da administração e do poder público aos preceitos jurídicos.

Assim, pode-se vislumbrar dois sentidos atingidos pela submissão à lei do poder estatal: (a) um chamado fraco, ou formal, que seria a necessidade de conferência legal para o exercício do poder, bem como a sujeição à procedimentos previamente estabelecidos; (b) um sentido forte, ou material, onde a sujeição não estaria exclusivamente na previsão e na procedimentalização, mas sim na limitação dos conteúdos a serem atingidos e normados.

Da crise no início do século XX sofrida pelo modelo legalista de regulação social, fundada basicamente na incapacidade de regulação das condutas pela lei, e da revelação da falta de neutralidade na elaboração, fixação e aplicação da lei (geral e abstrata) às diversas realidades sociais, a Constituição apresenta-se como possibilidade de centralizar comandos e diretrizes de natureza política e jurídica⁴, e mais, como meio legitimador tanto do poder estatal como das realidades emergentes no seio social.

Gradativamente a constituição assume um papel de fundamento normativo, de atribuição e verificação da validade das leis existentes (e a existir), montando-se um aparato doutrinário e funcional que manterá tanto o sistema político de decisões, como o sistema jurídico de mediação e regulação, sobre o campo de atuação e vigilância da Constituição. Esta realidade pressupõe uma Constituição como fundamento inicial e final de

regulação, e para tanto, esta deve-se fazer permanente e constituída por um poder específico (fundante) legitimamente atribuído. Doutrinariamente tem-se esta constituição como rígida, ou seja, como formal e materialmente vinculada à sociedade e ao poder estatal na medida em que somente um poder igual ao instituinte terá legitimidade para modificar estes comandos principais⁵.

Esta racionalização da dominação⁶ é o auge da democracia representativa (pois o fundamento primeiro e último do poder público está estampado na Constituição que é fruto da iniciativa popular em órgãos representativos). Quando a Constituição passa de simples fundamento do poder e legitimante da sociedade para uma função de preservação e aperfeiçoamento da natureza humana, este estado passa de simples estado constitucional para um estado democrático de direito, que será explicitado na positivação de direitos naturais⁷, que passarão a fundamentais, e colocarão o cidadão como centro da realidade humana e social.

E, conforme já lecionou Norberto Bobbio:

*“Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”*⁸

Os direitos fundamentais, ao serem contemplados no estado democrático, serão não só o ponto de legitimação do poder estatal e social, como principalmente serão a medida da realização humana nas relações sociais, ou seja, serão a expressão da necessidade humana em determinado momento histórico, e sendo assim, serão a descrição do grau de racionalidade e humanidade presente na sociedade em determinado tempo. Deve-se perceber que a simples previsão legal destes direitos fundamentais na constituição estatal diz respeito à primeira posição, ou seja, a legitimação e a democratização do estado de direito. No entanto, a efetividade social, e somente ela, destes direitos fundamentais na esfera individual do cidadão é que irá contemplar a segunda asserção acima exposta, ou seja, a capacidade de humanização das relações sociais, e mais, a capacidade de racionalidade e sociabilidade dos órgãos e dos detentores das decisões políticas e jurídicas de alcance social⁹.

Uma importante diferenciação na teoria garantista é apontada por Ferrajoli¹⁰ ao tratar dos poderes em contraposição aos direitos fundamentais, onde para caracterizar situações jurídicas em que atos de disposição e potestativos estarão presentes correspondendo a poderes do sujeito detentor sobre os demais, necessitar-se-á da outorga de título capaz de reproduzir tal conduta, bem como de

meios e causas que originem esta situação. Ao contrário, os direitos fundamentais não necessitam de título algum, sendo antes imunidades inerentes aos indivíduos, e que se encontram simplesmente reconhecidas na constituição, dando-lhe legitimidade. Esta diferenciação torna-se explícita na distinção entre os direitos de liberdade e o direito de propriedade, que ao exigir título e causa para seu exercício e disposição, gera efeitos que se convertem em direitos e obrigações, distanciando-se do núcleo dos direitos fundamentais, pois estes não necessitam de nenhum título aquisitivo, e muito menos podem ser dispostos segundo a vontade individual.

Por fim, mais uma vez buscando o pensamento de Cademartori, identifica-se uma característica importante na observação do fenômeno jurídico, onde não só os direitos fundamentais como todos os demais previstos no ordenamento tem natureza contrafática, ou seja, deve-se, com Kelsen, distinguir entre o *Sein* e o *Sollen*, ao referir-se à teoria do direito. A confusão nesta diferenciação é que dá margem a diversas situações onde a confusão entre validade e eficácia de normas, existentes nas diversas teorias, impossibilita uma atuação concreta da esfera jurídica quando de situações limítrofes, ou difíceis¹¹, sendo a proposta garantista a busca de superação desta dificuldade, oferecendo todo manancial teórico-instrumental para a atuação dos operadores jurídicos.

2. A relação validade-eficácia e sua substancialidade jurídica

A partir da consolidação do modelo positivista na campo jurídico, e a consequente deslegitimação, ou desvinculação do jusnaturalismo como fundamento do direito, passa-se a entender as bases do fenômeno jurídico na própria análise de sua realidade empírica. Desta forma os fundamentos metafísicos são deixados de fora da teoria do direito, e a consequente separação da Moral e da Ética com relação ao Direito é posta em evidência.

As reflexões sobre o direito são postas em reflexões de ordem fática, normativa e social, todas em âmbitos separados, como parte de um fenômeno, que ao ser analisado foi destituído de sua totalidade¹².

Nesta perspectiva, o tratamento em teoria do direito dado à relação entre eficácia e validade é de extrema importância, e foi objeto de diversas confusões nas diversas teorias a respeito. O pensamento predominante na comunidade jurídica, como resultado destas confusões teóricas, é no sentido de considerar válidas as normas que, pertencendo a um ordenamento, foram produzidas de acordo com as previsões procedimentais e de competência do ordenamento mesmo. A eficácia, por seu lado, diz respeito a conduta dos indivíduos de acordo com as previsões normativas, e mais, com a aplicação de sanções às condutas negativamente previstas nos comandos

normativos quando do descumprimento.

Ao tratar do tema, Hans Kelsen¹³, que parte do pressuposto da distinção entre as prescrições normativas (dever ser) e a realização efetiva de tais prescrições (ser), inicialmente distingue a validade - a correspondência hierárquica existente entre a norma inferior e a superior, numa escala crescente até a pressuposição da *grundnorm* - da eficácia, que seria a prática individual das condutas prescritas as quais a não atuação pressupõe uma intervenção de ordem coativa pelo ordenamento.

Nesta medida, tem-se que a validade seria uma relação de existência no âmbito da teoria do direito (dever ser), enquanto que a eficácia não estaria dentro desta realidade, mas sim o mundo dos fatos (ser), e seria objeto da sociologia jurídica e não da teoria do direito.

No entanto, na segunda edição da Teoria Pura do Direito (1960), mas observável já nas obras subsequentes à primeira edição (1934)¹⁴, Kelsen, ao reportar-se à validade da norma hipotética fundamental (conceito de caráter hipotético, como pressuposto lógico e racional de validade do ordenamento, que Kelsen necessitou deduzir para fundamentar sua tese) passa a entender que a eficácia do ordenamento é fato essencial para a validade de suas normas. Com esta aparente contradição, Kelsen busca, logicamente, resolver o problema da realização fática no direito, ao atribuir a eficácia da norma fundamental a condição de validade do

direito, ao atribuir a eficácia da norma fundamental a condição de validade do ordenamento, e que, portanto, em sendo condição não pode ser equiparada ou confundida com o condicionado¹⁵.

Por fim, Kelsen somente vincula a eficácia à validade das normas individuais de maneira indireta, pois tem-se que a eficácia faz-se necessária como condição de existência do ordenamento como um todo, atingindo as normas secundariamente.

Em Hart¹⁶ o tratamento dado ao tema é no sentido analítico, pois para este autor seria válida a norma que corresponde-se ao ordenamento como todo, sendo que o último critério para atribuição de validade a norma seria a chamada *regra de reconhecimento*, que é recebida intuitivamente e separa o mundo normativo jurídicos dos demais.

Tal regra, para Hart, seria uma norma, e não um fato, desvinculando, como Kelsen, a validade da eficácia. A grande contribuição, entretanto, à teoria do direito, foi a adoção de um ponto de vista interno, que pressupõe a eficácia do ordenamento, e trabalha com critérios de validade. E, em consequência, um ponto de vista externo, que poderia trabalhar com a eficácia de tais normas como meio de verificação empírica e de estudo de condutas.

Ronald Dworkin¹⁷ em crítica ao positivismo tradicional, em específico as posições de Hart, irá sustentar

que ao deparar-se o juiz com casos controversos (*hard cases*) não consegue identificar o fundamento de sua decisão na simples subsunção legal, necessitando, sim, da apreensão dos princípios plasmados na sociedade, e não das normas existentes enquanto produzidas pelo procedimento previsto no ordenamento, para a aplicação do direito ao caso concreto.

Quando surge a necessidade de aplicar-se a regra de reconhecimento em casos controversos, o juiz não consegue buscá-la, conforme Hart, nas normas singulares do ordenamento a sua validade, mas sim nos princípios existentes no entendimento geral, ou dedutíveis do ordenamento como todo. Desta forma, afirma Dworkin, os princípios reconhecidos no seio social fariam parte da regra de reconhecimento também, e como tal, a eficácia passaria a ter papel fundamental na delimitação desta regra.

Em oposição direta ao pensamento dos autores acima expostos está Alf Ross, que, prudente com sua tradição escandinava, irá destituir de importância qualquer tentativa de atribuir relações e conceitos que não esteja calcada na realidade fática dos mesmos. Desta forma, ao tratar do tema, Ross, que tem na norma um esquema qualificante de determinados fatos, vê a validade como a capacidade de usá-se esta norma na qualificação dos fatos sociais. Está norma, portanto, somente seria útil nesta qualificação quando devidamente reconhecida e

observada nas relações sociais, ou melhor, quando eficaz. A validade seria o resultado obtido com a eficácia da regra.

Já Norberto Bobbio, com sua constante didática, irá procurar estabelecer um ponto comum ao tema, distanciando-se das confusões produzidas, segundo o autor, pelo realismo jurídico. Para tanto, distingue a validade, que identificaria a existência específica da norma segundo critérios procedimentais empíricos, da eficácia, que seria o cumprimento de tais normas pelos destinatários, bem como a aplicação das mesmas pelos tribunais. O que se ressalta é o tratamento da validade da norma, como atestado de existência, onde o autor italiano não busca somente na correspondência correta dos procedimentos e competências previstos nem normas superiores quando da elaboração de normas inferiores, mas também na correspondência de conteúdos com as normas superiores, que em não existindo estariam eivando de ilegitimidade as mesmas.

Neste passo, o garantismo apresenta-se como uma teoria contemporânea, buscada no direito penal, que remonta a caracteres iluministas e que se restringe ao Estado de Direito, ou seja, onde a Constituição faz-se presente e baseada em direitos fundamentais cuja limitação impõe-se ao próprio poder público, conforme visto acima.

Este modelo explicativo do Estado de Direito¹⁸ tem como base de

observação a realidade de que nestes ordenamentos tem-se uma Constituição, ou normas superiores, eminentemente garantistas; e, por outro lado, uma legislação infra-constitucional, ou normas inferiores, eminentemente anti-garantistas.

Assim, importante é a inovação, dentro da discussão teórica do direito enquanto fenômeno, proposta pelo garantismo, redefinindo e diferenciando a validade da eficácia da norma, acrescentando uma nova conceituação de vigência. Portanto, vigente seria a norma jurídica produzida em respeito aos procedimentos e competências previstas no ordenamento, e daria a condição de existência a estas normas. A validade, por sua vez, seria o respeito ao conteúdo do ordenamento, ou ainda, a correspondência substancial entre o conteúdo normado e os limites existentes no ordenamento (direitos fundamentais). Por fim, eficaz seria a norma que concretamente realiza seu comando, quer pelos cidadãos no cumprimento da prescrição, quer os órgãos judiciais no cumprimento das prescrições negativas quando do descumprimento por parte dos cidadãos.

Desta maneira tem-se delimitado a possibilidade de uma norma ser vigente, porém inválida, por não corresponder materialmente com os limites existentes no Estado de Direito. Da mesma forma, evita-se, pela simplificação, a legitimação ideológica de um direito inválido vigente.

Com esta aceção, surge uma importante delimitação do fenômeno

limitativo da validade do direito, respeitando o seu dever ser, e não o ser. Desta maneira, conforme Cademartori¹⁹, cada nível normativo representa sua normatividade em relação ao nível inferior, porém em relação ao nível superior explicita-se sua faticidade. Por estar presente esta faticidade, decorre naturalmente, no direito vigente, a presença da incompletude e da incoerência. E a posição garantista seria justamente a explicitação destas normas inválidas, ou ineficazes, na busca crescente do aperfeiçoamento do direito enquanto meio de realização do cidadão.

3. O poder judiciário como instrumento democrático.

Explicitado o campo de abrangência do manancial teórico envolvido no estudo, qual seja, os ordenamentos jurídicos existentes dentro do Estado Democrático de Direito²⁰, e sua correlação imediata com o fenômeno jurídico, enquanto meio pendular, de realização e controle efetivo da possibilidade de existência democrática das relações político-jurídicas e seus reflexos sociais, faz-se necessário uma rápida análise do perfil do poder judiciário - enquanto meio institucional necessário à concretude democrática - para em seguida apresentar a instrumentalidade alcançada com a explicitação do juízo substancial decisivo na aplicação e respeito aos comandos constitucionais, não mais sujeitos a

regularidade formal, mas sim como determinantes materiais das condutas, e nas normas reguladoras das mesmas.

Inicialmente é importante referir a distinção existente, e consagrada pela maioria dos autores, quando da análise descritiva de determinado objeto de verificação, entre as funções manifestas e as funções latentes presentes nas instituições de um modo geral, e especificadamente no poder judiciário. Qual seja, a distinção entre as funções presentes no discurso oficial e aquelas realmente postas em prática nas relações sociais²¹. Desta distinção infere-se que a orientação política razoável irá sempre buscar aproximar da estrutura as condições de cumprimento das funções manifestas. Em referência ao judiciário esta realidade vê-se dificultada justamente por não estarem suficientemente fixados seus limites e mesmo suas funções manifestas.

A partir desta dificuldade, comecem a surgir discursos a respeito da instituição que giram em torno de um conceito amplo que se pode identificar como crise²², o que, acompanhando o posicionamento do mestre argentino, não deve ser o tema central de discussão (sobre a existência ou não de uma crise²³), mas que deverá seguir no sentido de ater-se à sensação que se cria em torno de suposta crise. Como exemplo pode-se citar certos fatos da realidade social, como a explosão de litigiosidade²⁴, o aumento da burocracia estatal, a produção legislativa disparte (contraditória) e até a supressão do po-

discussão (sobre a existência ou não de uma crise²³), mas que deverá seguir no sentido de ater-se à sensação que se cria em torno de suposta crise. Como exemplo pode-se citar certos fatos da realidade social, como a explosão de litigiosidade²⁴, o aumento da burocracia estatal, a produção legislativa disparate (contraditória) e até a supressão do poder legislativo pelo executivo (medidas provisórias), que culminam com uma atribuição de caráter extremamente político aos juízes, aumentando sua discricionariedade, acarretando numa cobrança pública dos erros em escala bem superior à cobrança em relação aos outros órgãos do Estado.

Outro ponto de necessária citação é a constatação da falta de uma base teórica que possa estudar e fundamentar uma teoria política da jurisdição, o que deixa de lado o esclarecimento da função manifesta do poder judiciário, distanciando a análise da função realmente exercitada pelo judiciário, bem como impossibilitando, ou desviando a crítica construtiva e necessária à estrutura institucional.

O grande problema vislumbra-se por Zaffaroni é a soma da omissão política à omissão teórica, que pode ser atribuída ao próprio descrédito da instituição, que não vê interesse na teorização das práticas realizadas, por não acreditar no poder atribuído, bem como por temer o desconhecido como potencialmente perigoso²⁵.

Como corolário desta exposição inicial, frisa-se a necessidade de um

poder judiciário presente e moderado para a estabilização democrática de um sistema político, ou seja, o constante massacre midiático de desmoralização do judiciário, seu inchaço administrativo e sua forte ascendência política faz com que se dificulte sua democratização interna, e reflexamente, sua atividade essencial de promoção da sociedade democrática.

Alguns argumentos teóricos podem ser expostos no intuito de ajudar a evidenciar a incapacidade de se sustentar uma sociedade democrática nas bases apresentadas pelo sistema vigente; para tanto coloca-se em dúvida as funções manifestas do poder judiciário, ou seja, aquelas funções que tradicionalmente (mesmo a falta de uma teoria política da jurisdição) atribuem-se à instituição.

Partindo-se do pressuposto de que as funções do judiciário podem resumir-se, atualmente, ao seu autogoverno, ao controle de constitucionalidade e a solução de conflitos, por si só mostra-se a complexidade de entendimento e de visualização dessas funções na prática social.

Nestes aspectos é importante salientar as objeções que se levantam no sentido do caráter burocrático e aristocrático do judiciário. Com relação ao primeiro tem-se sua manifestação explícita no distanciamento feito por Carl Schmitt entre o liberalismo e a democracia, com a exclusão do controle de constitucionalidade como obstáculo à realização das diretrizes polí-

ticas do Estado, utilizando-se para tanto de uma burocratização da prestação jurisdicional como meio de liberar a atuação política de um modo geral. O segundo caráter já merece uma maior atenção, pois trata-se do velho argumento retórico de que, por não serem eleitos diretamente pelo voto da população, os juízes não teriam competência para legislar, e desta maneira, para controlar a constitucionalidade desta legislação. Na medida em que sua composição é reflexo de uma classe dominante, ou privilegiada, seria pois uma casta aristocrática desprovida de legitimidade para intervir no processo de criação jurídica, devendo manter-se exclusivamente como aplicador das normas confeccionadas pelo legislativo (e atualmente executivo, também).

Como superação desta visão deturpada, Zaffaroni parte para duas refutações, uma de caráter mais argumentativo, que seria a explicação de que numa democracia não seria legítimo a atuação social somente àquelas que possuíssem o aval do voto direto, mas que o sistema democrático pressupõe justamente uma delegação e uma moralidade distribuída organicamente entre os funcionários dos órgãos do Estado. Porém, numa refutação histórica, busca um argumento do juiz Marshall, que tem uma força explicativa muito maior e mostra como o próprio conceito de constituição e de poder judiciário necessitam deste controle da constitucionalidade,

na medida em que se entende que a constituição é a base que legitima toda legislação: assim, não faria sentido que o juiz aplicasse uma norma cuja coerência não está presente, por desrespeito aos princípios ditados pela carta constitucional, não constituindo direito, portanto. Por outro lado, caso entenda-se que a constituição encontrasse no mesmo nível ordinário, ela nada mais seria do que a tentativa popular de limitação de um poder em si ilimitável. A clareza deste raciocínio emudece qualquer tentativa de melhor explicação.

Outro aspecto relevante diz respeito à evolução do processo de diferenciação orgânico-funcional do judiciário, ou seja, o problema decorrente do surgimento do controle de constitucionalidade das leis, tanto em seu caráter abstrato e concentrado (Áustria, com Kelsen) e suas evoluções no período entre guerras, como de seu caráter difuso (Estados Unidos). E mais, da necessidade permanente deste controle, mesmo quando não reconhecido pelo sistema jurídico e político de um país, na medida em que constitui parte essencial do raciocínio elaborado pelo magistrado quando da aplicação legislativa ao caso concreto, e da elaboração de uma decisão. Desta pequena análise surge a necessidade de lembrar duas características essenciais da instituição como forma de organização social, que alcança não só o poder judiciário como órgão do Estado, mas também os juízes como

dentro das decisões e da organização do poder judiciário.

É neste sentido que se pensa numa democratização do poder judiciário, nunca cogitando ou buscando um estado de perfeição, mas sim de um constante diálogo e equilíbrio entre poderes e funções diversas, com alcance na sociedade de formas diferentes, e que sirvam de espelho da consciência e atuação democrática da sociedade como um todo.

4. A democracia substancial.

Por fim, como corolário de toda a exposição realizada, cumpre-se a identificação dos vários aspectos delineados na sua relação direta com o processo democrático, em seu sentido material e real, superando os aspectos formais e privilegiando os conteúdos essenciais à promoção da liberdade individual e do respeito social.

Neste sentido deve-se explicitar a necessidade fundamental de direitos individuais e sociais (historicamente conquistados) que formem a base do Estado de Direito, e suas correspondentes garantias. Deve-se ter em mente que, no referente aos direitos de liberdade, cuja ordem ao poder público é de proibição, estes não possuem conteúdo definido, limitando-se ao estabelecimento de limites e condições para o seu exercício. Ao contrário, os direitos sociais possuem justamente o seu conteúdo determinável, e para tanto o Estado recebe ordens normativas de realizar. Mesmo aceitando a hierarquização dos próprios direi-

tos fundamentais, que no garantismo tem a vida e a liberdade de consciência como pontos de partida, estes diferenciam-se de suas garantias, que seriam técnicas de limitação da atuação do estado referentes aos direitos de liberdade; e mais, técnicas de implementação dos direitos sociais²⁸.

Ao esclarecer a noção de Estado de Direito, sua relação com a democracia é tratada de forma conjunta²⁹, na medida em que se diferencia legitimidade formal de legitimidade substancial, que seriam condições impostas ao exercício do poder. Este condicionamento interfere diretamente na produção de regras, e pode ser aclarada nas expressões *quem pode decidir* e *como se deve decidir*, que seriam as regras que identificariam a forma de governo, que por sua natureza aufere o caráter democrático (ou não) de um governo. Por outro lado, a existência de regras no sentido de *sobre o que se deve decidir* e *o que não se deve decidir*, que representam na sua presença o caráter normativo, ou *de direito*, estruturante do poder na sociedade, e presente no sistema jurídico.

Ferrajoli entende que esta realidade muda a legitimação do poder e do Estado, na medida em que as expectativas dos direitos fundamentais liberais seriam àquelas de não piorar ou regredir a situação individual, enquanto que as expectativas geradas pelos direitos sociais seriam a busca de melhorar as condições dos indivíduos que, mesmo tendo seus direitos individuais garanti-

deve decidir e o que não se deve decidir, que representam na sua presença o caráter normativo, ou *de direito*, estruturante do poder na sociedade, e presente no sistema jurídico.

Ferrajoli entende que esta realidade muda a legitimação do poder e do Estado, na medida em que as expectativas dos direitos fundamentais liberais seriam àquelas de não piorar ou regredir a situação individual, enquanto que as expectativas geradas pelos direitos sociais seriam a busca de melhorar as condições dos indivíduos que, mesmo tendo seus direitos individuais garantidos, não conseguem usufruir desta situação por não lhes ser propiciada uma igualdade de condições de fruição. O objetivo e o ideal dos direitos sociais seria melhorar, e não manter, a situação dos indivíduos³⁰.

Surge, espontaneamente, no discurso garantista, a distinção entre a democracia (enquanto forma de exercício do poder) formal - que se caracteriza pela representatividade, baseada no princípio da maioria como fonte de legalidade; e substancial - como estado possuidor de garantias efetivas (quer liberais, quer sociais). Assim, o garantismo seria a base de uma democracia substancial, ou seja, que tenha como objetivo o enriquecimento e o aperfeiçoamento do cidadão, enquanto indivíduo, e para tanto, respeitando não só a integridade e unidade do indivíduo (*direitos de*), como buscando diminuir e efetivar condutas de igualização entre os indivíduos (*direitos a*).

Feita esta generalização, identifica-se uma incongruência no sistema, e a isto Ferrajoli chama de aporia da irreduzível ilegitimidade jurídica dos poderes públicos no estado de direito. Ora, esta explicação não seria necessária caso o ser humano não possuísse uma tendência generalizada a ocultar e a utilizar em benefício próprio (mesmo que modificando pensamentos) idéias que não o seriam possíveis se estivessem bem explicitadas. A transparência com que ser percebe, no Estado de Direito, de caráter eminentemente garantista, a proteção não se dá unicamente por condutas negativas, mas sim, com a presença de direitos sociais que exigem condutas positivas dirigidas ao poder público, e este, como integrante do sistema, atua de forma a estipular e a contribuir na delimitação destes mesmos direitos. Sendo assim, numa constatação empírica, pode-se perceber uma constante falha, ou atraso, entre a fixação e garantia formal de direitos sociais e a aplicação e garantia material destes mesmos direitos. Um governo jamais conseguiria implantar políticas de alcance social conforme a necessidade desta sociedade, pois a cada passo cumprido surgiriam novas necessidades a serem pleiteadas.

No entanto, ao invés de voltar-se ao modelo de garantias individuais negativas, pela impossibilidade de chegar-se as garantias positivas de forma plena³¹, o garantismo apresenta-se como o instrumento de produção

Ora, com esta delimitação substancial dos direitos sociais enquanto prescrições positivas de implementação de uma realidade democrática, a distinção oferecida³² entre a vigência e a validade das normas jurídicas passa a ter papel fundamental no raciocínio jurídico dos operadores do direito. Ou seja, ao analisar qualquer fato ou situação trazida à apreciação jurisdicional, deve o magistrado, não apenas atinar para a regularidade formal (juízo de vigência) do direito que se apresenta para regular o caso, mas sim, prioritariamente, analisar a coerência e o respeito do conteúdo da norma a ser aplicada com os ditames constitucionais (juízo de validade), em especial aos direitos fundamentais expostos de maneira não só explícita, como implícita na constituição.

5. Considerações finais.

Dentro de toda esta realidade político-institucional que permeia toda a sociedade, o poder judiciário encontra-se, conforme já exposto, como garantidor, ou moderador, das relações de poder espontaneamente encontradas nas relações sociais. Desta forma apresenta-se com instrumento a favor da substancialidade democrática a atuação coerente do poder judiciário, através de seus representantes que se identificam na figura dos juízes, e que dispõem, conforme explicitado, de todo um instrumental teórico, decorrente da constituição brasileira, para tal ação.

Desde o momento da previsão constitucional de direitos cujas garantias prevêm prestações positivas de adequação e provisão social, a vinculação material ao conteúdo destes direitos faz-se obrigatória, conforme demonstrado na análise relativa aos juízos de vigência e validade, e portanto, a atuação dos juízes deve, em superação prática e concreta à desmistificação das funções manifestas, direcionar-se neste sentido, como garantia da substancialidade democrática no Estado de Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade - uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CHARVET, Dominique. Crise da justiça, crise da lei, crise do estado. In: POULANTZAS, Nicos. *O estado em crise*. Trad. Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1977, p. 240-272.
- COELHO, Luís Fernando. Lógica jurídica e interpretação das leis. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- CRUZ, Paulo Márcio da. O parlamentarismo racionalizado como condição da democracia em estados contemporâneos: França, Portugal e Alemanha como sistema para análise. Tese de doutoramento defendida no dia 21.07.99, UFSC.
- DIGGINS, John Patrick. Max Weber - a política e o espírito da tragédia. Trad. Liszt Vieira e Marcus Lessa. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- DWORKIN, Ronald. Taking right seriously. Cambridge, Mass.: Havard University Press, 1982.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Madrid: Trotta, 1995.
- HART, Herbert. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.
- HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Fabris Editor.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra: A. Amado, 1979.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Pela mão de Alice - o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1994.

WEBER, Max. Economia y sociedad - esbozo de una sociologia comprensiva. Fondo de Cultura Económica, 1984.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Poder judiciário - crise, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavarez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

¹ CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade - uma abordagem garantista. p. 17-18.

² O conceito do 'tipo ideal' weberiano pode ser identificado em sua obra *Economia y Sociedad. Esbozo de una sociologia comprensiva*, e foi apropriado em diversas correntes das ciências sociais, bem como na epistemologia. Segundo John Patrick Diggins, os tipos ideais são *categorias heurísticas que servem ao propósito de colocar questões e clarificar conceitos. São simplificações exageradas da complexidade dos dados históricos, de forma que o comportamento pode ser analisado em vista da sua aproximação ou afastamento do modelo ou 'ideal', isto é, dos seus atributos completos* (in Diggins, John P. Max Weber - a política e o espírito da tragédia, p. 155).

³ cabe lembrar que neste tipo ideal de conceituação, Weber ao tratar do modelo racional-burocrático tem no poder judiciário sua mais completa realização.

⁴ Sobre a realidade da legitimação jurídica da constituição, ver HESSE, Konrad. A força

normativa da constituição. Nesta pequena grande obra o autor contrapõe-se a Ferdinand Lassale (que via na constituição uma representação formal das relações de poder encontradas na sociedade) com um pensamento claramente demonstrado da possibilidade, e necessidade, de uma 'vontade de constituição', que caracterizaria sua força normativa. Esta discussão possibilitou o surgimento de estudos que levariam a prevalência não só formal, mas material, da constituição dentro de um ordenamento jurídico válido.

⁵ Uma das grandes contribuições da teoria kelseniana foi o corte epistemológico realizado na ciência jurídica em relação às demais ciências sociais, na medida em que delimitando a esfera própria da teoria do direito pode-se observar a constituição e sua legitimação como sustentáculo de um ordenamento válido.

⁶ CADEMARTORI, Sérgio. *Op. cit.* p. 32.

⁷ Os direitos naturais aqui referidos (com base na teoria garantista de Luigi Ferrajoli) são entendidos não como direitos pré-existentes, ou supra-existentes à natureza humana, por influência de uma ordem superior e alheia; mas

referem-se unicamente a toda sorte de direitos elencados nas diversas declarações de direitos do homem surgidas com o advento da Revolução Francesa, ou seja, embora se utilize a mesma denotação, a conotação referencial é totalmente alterada com fins a explicitar a natureza fundamental de tais direitos.

⁸ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. p. 01.

⁹ neste momento a presença e atuação dos operadores jurídicos faz-se essencial não só para alcançar este objetivo como para legitimar sua função.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. p. 908.

¹¹ Parafraseando Ronald DWORKIN, que em sua obra *Taking Rights Seriously* expõe sua noção acerca do fenômeno jurídico, contribuindo para a delimitação teórica efetiva da natureza normativa dos princípios jurídicos (quer constitucionais, quer sejam deles dedutíveis) que aparecem como única possibilidade de resolução de situações por ele denominadas de *hard cases*.

¹² Ver COELHO, Luís Fernando. Lógica jurídica e interpretação das leis. p. 15 e ss.

¹³ In Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito.

¹⁴ Kelsen publicou a primeira edição da Teoria Pura do Direito em 1934, em língua alemã, a qual sofreu algumas alterações no decorrer dos anos e do aprofundamento teórico do autor. De grande importância para as modificações ocorridas na obra foi a mudança do autor para os Estados Unidos, que o colocou em frente a uma realidade um tanto diferente do fenômeno jurídico, e exigiu um aperfeiçoamento no tratamento do conceito de eficácia e sua relação com a validade do ordenamento. A esta edição de 1934, seguiram-se outras duas, publicadas com título di-

ferente (Teoria Geral do Estado e do Direito - 1945, em inglês - EUA, e 1953, em francês - Suíça) culminando na segunda edição com título de Teoria Pura do Direito, em 1960, novamente em língua alemã.

¹⁵ Deve-se este posicionamento ao estudo realizado no intuito de separar a lógica formal aplicável a todos os conceitos lógicos, da lógica modal e deontica que irá aplicar-se aos conceitos normativos.

¹⁶ In HART, Herbert. O conceito de direito.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*

¹⁸ Ver *Supra* item 1.

¹⁹ CADEMARTORI, Sérgio. *Op. cit.* p. 83.

²⁰ A expressão Estado Democrático de Direito, para a corrente garantista, é utilizada pela redução exclusiva a Estado de Direito. Tal é o sentido utilizado neste estudo.

²¹ Tal é o posicionamento inicial, também, de Eugênio Raúl Zaffaroni, que ao tratar do assunto distingue segundo as bases acima esclarecidas (in ZAFFARONI, Raúl. Poder Judiciário - crise, acertos e desacertos. p. 22).

²² Aqui entendida em seu sentido amplo, significando tanto a tradicional interpretação que vê na crise um momento de desequilíbrio e caos, como numa visão mais sistêmica ou estrutural, que entende-a como um momento de superação e mudança.

²³ Cabe, no entanto, mencionar o excelente trabalho desenvolvido por Dominique Charvet (in Crise da Justiça, crise da Lei, crise do Estado, ensaio presente na obra O Estado em crise, sob organização de Nicos Poulantzas) onde o autor trabalha sobre a variável da necessidade conceitual de crise no poder judiciário.

in SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução a Sociologia da Administração da Justiça.

ção da democracia em estados contemporâneos: França, Portugal e Alemanha como sistema para análise.

²⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Poder Judiciário - crise, acertos e desacertos. p. 32 e ss.

³² Ver *Supra* item 2.

²⁶ Doutrinariamente estas duas perspectivas são tomadas como ponto de vista interno e externo do fenômeno.

²⁷ Trabalho realizado pela quase totalidade dos eminentes juristas advindos do movimento social da década de 60, bem como da guinada conceitual alcançada pela classe intelectual com o movimento de maio de 68, na França.

²⁸ CADEMARTORI, Sérgio. *Op. cit.* p. 86.

²⁹ Isto pela possibilidade (historicamente verificável) de existir Estado de Direito não democrático.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 862.

³¹ como são as políticas internacionais em relação a países em desenvolvimento, e que parecem estar alcançando, com o fenômeno da globalização, os países desenvolvidos. Vide para tanto o enorme corte realizado nas políticas sociais na Dinamarca, que até o início da década possuía 1/3 (aproximadamente 2,6 milhões de pessoas) de sua população dependente, direta ou indiretamente, de benefícios estatais. Com o descortinamento da política econômica neoliberal em nível global, antecipado pela derrocada do comunismo no leste europeu, esta realidade foi modificada radicalmente, ocorrendo cortes no assistencialismo, bem como a diminuição de subsídios governamentais (muitos outros países passam por esta transformação, como a Suíça, Suécia) - conforme Paulo Márcio da Cruz, em tese de doutoramento sob o título Parlamentarismo racionalizado como condi-