

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO**

**Danton Fillipe Grossi Gangana**

**O ESTADO (LIBERAL) DE DIREITO CONTRA A *DEMOKRATIA*:  
da liberdade-privilégio à exceção jurisdicional**

**Belo Horizonte**

**2019**

**Danton Fillipe Grossi Gangana**

**O ESTADO (LIBERAL) DE DIREITO CONTRA A *DEMOKRATIA*:  
da liberdade-privilégio à exceção jurisdicional**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Andityas Soares de Moura Costa Matos.

Área de concentração: Filosofia do Poder e Pensamento Radical.

**Belo Horizonte**

**2019**

---

G197e Gangana, Danton Filipe Grossi  
O Estado (liberal) de direito contra a demokratia: da liberdade de privilégio à exceção jurisdicional / Danton Filipe Grossi Gangana. — 2019.

Orientador: Andityas Soares de Moura Costa.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito – Filosofia – Teses 2. Democracia – Teses 3. Estado  
4. Liberalismo – Teses 5. Propriedade privada – Teses I.Título

CDU(1976) 340.12

---

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167.

**Danton Fillipe Grossi Gangana**

**O ESTADO (LIBERAL) DE DIREITO CONTRA A *DEMOKRATIA*:  
da liberdade-privilégio à exceção jurisdicional**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Andityas Soares de Moura Costa Matos.

Área de concentração: Filosofia do Poder e Pensamento Radical.

Componentes da banca examinadora:

---

Professor Doutor Andityas Soares de Moura Costa Matos (Orientador)  
Universidade Federal de Minas Gerais

---

Professor Doutor Ramon Mapa da Silva (Titular)  
Fundação Presidente Antônio Carlos de Itabirito

---

Professor Doutor Marcelo Ramos Maciel (Titular)  
Universidade Federal de Minas Gerais

---

Professor Doutor Marco Antônio Sousa Alves (Suplente)  
Universidade Federal de Minas Gerais

Belo Horizonte, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019.

Dedico este trabalho a todos os afetos que trago e levo em minha vida.

## AGRADECIMENTOS

É difícil nomear cada uma das pessoas que me ajudaram no processo da dissertação e do mestrado. Embora a dissertação seja uma produção solitária é resultado de um projeto coletivo, da comunidade que convivo. Ainda assim sinto a vontade de pontuar que algumas pessoas tiveram grande importância na origem e no desenvolvimento deste texto. Inicialmente quero agradecer ao meu orientador Andityas Soares de Moura Costa Matos por ter despertado e nutrido em mim, desde a graduação com as disciplinas optativas que ministrou, um interesse pela filosofia radical e pelas ciências políticas. O interesse se desenvolveu ainda mais no grupo de estudos de filosofia radical, onde encontrei companheiros singulares com ideias destoantes, mas com um projeto convergente. Agradeço a essa multidão, em especial à Devaroop, que apesar de não termos compartilhado tanto tempo e espaço acadêmico, é de uma inspiração ímpar, obrigado por aquele longo abraço naquela tarde específica.

Gostaria de agradecer à minha família, em especial minha avó e minha mãe, além do meu pai, que desde o dia em que me adotou acreditou e fomentou o meu estudo, e assim continua.

Agradeço à Laura por te me incentivado e acreditado em mim antes de eu pensar em trilhar esse caminho. Obrigado a todos os meus amigos pelos momentos de sossego, mas em especial ao André Bueno, pelas noites de conversa e pela força nesses dias finais, à Lorena e Mônica pela disponibilidade nos dias mais difíceis e nos mais fáceis, à Saelli pela companhia nas solitárias tardes da FACE e ao Tavos pelo ombro e abraço em todos os momentos que precisei. Agradeço à Flavia pela inesperada companhia, incentivo e compreensão nesses momentos finais.

Agradeço também ao Professor Marcelo Cattoni, pela atuação correta e sensível na coordenação da pós-graduação e aos servidores da pós, principalmente Saul pela paciência e pelo auxílio. Não posso me esquecer de agradecer à Jandira pelo apoio e compreensão. Por fim, agradeço ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) pelo fundamental fomento à realização da presente pesquisa.

*Que a injustiça não nos entristeça, que ela nos radicalize.*

## RESUMO

O trabalho parte de uma contraposição entre o conceito e a realização da liberdade no Estado de Direito. O conceito adotado é o construído pelo liberalismo político, principalmente por autores dos séculos XVIII e XIX como Locke, Kant, Tocqueville e Sieyès. Referencia-se também o conceito adotado por importantes nomes da política, dentre eles Madison, Franklin, Calhoun e Robespierre. O conceito de liberdade é subdividido em duas ideias não isoladas: a positiva, conectada com a autonomia e a participação política, e a negativa, relacionada à limitação do Estado em interferir na propriedade e possibilidades de ações dos sujeitos. As ideias liberais são usadas por representarem o núcleo teórico do Estado de Direito, fundamentado no binômio pessimismo potestativo e otimismo normativo. Assim, justificam e teorizam a limitação do Estado e do soberano através do direito, principalmente a fim de assegurar a liberdade-propriedade.

A análise da liberdade negativa é contraposta às experiências de exploração e coerção realizadas no campo social da produção. Através do trabalho de vários autores, mas principalmente Domenico Losurdo, expõe-se a ausência do direito à liberdade e propriedade da maioria da população no liberalismo. As formas escravidão, aprendizado, servidão de gleba e, por fim, o trabalho assalariado realizado em massa após a revolução industrial, representam a contradição da liberdade negativa. Explora-se como o Estado liberal foi fundamental na realização e manutenção dessas formas de limitação da liberdade dos indivíduos, e como a liberdade negativa funciona como a autorização para que as relações privadas possam livremente limitar a liberdade da maioria desprivilegiada e despossuída. A propriedade privada, que aparece como uma dimensão e finalidade da liberdade, pode ser livremente usada para coagir outros sujeitos enquanto outras formas de liberdade são violentamente violadas e esbulhadas. A liberdade-propriedade não se apresenta enquanto direito, mas como privilégio.

A liberdade positiva, vista como a autonomia para decidir sobre o próprio destino e as regras que vão governar a comunidade política, comunica-se diretamente com a democracia, com a participação política dos sujeitos. O trabalho demonstra como a representatividade surge para limitar a possibilidade democrática, e não para realizá-la como a tradição política tende a compreender. A democracia é vista como o risco da maioria desprivilegiada limitar ou regular o livre uso opressivo da propriedade. A democracia representativa faz dois movimentos, o de expansão da cidadania e o de enfraquecimento dessa categoria, reduzindo a capacidade do Estado de interferir sobre as relações econômicas dos sujeitos. Além disso, a



representatividade apenas existe para suprir uma ausência, incluir aquilo que não pode ser incluído. Trata-se de um mecanismo de inclusão que depende, necessariamente da exclusão, funcionando como uma síntese disjuntiva. A democracia representativa é a solução liberal para o problema da democracia.

O risco democrático, mesmo mitigado, continua existente e o tensionamento do conteúdo universalista dos direitos ainda representa um risco ao projeto liberal de livre uso do privilégio liberdade-propriedade. Explora-se então o papel do soberano e do estado de exceção, fazendo uso de autores como Agamben, Matos e Schmitt. Indica-se que o poder judiciário tem um protagonismo emergente desde o século XIX, assumindo a função de guardião da Constituição e, portanto, do projeto liberal de sociedade e de Estado. O poder judiciário atua, por vezes, como soberano, decidindo sobre o estado de exceção. A dissertação demonstra como o interpretativismo jurídico é uma tradição histórica que se opõe à lei e fundamenta a arbitrariedade dos juízes. Hoje essa tradição é retomada pelo neoconstitucionalismo e pelas técnicas que apelam à uma interpretação dos princípios normatizados nas Constituições liberais. A teoria de Alexy, com as técnicas de ponderação e proporcionalidade, assume um protagonismo na prática brasileira e latino-americana, sendo escolhida como base exemplificativa da análise. A partir dela e de decisões do STF se evidencia o uso do interpretativismo jurídico como ferramenta de suspensão do ordem jurídica e produção normativa, com a ampliação do poder repressivo do Estado.

**Palavras-chave:** Estado de Direito; estado de exceção; liberalismo político; liberdade-propriedade; democracia representativa; interpretativismo jurídico; crítica radical.

## ABSTRACT

This thesis opposes the concept of freedom and its realization under the rule of law. The concept it adopts is that which was built within political liberalism, mainly by XVIII and XIX centuries authors such as Locke, Kant, Tocqueville and Sieyès. Reference is made also to important politicians, among which Madison, Franklin, Calhoun and Robespierre. The concept of freedom is divided into two intertwined ideas: that of positive freedom, connected to autonomy and political participation, and that of negative freedom, which relates to limiting the State's interference on property and the action of its subjects. Liberal ideas are commonly employed for their representation of the very core of the rule of law, based on the binomial authoritative optimism and normative pessimism. Thus they justify and theorize upon the sovereign and the State's limitation through law, mostly in order to ensure property-freedom. The analysis of negative freedom is opposed to the experiences of coercion and exploitation within the social field of production. From the work of various authors, but mainly Domenico Losurdo, the lack of the right to freedom and to property by the majority of the population under liberalism is denounced. The forms slavery, apprenticeship, servitude and wage labor performed by masses after the industrial revolution represent the contradiction of negative freedom. The thesis approaches the means through which the liberal State was paramount to the realization and maintenance of its forms of limiting individual freedom, and through which negative freedom works as the authorization for the private relationships to freely limit the freedom of the deprived and dispossessed majority. Private property, which is both a dimension and a goal of freedom, can be freely employed to coerce other individuals while other forms of freedom are violently violated and plundered. Property-freedom is not understood as a right, but as a privilege.

Positive freedom, defined as one's autonomy on deciding about one's own destiny and the rules which are to govern the political community, is directly related to democracy, with the individual's political participation. The thesis shows how representativeness arises in order to limit the democratic possibility, and not to fulfill it, as the political tradition tends to define. Democracy is seen as the risk of the majority limiting or conditioning the free oppressive use of property. Representative democracy makes two moves, citizenship expansion and the very deflation of the concept, reducing the capacity of the State in interfering with the individuals' economic relationships. Furthermore, representativeness exists only to fulfill a gap, to include those who cannot be included. It is an inclusion mechanism which necessarily depends on

exclusion, functioning as a disjunctive synthesis. Representative democracy is the liberal solution for the problem of democracy.

The democracy risk, even mitigated, still exists and the universalist tension of rights still represents a risk to the liberal project of free abuse of the privilege of property-freedom. The thesis, then, investigates the role of the sovereign and the state of exception through authors such as Agamben, Matos and Schmitt. The judiciary has an emerging central role since the nineteenth century, taking on the function of guardian of the Constitution and thus of the liberal project for the society and the State. It acts eventually as the sovereign, deciding on the state of exception. The thesis shows how judicial interpretativism is a historical tradition which opposes law and justifies the arbitrariness of judges. Today, this tradition is revived by neoconstitucionalism and techniques which appeal to an interpretation of principles within liberal Constitutions. Alexy's theories, bringing means of ponderation and proportionality, are central in the Brazilian and Latin-American practices, and are thus chosen as the basis of this analysis. From those theories and the Brazilian Supreme Court's decisions, the use of judicial interpretativism as a tool for the suspension of the rule of law and law making becomes evident, with the consequent broadening of the State's repression power.

**Keywords:** rule of law; state of exception; political liberalism; property-freedom; representative democracy; judicial interpretativism; radical criticism.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	2
1. LIBERDADE, LIBERALISMO POLÍTICO E ESTADO DE DIREITO .....	12
1.1. A formação histórico-conceitual do Estado de Direito.....	12
1.2. Do liberalismo econômico ao liberalismo político.....	19
1.3. Dimensões da liberdade no liberalismo político .....	24
1.4. Liberdade como propriedade: a escravidão funda o Estado de Direito .....	33
2. DEMOCRACIA, REPRESENTAÇÃO E LIBERALISMO: TENSÕES E TRAIÇÕES.....	60
2.1. A transformação da democracia em representação .....	60
2.2. <i>Demokratia</i> x <del>democracia</del> .....	78
2.3. A exceção constituinte da democracia liberal representativa .....	83
3. O ESTADO JURISDICIONAL COMO OPERADOR DA EXCEÇÃO INTERPRETATIVA SOBERANA .....	92
3.1. Teoria jurídico-filosófica do estado de exceção.....	92
3.2. A exceção judicial no neoconstitucionalismo .....	97
3.3. A teoria de Alexy: interpretação ou criação (elitista) do direito .....	106
CONCLUSÃO .....	125
REFERÊNCIAS .....	134

## INTRODUÇÃO

A crítica ao liberalismo jurídico não é a análise de um movimento ideal ou teórico, mas de suas contingências e manifestações na realidade, o que torna obrigatória uma análise historicamente localizada do liberalismo em suas expressões políticas e econômicas e de sua decorrência formal – o Estado de Direito. A referida forma de Estado é constituída por um binômio filosófico: *pessimismo potestativo* – o poder político historicamente expresso pelas distintas figuras dos reis, imperadores, parlamento e povo é simultaneamente necessário e perigoso, constantemente ameaçando a liberdade dos sujeitos; e o *otimismo normativo* – que enxerga no direito e na “juridicização” do Estado os instrumentos de mitigação ao poder político<sup>1</sup>. A pergunta central é: como controlar o poder político e proteger a liberdade e a propriedade liberal dos indivíduos?

É nesse debate que se insere a tradição do Constitucionalismo Liberal; para ser mais direto, do liberalismo político. A vinculação entre Estado de Direito e liberalismo político tem como ideia central a teoria de um Estado capaz de se autolimitar, através de uma estrutura normativa com um fundamento material ou metafísico. Necessário pontuar que esses variaram e se conformaram de acordo com as especificidades históricas<sup>2</sup> de cada país. Os fundamentos dessa limitação são e foram os mais diversos. Na Alemanha, o *Rechtsstaat* utilizava a figura do povo; nos EUA e sua versão do *rule of law*, apelava-se aos juízes enquanto guardiões de uma Constituição rígida; e no *rule of law* britânico a autolimitação vinha de tradição normativa com a aposta no Parlamento e na atribuição de direitos individuais aos cidadãos<sup>3</sup>.

Esse projeto político e econômico é revelado na forma *Constituição*, engendrada “como decorrência e expressão de um projeto político que objetivava garantir, na maioria dos casos, sistemas capitalistas em sua versão liberal” com a posterior instauração de uma “democracia representativa”<sup>4</sup>. Parte-se de um conjunto normativo com conteúdo e valores próprios que determinavam o projeto político e as relações que esse deseja proteger. A fim de compreender quais são os direitos e os respectivos conteúdos que essa estrutura jurídica de cunho político deseja proteger (e parte central do mecanismo desenvolvido para atingir tal objetivo) é necessário explorar uma série de questões e conceitos como *Estado de Direito*,

---

<sup>1</sup> ZOLO, *Teoria e crítica do Estado de Direito*, 2006, p.39

<sup>2</sup> O termo “especificidades históricas” indica uma necessidade de se atentar aos particularismos espaciais e cronológicos de cada sociedade. Não se pode incorrer no mesmo erro que o próprio liberalismo cometeu e encarar a liberdade enquanto conceito trans-histórico.

<sup>3</sup> COSTA, *O Estado de Direito: uma introdução histórica*, 2006, p. 153

<sup>4</sup> DIMOULIS, *Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica)*, 2008, p. 4

*liberalismo político, liberalismo econômico, as liberdades liberais, democracia representativa, estado de exceção e interpretativismo jurídico.* A análise não se aterá apenas aos desenvolvimentos teóricos, mas contrastá-los-á com a prática, com o objetivo de demonstrar os limites dos conceitos e a quais objetivos as ferramentas de controle do poder servem. A finalidade é revelar as fissuras presentes no modelo liberal de Estado, sem opor aos seus conceitos centrais, principalmente os de liberdade e democracia, uma crítica anacrônica e externa. Busca-se evitar ao máximo um erro metodológico e uma irresponsabilidade intelectual na construção das presentes críticas.

O trabalho é dividido em três partes. A primeira apresenta concepções sobre Estado de Direito e liberalismo político – aprofundando as ideias de liberdade, igualdade e propriedade privada. A segunda parte versa sobre a democracia representativa e os objetivos presentes em seu engendramento e desenvolvimento. A terceira e última parte trará uma análise sobre o estado de exceção e o interpretativismo jurídico, explorando as conexões entre eles. As críticas serão fundadas na leitura de autores pertencentes à filosofia radical, centralmente Giorgio Agamben, Andityas Matos e os marxistas Ellen Wood e Domenico Losurdo. É preciso questionar se liberdade e democracia são ferramentas capazes de cumprirem as realizações que prometem, desde a proteção de todos os sujeitos frente aos potenciais abusos que o poder pode gerar até a efetiva participação da multidão nas decisões políticas e sociais que guiam a comunidade. A filosofia radical se auto-impõe o dever de revelar as incongruências das críticas internas feitas ao sistema político jurídico. A "obrigação" vem da posição, por ela assumida, de pensar o tempo-de-agora enquanto o transforma. Não basta observar e entender a mudança, é necessário realizá-la, compô-la. A mudança proposta pela filosofia radical não é, nunca, uma readequação ou uma reforma, e sim um rompimento, uma revolução. Nesse contexto, Matos expõe que

um dos passos centrais do projeto de filosofia radical seria desmascarar a retórica dos direitos humanos universais que, mais do que produzir transformações sociais efetivas, garante a contínua manutenção do sistema capitalista, assumindo a equação segundo a qual mais direitos – inclusive sociais! – significa mais Estado e, por consequência, mais violência.<sup>5</sup>

A primeira seção será uma análise sobre as tradições do pensamento liberal, principalmente a partir da contraposição entre o conceito liberal de liberdade e propriedade e a experiência realizada no Estado de Direito. A partir de uma análise sobre a liberdade liberal, conteúdo constituinte do Estado de Direito, e a sua convivência com formas de subjugação e

---

<sup>5</sup> MATOS, *Filosofia Radical e Utopia*, 2014, p.21.

restrição à liberdade de outros sujeitos, objetiva-se revelar que a liberdade liberal não é um direito, mas um privilégio. Essa forma de liberdade não possui caráter universal, é incapaz de restringir os atos do poder estatal contra a maioria da população e ainda protege o direito de uma minoria (qualificada através de critérios racistas, étnicos ou classistas) explorar aquela mesma parcela desprivilegiada. A análise é voltada para a constituição e manutenção das relações de exploração da mão de obra de outros sujeitos.

A determinação do objeto deve ser indicada previamente, haja vista a liberdade não ser uma ideia que possui conteúdo único e universal; trata-se de um conceito com uma pluralidade de significados. Portanto, tenta-se contrapor o conceito central na fundação do Estado de Direito, a liberdade liberal, com a experiência registrada nos centros liberais do mundo.

A análise partirá das concepções do liberalismo clássico e comunicará com o neoliberalismo de forma mais restrita, haja vista os conteúdos do conceito de liberdade entre essas concepções teóricas não divergirem de forma drástica<sup>6</sup>. É necessário pontuar que apesar de haver um conjunto de semelhanças entre o liberalismo econômico clássico e o neoliberalismo, também há uma série de descontinuidades, que serão abordadas de forma mais detalhada ao longo do texto, mas que se centralizam “em uma teorização de um intervencionismo propriamente liberal”<sup>7</sup>. Além das descontinuidades, o neoliberalismo, assim como seu antecessor, não é um movimento uniforme e possui ao menos dois grandes grupos: a corrente alemã, que realiza uma ruptura maior com o liberalismo clássico, e a corrente estadunidense, com os “neoaustriacos”<sup>8</sup>, que possuem uma visão mais próxima do pensamento liberal clássico.

Existe uma certa divergência sobre qual das duas teorias prevaleceu enquanto corrente central do neoliberalismo, ou seja, qual delas foi responsável por pautar a organização política e econômica do mundo a partir de meados da década de 70 até os dias de hoje. O geógrafo marxista David Harvey, por exemplo, percebe Friedrich Hayek, Ludwig von Mises e Milton Friedman como os autores mais influentes do neoliberalismo<sup>9</sup>. A posição de Harvey decorre da influência que os autores tiveram nos governos de Ronald Reagan nos EUA e de Margareth Thatcher na Inglaterra, ambos na década de 80, além do largo reconhecimento e

---

<sup>6</sup> Para tanto basta perceber que a matriz de liberdade em HAYEK, *The constitution of liberty*, 1978, pp. 11-21, apela aos clássicos para estudar e definir o conceito.

<sup>7</sup> DARDOT; LAVAL, *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*, 2016, p. 73

<sup>8</sup> DARDOT; LAVAL, *idem*, p. 75

<sup>9</sup> HARVEY, *O neoliberalismo: história e implicações*, 2008, p. 33

investimento que os autores receberam do mercado, principalmente bancário, o que rendeu a Hayek e Friedman o prêmio Nobel de Economia<sup>10</sup>.

Em outra posição estão Pierre Dardot e Christian Laval que, em seu ensaio *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*, assinalam a corrente alemã composta por Walter Lippmann, Walter Eucken, Wilhelm Röpke<sup>11</sup>, entre outros autores, como a mais importante no desenvolvimento do neoliberalismo. Os franceses não descartam a importância de Hayek e Mises, mas analisam qualitativamente o que caracteriza o neoliberalismo; abordam sua caracterização “pela via de uma reflexão política sobre o modo de governo”<sup>12</sup> por ele inaugurado. A partir dessa análise, percebem o neoliberalismo como a combinação de uma reabilitação da intervenção pública com uma concepção de mercado centrada na concorrência, que passa a integrar a nova subjetividade dos indivíduos. O neoliberalismo é marcado por uma “subjetivação contábil e financeira” descrita pelos autores como

uma relação do indivíduo com ele mesmo que seja homóloga à relação capital com ele mesmo ou, mais precisamente, uma relação do sujeito com ele mesmo como um “capital humano” que deve crescer indefinidamente, isto é, um valor que deve valorizar-se cada vez mais.<sup>13</sup>

A partir dessa visão, os autores declaram como um erro de diagnóstico compreender o neoliberalismo como uma reabilitação pura e simples do liberalismo clássico, que seria apenas uma restauração das regras mais estritas do capitalismo, ou o retorno a uma série de dogmas do liberalismo clássico, como proposto por Harvey e Mises – autores que veem a crise do liberalismo como uma consequência de fatores externos, como o aumento do intervencionismo estatal, ou a permissão de que trabalhadores se reunissem em sindicatos<sup>14</sup>. As correntes têm uma divergência central sobre o papel do intervencionismo do Estado: os adeptos da vertente alemã veem como essencial a teorização de um intervencionismo liberal<sup>15</sup>, com centralidade na ação jurídica. Por outro lado, aqueles que se identificam com a corrente estadunidense condenam intervenções estatais na economia, aproximando-se da visão original que os liberais têm sobre o Estado de Direito.

---

<sup>10</sup> Apesar do prêmio não possuir as credenciais originais do Prêmio Nobel é o seu equivalente para área da economia, o prêmio é atribuído por comitês de economistas e tem forte influência de entidades bancárias suíças; HARVEY, op cit., p. 33

<sup>11</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 33.

<sup>12</sup> HARVEY, op. cit., p. 19.

<sup>13</sup> DARDOT; LAVAL, idem.

<sup>14</sup> Idem, p. 78-79

<sup>15</sup> Idem, p. 73



Questionar o que é o Estado de Direito é uma tarefa que precisa partir de uma análise histórica e geograficamente contextualizada<sup>16</sup>. O cuidado que se deve ter é universalizar a experiência atual do Estado de Direito e dimensionar todas as suas características atuais como trans-históricas. O historiador italiano Pietro Costa indica que o estudo da história do Estado de Direito deve ser dividido em três momentos<sup>17</sup>. O primeiro é a partir da existência do léxico e de suas variantes – que não possuem significado idêntico. A partir do momento que esses léxicos (Estado de Direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*, etc.) integram o vocabulário político como uma forma específica para lidar com a relação entre poder, direito e indivíduos, tem-se o início da história do Estado de Direito.

A pré-história é o segundo momento, em que questionamentos sobre o limite do Estado e ideias sobre o uso do campo jurídico para uma autorregulação estatal, dentre outros, são arguidos e respondidos. As discussões se assemelham às realizadas quando do surgimento do Estado de Direito, no entanto este léxico está ausente, bem como a sua forma acabada. É um momento anterior ao processo de formação do Estado de Direito, ao qual pode se referenciar como o período de formação das condições que resultaram na forma e no léxico Estado de Direito. O terceiro momento, anterior à pré-história, é um que sequer apresenta fracos traços a respeito das condições que fundam o Estado de Direito, o que não afasta a rica e forte vivência política e social do momento. Aqui, as formas de organização social e política não podem ser retomadas como fundamentações diretas do Estado de Direito. Apesar de entender a relevância de todos os períodos, não é possível, tampouco é o objetivo desta dissertação, abordar de forma profunda a pré-história do léxico. É realizada uma escolha de ideias e conceitos anteriores à história do Estado de Direito, que no decorrer do texto são retomados.

A dimensão geográfica também amplia demasiadamente o número de possíveis objetos de análise. Por questões de relevância no debate e nas ideias liberais e a centralidade histórica nesse debate, reduziremos a análise ao modelo inglês, estadunidense (*rule of law*), francês e alemão (constitucionalismo continental). A análise, a fim de revelar um quadro de semelhanças, não se limitará a diferenciar os sistemas<sup>18</sup>, mas pretende aproximá-los e, assim, traçar as linhas gerais dos valores centrais do núcleo do Estado de Direito – liberdade, democracia e segurança jurídica. A importância do liberalismo na fundação de sentido e

---

<sup>16</sup> Ver COSTA, op. cit.

<sup>17</sup> COSTA, op. cit., p. 120

<sup>18</sup> Em busca de diferenças e uma análise detalhada checar ZOLO, *Teoria e crítica do Estado de Direito*, 2006.

profundidade para esse núcleo é o escopo de análise, em busca de uma redução do fetichismo histórico que acompanha o mundo jurídico.

Além da liberdade liberal, é necessário analisar os instrumentos de organização e participação política dos membros da sociedade, ou seja, é necessário examinar a democracia representativa. A análise recai sobre a forma que a democracia assume quando a inclusão do povo se torna necessária, seja em decorrência das manifestações políticas populares seissetecentistas, seja diante da necessidade de fundamentar o poder político do Estado. A partir dos objetivos que levam à propositura da representatividade como forma de realização da democracia no contexto liberal, realiza-se uma crítica à democracia representativa e aos seus limites congênitos. As críticas formuladas por Ellen Wood e Rancière, dentre outros autores, são essenciais ao desenvolvimento dessa segunda parte. A primeira autora, como será exposto no referido capítulo, demonstra que a expansão da categoria *cidadão* é acompanhada pelo seu enfraquecimento. Retira-se do alcance do Estado a regulamentação e o poder de intervenção sobre as estruturas econômicas e as relações de expropriação que hierarquizam e oprimem os indivíduos, deixando com que o poder econômico atue livremente.

O objetivo do segundo capítulo é tentar mostrar que as limitações da democracia representativa liberal em alterar as estruturas de poder e exploração não são um acidente, mas sua operação funcional. A representatividade não é a aproximação do povo das estruturas de poder; é, antes, uma estrutura de distanciamento daquele sujeito. O capítulo também estabelece uma crítica à relevância dada ao sistema democrático representativo nos processos de modificação do Estado de Direito e de redução das opressões, uma crítica àquelas visões reformistas que tendem a ver “os aspectos sombrios” das relações sociais como “excedentes negativos”<sup>19</sup>.

Por fim, no terceiro capítulo, tenta-se evidenciar que se a democracia representativa não for suficiente para afastar os interesses da maioria desprivilegiada do exercício do poder político, o Estado de Direito, em busca de uma estabilidade e proteção das relações comerciais, utiliza-se do estado de exceção. Este é caracterizado pelo italiano Giorgio Agamben como um paradigma governamental<sup>20</sup> e permanente (em referência à tese oitava de Walter Benjamin) em que o Estado assume a posição de protetor do capitalismo, estabilizando as relações de troca e exploração. Segundo o filósofo italiano, a “criação voluntária de um estado de exceção permanente (...) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados

---

<sup>19</sup> MATOS, *Filosofia Radical e Utopia – Inapropriabilidade, An-arquia, A-nomia*, 2014, p. 52

<sup>20</sup> AGAMBEN, *Estado de exceção*, 2007

contemporâneos, até mesmo daqueles por assim dizer democráticos”, o que faz com que “o estado de exceção se apresente como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”<sup>21</sup>. A definição do estado de exceção não é uma tarefa fácil e nem será esgotada na presente introdução; espera-se que a definição seja feita na última parte do presente trabalho. Em uma caracterização inicial, contudo, faz-se remissão à explicação que abre o artigo *NOMOS ΠΑΝΤΟΚΡΑΤΩ? Apocalipse, exceção, violência*, de autoria de Andityas Matos:

A expressão “estado de exceção” (*state of emergency, Ausnahmestand*) designa a provisória suspensão do direito ou, de modo mais técnico, da Constituição em sua inteireza ou em pontos de grande importância, como, por exemplo, os direitos e garantias fundamentais (liberdade de ir e vir, liberdade de expressão, liberdade de comércio, garantia da propriedade, direitos políticos de votar e ser votado etc.). De maneira geral, instaura-se o estado de exceção quando ocorrem circunstâncias anormais, graves e imprevisíveis – catástrofes naturais, guerras civis, terrorismo generalizado, invasões estrangeiras etc. – que ameaçam a estrutura do Estado de Direito, determinando a concentração de poderes, normalmente – mas não exclusivamente – pelo Executivo com o objetivo de normalizar a situação excepcional.<sup>22</sup>

A definição de estado de exceção inicial mostra a sua operação enquanto estrutura básica do Estado de Direito, sendo inclusive ontologicamente necessária<sup>23</sup>. Em situações de quebra da “normalidade”, a estrutura normativa não está preparada para atuar. A norma prevê um agir sobre situações previsíveis, a imprevisibilidade momentânea torna necessária uma ação não prevista, inclusive com liberação das restrições do Estado de Direito. O que se indica nesse momento e no trabalho é que o estado de exceção não é somente uma permanência ontológica, mas também cronológica<sup>24</sup>. O Estado de Direito continua a operar com a suspensão da normatividade em situações de normalidade, ou que se normalizaram, como as cíclicas crises capitalistas.

Na terceira e última parte do trabalho, o conceito de estado de exceção é aproximado das ideias de ativismo e interpretativismo jurídico. Tentar-se-á demonstrar como o poder jurídico declara e opera o estado de exceção através de técnicas interpretativas discricionárias. A análise percebe a presença de um liberalismo jurídico que se comunica com o interpretativismo jurídico próprio da exceção. Nesta pesquisa a ênfase recai sobre a teoria de Robert Alexy, haja vista a relevância e influência que possui na cultura jurídica brasileira, citado diversas vezes<sup>25</sup> seja em estudos das mais variadas áreas do direito, seja em

<sup>21</sup> AGAMBEN, op. cit., p. 13.

<sup>22</sup> MATOS, *NOMOS ΠΑΝΤΟΚΡΑΤΩ? Apocalipse, exceção, violência*, 2012, p. 281-282.

<sup>23</sup> Idem, p. 329.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> RODRIGUEZ, *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*, 2013, p. 92

importantes julgamentos do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos<sup>26</sup>. Autores, com destaque para Virgílio Afonso da Silva<sup>27</sup> e José Rodrigo Rodriguez<sup>28</sup>, têm contestado a qualidade do uso da teoria de Robert Alexy pelos Ministros do STF, principalmente quanto à técnica de ponderação e proporcionalidade de princípios desenvolvida pelo jurista alemão. Rodriguez indica que o uso de Alexy, dentre outros teóricos como Dworkin e Habermas, é antes um apelo para o argumento de autoridade e uma demonstração de erudição dos Ministros do que um uso efetivo do método interpretativo desenvolvido na obra do autor. Apesar da crítica bem fundamentada dos dois autores, os Ministros Roberto Barroso<sup>29</sup> e Gilmar Mendes<sup>30</sup> denotam a importância dos escritos do jurista alemão para a cultura jurídica brasileira nas discussões acerca da colisão de princípios, proporcionalidade e quanto à interpretação jurídica.

O estudo se utilizará de três decisões nos tribunais brasileiros para explicar a teoria alexyana e sua aplicação no sistema jurídico brasileiro, com ênfase em duas delas: o *Habeas Corpus* (HC) 126.292 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, nas quais fica evidente a suspensão do direito e a criação normativa nesse *vacuum* jurídico. Os dois casos foram escolhidos pela relevância e atualidade. O primeiro julgamento, HC 126.292, versa sobre a possibilidade de execução provisória de pena antes de sentença final condenatória transitar em julgado. Foi responsável por uma significativa alteração jurisprudencial, relativizando o princípio da presunção de inocência e realizando a suspensão parcial das normas prescritas no art. 5º, inciso LVII, de Constituição Federal e nos artigos 283 e 675 Código de Processo Penal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos

---

<sup>26</sup> Em consulta simples ao site do Supremo Tribunal Federal (STF) foram levantadas 75 citações em acórdãos proferidos em julgamentos do pleno, e 10 referências em decisões do Presidente do STF. O refinamento da pesquisa, com análise dos julgados e o teor das citações, indicou importantes decisões recentes da Corte que merecem destaque, quais sejam: ação sobre a formalidade do *impeachment* de Dilma Rousseff (ADPF 378); financiamento de campanhas políticas por pessoas jurídicas (ADI 4.650); a possibilidade de progressão de regime durante cumprimento da pena em crimes hediondos (HC 82.959-7); o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas com finalidades terapêuticas (ADI 3.510); a prisão civil do depositário infiel (RE 466.343-1); a constitucionalidade da criminalização do aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54); possibilidade de repositura de ação de paternidade na ausência de exame de DNA no âmbito da ação original (RE 363.889); decisões sobre restrições ao direito de imprensa (ADPF 130) e (ADI 4.451); constitucionalidade da tipificação do porte de armas sem munição (HC 104.410); a possibilidade de execução provisória de pena antes de sentença final condenatória transitada em julgado (HC 126.292); a prescrição retroativa com base na pena (HC 122.694); e demarcação de terras quilombolas (ADI 3.239).

<sup>27</sup> SILVA, *O proporcional e o razoável*, 2002

<sup>28</sup> RODRIGUEZ, op. cit.

<sup>29</sup> BARROSO, *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*, 2014

<sup>30</sup> MENDES, *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*, 2001.

seguintes:  
[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória,<sup>31</sup>

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Art. 675. No caso de ainda não ter sido expedido mandado de prisão, por tratar-se de infração penal em que o réu se livra solto ou por estar afiançado, o juiz, ou o presidente da câmara ou tribunal, se tiver havido recurso, fará expedir o mandado de prisão, logo que transite em julgado a sentença condenatória.<sup>32</sup>

A alteração jurisprudencial é resultado de um sentimento punitivista que percorre a sociedade, que vê no direito penal e na força do Estado a resolução para problemas de cunho social e econômico. A decisão foi e é bem vista pela sociedade brasileira, o que se traduz nos próprios votos proferidos durante o julgamento ao citarem a credibilidade e eficácia do direito penal. O segundo estudo de caso é relativo à omissão legislativa quanto a uma possível criminalização da transfobia e da homofobia. O pedido dos requerentes era que as práticas de discriminação por sexualidade e ou gênero – esta, praticada contra pessoas que não possuem uma compatibilidade entre a designação sexual biológica (feminino e masculino) e a expressão social de gênero que se sentem à vontade para performar, sendo homem e mulher as duas categorias mais comuns – fosse punida penalmente nos mesmos termos da discriminação racial, lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. O STF ainda está julgando o caso, mas os 4 votos proferidos até o momento, 27 de abril de 2019, estão julgando procedente o pedido, violando o princípio da legalidade penal – art. 5º, inciso XXXIX, de Constituição Federal, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – e assumindo um protagonismo legislativo. As duas decisões serão analisadas com base na teoria da ponderação do Alexy e como se comunicam com o estado de exceção.

Depois de demonstrar os objetivos particulares de cada um dos capítulos, é necessário esclarecer que o objetivo geral da presente dissertação é evidenciar de forma mais nítida que o Estado de Direito é engendrado enquanto uma estrutura de manutenção dos privilégios de uma minoria. Através desse caminho revela-se que a liberdade opera no Estado de Direito como um privilégio e não como um direito, ou seja, a normatização de limites ao poder

---

<sup>31</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, 1988

<sup>32</sup> BRASIL, *Código de Processo Penal*, 1941

político e à intervenção do Estado sobre a liberdade dos sujeitos é resguardada a uma minoria privilegiada. Aspira, também, a expor que a possibilidade de romper com essa estrutura de privilégios não passa pela democracia representativa, por limites congênitos, e caso a pressão pública e as demandas populares consigam superar esses limites, a ruptura é barrada por um poder jurídico que atua como último guardião do projeto liberal de poder e sociedade. Atuando com a suspensão do ordenamento jurídico e uma normatização nesse vácuo que garante os fundamentos das relações capitalistas e, principalmente, do projeto liberal de sociedade.

## 1. LIBERDADE, LIBERALISMO POLÍTICO E ESTADO DE DIREITO

### 1.1. A formação histórico-conceitual do Estado de Direito

O núcleo essencial do Estado de Direito é conformado por uma proteção constitucional aos direitos civis circunscritos pelos limites da liberdade negativa e pertencentes a cada indivíduo isoladamente. Esse é o cerne originário da forma Estado de Direito, que tem em seu núcleo a proteção da liberdade e da propriedade privada, enquanto a igualdade e a segurança operam como ferramentas de sua compreensão e resguardo: atuam modulando e garantindo os direitos à liberdade e propriedade. Após movimentos sociais e as demandas populares do fim do século XVIII e meados do século XIX, com destaque à Revolução Francesa e Independência dos Estados Unidos da América, houve uma ampliação do rol dos direitos protegidos pelo Estado de Direito com a integração dos direitos políticos. Eles tratam da garantia que a população tem de participar, direta ou indiretamente, das decisões políticas e produção de leis, ampliando a autonomia e autodeterminação dos sujeitos. Por fim, a partir do século XX, após o colapso do projeto liberal de capitalismo com a crise de 1929 e uma ampliação dos projetos socialistas, há uma tutela parcial de direitos sociais. Os modelos do Estado de bem-estar social (*Welfare State*) podem ser definidos em uma análise mais categórica como “Estados que garantem tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político”<sup>33</sup>. Aqui, o termo *direito político* comunica-se com aquela noção de participação mas, em sentido mais amplo, entende política como participação ampla nas relações sociais. Danilo Zolo atenta-se à ação dos sujeitos políticos que fundam o modelo de Estado e indica que

O Estado de Direito concede a sua proteção essencialmente aos direitos civis, enquanto coincidentes com a dimensão da “liberdade negativa”. Na segunda metade do século XIX, a proteção foi estendida, não sem tensões, dificuldades e lacunas, aos direitos políticos, ao passo que os “direitos sociais”, objeto, no decorrer do século XX, de uma parcial tutela por parte do *Welfare State* europeu, permanecem substancialmente estranhos à lógica funcional do Estado de Direito.<sup>34</sup>

A liberdade negativa a que o autor faz menção é uma ideia tradicional de liberdade, presente em Locke, que aponta a liberdade como um agir limitado pelo próprio consentimento do “homem”<sup>35</sup>. O filósofo inglês afasta o conceito de um agir ilimitado e apresenta a liberdade

<sup>33</sup> BOBBIO, *A era dos direitos*, 2000, p. 416

<sup>34</sup> ZOLO, op. cit., p. 43

<sup>35</sup> Por vezes, ao longo do texto será utilizada a expressão “homens” como sinônimo de humanidade, mas o uso está condicionado às situações em que se tenta retratar o conceito moderno de homens e que o uso de seres humanos e outros vocábulos representaria uma forma de apagar a universalização da palavra homem como

enquanto uma ação que não se submete a um poder inconstante, incerto, desconhecido e arbitrário. É o desejo do sujeito de agir desde que não exista lei proibitiva, desde que o Estado, através de um poder legislativo, não tenha limitado aquela alternativa de ação, como é possível perceber no seguinte trecho:

A liberdade do homem na sociedade não deve estar edificada sob qualquer poder legislativo exceto aquele estabelecido por consentimento na comunidade civil; nem sob o domínio de qualquer vontade ou constrangimento por qualquer lei, salvo o que o legislativo decretar, de acordo com a confiança nele depositada. Portanto, a liberdade não é o que Sir Robert Filmer nos diz, *O.A. 55 (Observations on Aristotle)*, “uma liberdade para cada um fazer o que quer, viver como lhe agrada e não ser contido por nenhuma lei”. Mas a liberdade dos homens submetidos a um governo consiste em possuir uma regra permanente à qual deve obedecer, comum a todos os membros daquela sociedade e instituída pelo poder legislativo nela estabelecida. É a liberdade de seguir minha própria vontade em todas as coisas não prescritas por esta regra; e não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem.<sup>36</sup>

A concepção de liberdade negativa permanece presente até hoje. O jurista Robert Alexy, por exemplo, entende que a liberdade jurídica comunica-se diretamente com o conceito de liberdade negativa. Para o jurista alemão, o sujeito é juridicamente livre na medida em que o Estado não lhe limita alternativas de ações. Portanto, para a criação de uma liberdade jurídica basta que o Estado se exima de agir, apenas garantindo o direito de defesa das pessoas<sup>37</sup>. Existe uma relação direta entre a ausência do Estado e a liberdade dos sujeitos, de tal modo que a comunidade não pode interferir em certas ações e decisões dos indivíduos. A liberdade se expressa como o direito de se isolar da comunidade em suas decisões, ainda que essas decisões afetem a comunidade de forma indireta.

Os direitos políticos na origem do Estado de Direito se manifestam com uma declarada exclusão da maior parte da sociedade. O direito de participação nas decisões e processos legislativos da comunidade é legalmente restrito aos melhores. Essa concepção pode ser notada nos textos de um dos principais revolucionários franceses, Abade de Sieyès, que defende com naturalidade a restrição dos direitos políticos em contrapartida à universalidade típica dos direitos individuais. Em suas palavras:

todos os habitantes de um país devem gozar do direito de cidadão passivo, mas nem todos têm o direito de tomar parte ativa na formação dos poderes públicos, aqueles

---

sinônimo de todo o gênero humano. Embora compreenda o erro e a ausência de lugar para esse uso na atualidade, a noção de que o momento histórico de iluminação e de predominância da racionalidade retirou a humanidade de 50% da população humana por um determinismo biológico não pode ser apagada.

<sup>36</sup> LOCKE, *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*, 1994, p. 95

<sup>37</sup> ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 223.



que não contribuam em nada para o sustento da instituição pública não devem influir ativamente sobre a coisa pública<sup>38</sup>.

A expressão “contribuição para o sustento da instituição pública” pode ser traduzida como o 'auferimento' de renda e produção de riquezas, ou seja, uma restrição censitária do sufrágio. Percebe-se que os direitos políticos são pensados e configurados a partir de um conceito liberal de democracia, de uma contraposição entre cidadãos ativos e cidadãos passivos. Estes “usufruem somente dos direitos naturais e civis”<sup>39</sup>, enquanto os outros podem participar ativamente das decisões políticas. A participação das elites proprietárias e a jurídica exclusão da multidão sem propriedade foi a regra das Repúblicas até o início da experiência estadunidense com a abolição do sufrágio censitário, a partir do início do século XIX, e aprofundado com a “Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos”, publicada em 1868.<sup>40</sup> O processo de fundação da democracia representativa dos EUA começa a transformar e ampliar a integração dos não-proprietários no Estado liberal. A abolição do voto censitário com a lenta conquista do direito de participação política a todos os homens livres foi uma medida elogiada nos mais variados campos políticos, fazendo com que os Estados Unidos da América ganhassem uma centralidade nos debates políticos pelo mundo. Até a filosofia crítica e radical contemporânea aos processos de ampliação dos votos reconhece a positividade da ação. Karl Marx ressalta a importante melhora com o fim do fundamento censitário para que a população participe politicamente, como indica o seguinte trecho:

O Estado como Estado anula, p. ex., a *propriedade privada*; o homem declara, em termos *políticos*, a propriedade privada como *abolida* assim que abole o caráter censitário da elegibilidade ativa e passiva, como ocorreu em muitos estados norte-americanos. *Hamilton* interpreta esse fato com muito acerto do ponto de vista político quando diz: “*A grande massa levou a melhor sobre os proprietários e a riqueza em dinheiro*”. Acaso a propriedade privada não estaria abolida em princípio se o não proprietário se tornasse legislador do proprietário? A *estratificação censitária* é a última forma *política* de reconhecimento da propriedade privada.<sup>41</sup>

Os elogios do autor de *O capital* são acompanhados por importantes críticas a respeito da retórica e consequências diretas da medida. Marx indica que a abolição do fundamento censitário do voto atua muito mais como uma ferramenta de anulação do caráter político da propriedade privada e de outros elementos da vida social do que como uma ferramenta de abolição da propriedade privada ou da força opressora que ela exerce. Isso porque o fim da qualificação política dos cidadãos pelo critério da propriedade foi acompanhado por um movimento de redução da intervenção do Estado na propriedade privada, de modo que esta foi

<sup>38</sup> SIEYÈS, *Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão*, 2008, p. 62.

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> ENGERMAN; SOKOLOFF, op. cit.

<sup>41</sup> MARX, *Sobre a questão judaica*, 2010, p. 39.

transformada em dado apolítico e pertencente somente ao plano privado das relações sociais. Isso cria uma abertura para que as opressões e explorações fundadas nas relações econômicas atuem em sua plenitude: “o Estado permite que a propriedade privada, a formação, a atividade laboral atuem à maneira delas, isto é, como propriedade privada, como formação, como atividade laboral, e tornem efetiva a sua essência particular”<sup>42</sup>, enquanto elementos diferenciadores. Após o fim da restrição censitária, o direito ao sufrágio foi alargado e começou a abarcar outros sujeitos, destaque às mulheres por todo mundo ocidental e às pessoas negras em países da América, principalmente os EUA e o Brasil. O processo, que será melhor trabalhado no segundo capítulo, ocorre ao longo dos séculos XIX e XX como consequência das lutas populares realizadas pelos referidos grupos<sup>43</sup>.

Os direitos sociais incorporados aos textos constitucionais dos mais diversos países, seja por documentos nacionais ou internacionais, tiveram um momento de maior relevância após a segunda guerra mundial e antes da década de 80, com a ascensão do neoliberalismo. Apesar de terem uma grande relevância e uma inclusão nos textos constitucionais ao redor do mundo, em grande parte dos países eles permaneceram no campo formal, na letra morta das leis<sup>44</sup>. A alcunha de “direitos” serviu para atribuir um título às demandas sociais por educação, trabalho, saúde e seguridade social, e o reconhecimento oficial por parte do Estado. A imputação de validade, mas sem eficácia plena, desse conjunto de valores e direitos, que inclusive são referenciados como normas programáticas em parte da cultura jurídica<sup>45</sup>.

O processo de generalizada crise do liberalismo, até então a maior do capitalismo<sup>46</sup>, e o horizonte de uma alternativa socialista levam a um descrédito do *laissez-faire*, *laissez-passe*<sup>47</sup> e ampliam a força das demandas sociais por direitos sociais e assistência do Estado. Nesse cenário, economistas e teóricos como Keynes, Dewey e Hobhouse elaboram

<sup>42</sup> MARX, op. cit., p. 40

<sup>43</sup> ENGERMAN; SOKOLOFF, *The evolution of suffrage institutions in the new world*, 2005.

<sup>44</sup> BOBBIO, op. cit., p. 11.

<sup>45</sup> BOBBIO, idem, p. 37.

<sup>46</sup> A teoria econômica se divide quanto aos motivos da crise. A visão keynesiana entende que a crise foi resultado de uma queda do valor agregado dos produtos e uma ausência de intervenção estatal para equilibrar as contas e o funcionamento estatal. Os neoliberais austríacos entendiam que o momento de crise era necessário, como um reajuste econômico dos índices inflacionários, de crédito e outras razões, e que qualquer intervenção tornaria aquele momento pior (KEYNES, *The general theory of employment, interest and money*, 2013; WHITE, *Did Hayek and Robbins Deepen the Great Depression?*, 2008).

<sup>47</sup> A expressão de origem francesa significa literalmente deixe fazer-deixe passar, e é usada para se referir à tradicional escola do pensamento liberal francês, mas retrata também a regra geral de não intervenção do Estado nas relações privadas e comerciais dos sujeitos, principalmente na regulamentação do mercado. “É uma política de não-intervenção total por parte do governo na economia, deixando todas as decisões para o mercado. Se não houver falha por parte do mercado, então o *laissez-faire* iria garantir a eficácia econômica. Qualquer forma de intervenção, seja para ampliar eficiência ou equidade, é um distanciamento do *laissez-faire*” (BLACK, HASHIMZADE, MYLES, *A dictionary of economics*, 2009, p. 256).

concepções para manter o capitalismo operando, salvando-o do liberalismo clássico<sup>48</sup> e da contraposição socialista recém implementada na Rússia. As correntes capitalistas keynesianas produzem os modelos de *Welfare State* e do Estado de bem-estar social, que possuem uma interseção com o socialismo, apesar de permanecerem bem distantes dessa tradição<sup>49</sup>. Assim, em nítida contrarresposta e influência dos regimes socialistas distribuídos pelo globo, que apesar das falhas evidenciaram e fortaleceram as demandas sociais espalhadas pelo mundo, os governos liberais adotaram formalmente e, em certa medida, na prática os direitos sociais presentes nas críticas socialistas. Esse ambiente foi propício à execução estatal das demandas por direitos sociais, mas que duraram pouco tempo.

Em paralelo, menos de dez anos após a grande depressão de 1929, há a proposição de um resgate do liberalismo de forma mais contundente, como resposta à ascensão das referidas políticas de planificação econômica, como o socialismo e o fascismo<sup>50</sup>, e ao modelo keynesiano. Nesse contexto, há um fomento ao desenvolvimento do capitalismo e de culturas econômicas menos interventoras em países periféricos como o Brasil nas décadas de 40/50, com a experiência de um capitalismo intensivo<sup>51</sup> e, posteriormente, a experiência neoliberal

---

<sup>48</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p.62

<sup>49</sup> O comunitarismo ou a planificação econômica são conceitos políticos e econômicos, respectivamente, rejeitados pelo keynesianismo. O fundamento comunitário do socialismo impossibilita uma aproximação real dos conceitos. Assim, as áreas de toque entre o estado de bem-estar social e o socialismo são bem específicas e dependem de uma visão focada e comparativa com o liberalismo. A presença de características amplamente rejeitadas (e.g. atuação do Estado em setores sociais básicos, intervenção na economia, regulamentação criteriosa do mercado financeiro) por este aproxima dois campos bem divergentes.

<sup>50</sup> Existe uma pluralidade de correntes presente no neoliberalismo, que se divide em dois grandes grupos: um, que tenta retomar de forma mais firme a visão clássica do liberalismo e entende que sua crise é decorrente de desvirtuamentos presentes na realização dos princípios gerais do pensamento; e outro, que compreende que a crise liberal é um resultado direto da teoria, principalmente da visão que toma as leis econômicas como naturais e absolutas e assim cria uma classe privilegiada que luta constantemente para manter seus privilégios jurídicos e materiais. Ver: DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 85

<sup>51</sup> CHOMSKY, *O Lucro ou as Pessoas?*, 1999, p. 13. O autor estadunidense descreve, com base em documentos do governo estadunidense contemporâneos ao processo da ditadura do Estado Novo e da Ditadura Militar, a experiência econômica realizada no Brasil: “os Estados Unidos vêm usando o Brasil desde 1945 como “área de teste para os modernos métodos científicos de desenvolvimento industrial baseado no capitalismo intensivo”. Essa experiência foi levada a cabo “com a melhor das intenções”. Os investidores estrangeiros se beneficiaram, mas os planejadores “acreditavam sinceramente” que o povo brasileiro também se beneficiaria. Não é necessário explicar como foi que se beneficiaram ao tornar o Brasil “a menina dos olhos da comunidade internacional de negócios na América Latina” sob o governo militar nas palavras dos jornais de negócios –, enquanto o Banco Mundial relatava que dois terços da população não se alimentava o bastante para suportar uma atividade física normal. (a melhor das intenções, por acaso, está uma vez mais a serviço do lucro da minoria, enquanto a maioria do povo é deixada na miséria.) Em seu texto de 1989, Haines classificou a “política norte-americana para o Brasil” como “extremamente bem-sucedida”, “uma verdadeira história de sucesso americano”. O ano de 1989 foi um “ano de ouro” aos olhos do mundo dos negócios, com lucros triplicados em relação a 1988 e uma redução de cerca de 20 por cento nos salários industriais, que já figuravam entre os mais baixos do mundo; a classificação do Brasil no Relatório das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Humano estava próxima à da Albânia. Quando o desastre começou a atingir os ricos, os “modernos métodos científicos de desenvolvimento baseado no capitalismo intensivo” (Haines) se transformaram de uma hora para outra em prova dos males do estatismo e do socialismo – outra transição rápida que ocorre sempre que necessário.”

no Chile. Esse modelo atinge os centros do capitalismo na década de 80, destaque às experiências de Margaret Thatcher na Inglaterra e Ronald Reagan nos EUA. Dentre os projetos de retomada do liberalismo, o modelo neoliberal atinge certa proeminência e acaba sendo impulsionado pelo enfraquecimento da União Soviética, protagonista bélica e política do mundo socialista no século XX, na década de oitenta e sua conseguinte queda. Esse processo atenuou o assistencialismo do Estado, enfraquecendo o projeto de ampliação dos direitos sociais, principalmente o presente na Europa e fortalecendo políticas centralizadas na lógica da tradição liberal. Para alguns teóricos esse processo representou o ponto de chegada da história, ou o fim da história<sup>52</sup>.

Essa breve exposição pretendeu introduzir no que consistem os três principais conjuntos de direitos, civis, políticos e sociais, que compõem o Estado de Direito. Os dois primeiros formam o núcleo duro dessa forma de Estado, enquanto o terceiro possui um caráter programático e provisório, sendo rapidamente renunciado pelos projetos políticos do ocidente liberal. O Estado de Direito tem a sua estrutura jurídica voltada aos direitos sociais por um breve momento e de forma precária, sendo pouco relevante para sua definição. Os direitos de cunho individual e a dimensão política, repousada no direito de voto, são os fundamentos jurídicos que nos permitem definir o Estado de Direito como a versão do Estado moderno europeu que, a partir de uma filosofia individualista e de um processo de transmissão de poder com diferenciação formal das suas diversas esferas, atribui ao ordenamento jurídico o papel de tutelar os direitos civis e políticos. Essa função é permanentemente contrastada à inclinação arbitrária do poder, seja o político institucional ou o econômico, que continua alterando projetos sociais ou reforçando um projeto político anterior<sup>53</sup>. O binômio *otimismo normativo e pessimismo potestativo*<sup>54</sup> está sempre presente no horizonte dessa forma de Estado.

A maioria das conceituações de Estado de Direito, como a que Danilo Zolo desenvolve, realizam sua análise desprezando alguns exemplos históricos importantes – principalmente as experiências do nazi-fascismo e do estado racista estadunidense. No entanto, a conceituação geral pode ser perfeitamente estendida ao modelo estadunidense, o que não exclui a necessidade de consideração de que essa experiência teve características específicas – o Estado de Direito não é uma forma trans-histórica e transnacional, ele se molda conforme o tempo e as particularidades de cada espaço. Esses exemplares não podem

---

<sup>52</sup> FUKUYAMA, *O fim da história e o último homem*, 1992.

<sup>53</sup> ZOLO, op. cit., p. 48.

<sup>54</sup> Idem.

ser desprezados em uma abordagem completa; é necessário enfrentar e evidenciar que não são um acidente ou um desvio da história de progresso do ocidente. Inclusive, o modelo racista dos EUA é uma das experiências fundadoras da forma Estado de Direito, que expõe como o termo *direito*, o ideal teórico universalista, confronta-se e se confunde com o termo *privilégio* no início dessa forma de Estado.

É necessário analisar os direitos fundamentais da forma Estado de Direito para demonstrar o seu conteúdo nuclear e apresentar a origem das suas limitações. Nesse sentido o trabalho do historiador e jurista Pietro Costa, em seu artigo *Diritti fondamentali (storia)* é essencial. A partir da distinção sobre os termos *direitos fundamentais* e *direitos humanos*, é possível explicar e diferenciar o conteúdo efetivo do Estado de Direito e o conteúdo programático, um horizonte ético. Inclusive, atualmente há uma indistinção tanto no meio jurídico como na visão popular pela qual os direitos fundamentais são, inapropriadamente, identificados com os direitos humanos. A confusa sobreposição dos termos vem desde o final da Segunda Guerra Mundial, quando os direitos humanos foram o centro da discussão político-jurídica internacional, um resultado do trauma totalitário e do início da Guerra Fria. A Declaração de 1948, em busca de um conteúdo jurídico universal, chega ao termo “direitos humanos”, que conecta imediatamente esse conteúdo ao ser humano como tal. “Os direitos humanos não possuem um caráter formal, mas revertem para conteúdos precisos”<sup>55</sup>. Conteúdos delimitados política, ética e antropologicamente, e pertencentes a todos os sujeitos por serem seres humanos – essa é a definição que vigora hoje, e, apesar de alguma dissidência, é a que possui uma maior aceitação.

Os direitos fundamentais, por sua vez, possuem dois sentidos: no primeiro, o sentido formal, os direitos fundamentais constituem um rol de direitos atribuídos a todos os sujeitos (ou a uma classe), mas que não representam o centro gravitacional do ordenamento jurídico. Não são, nesse sentido específico, o fundamento do ordenamento jurídico.<sup>56</sup> O segundo sentido – considerado na abordagem dessa dissertação – apresenta os direitos fundamentais como direitos atribuídos a todos os sujeitos, e que, ao mesmo tempo, são o fundamento de um determinado sistema jurídico. Nesse caso, os direitos fundamentais assumem um caráter fundante – é o sentido estrutural.<sup>57</sup> Após o entre guerras, os direitos fundamentais no sentido formal são ampliados, algumas Constituições incorporam os direitos humanos ao rol desses

---

<sup>55</sup> COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, 2008, p. 365.

<sup>56</sup> *Idem*, p. 366.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 366.

direitos fundamentais<sup>58</sup>. No entanto, o sentido formal dos direitos fundamentais permanece praticamente inalterado no Estado de Direito, mantendo a liberdade, a propriedade privada e a limitação jurídica do Estado a partir dessas garantias individuais como seu núcleo estrutural. A questão que se coloca é que essas garantias se apresentam não como direito, mas como privilégios.

A crítica que percebe a seletiva proteção das garantias individuais fundamentais, o fato de elas serem aplicadas apenas a parcialidade dos membros da sociedade, ou, se amplamente aplicadas, é acompanhada de um processo de enfraquecimento a ponto de perder o seu sentido original, está presente desde a fundação da forma Estado de Direito. Essa percepção não é uma análise *a posteriori* dos elementos do Estado de Direito, não é anacrônica, partindo de ideais e valores posteriores para analisar fatos e projetos anteriores. A crítica parte de e se comunica com uma longa tradição (que conta com nomes como o jacobino Sonthonax, o economista Josiah Tucker, Jean Bodin, Montesquieu, o teórico Samuel Johnson etc.) recentemente abordada pelo filósofo Domenico Losurdo e a cientista política Ellen Wood. Dentre outros teóricos, eles apontam a liberdade, os direitos políticos e a igualdade como privilégios submetidos a interesses de uma elite política e proprietária – interesses particulares mas chamados de gerais; privados mas chamados de públicos<sup>59</sup>.

A análise do Estado de Direito passa pela análise do liberalismo político e as ideias que ele divide com o liberalismo econômico, como ambos se desenvolvem ao longo da história e, de certa forma, têm suas ideias aderidas ao núcleo do Estado de Direito. O momento histórico desses liberalismos e do Estado de Direito é próximo: eles surgem na modernidade, por volta do século XVIII, em um contexto de limitação dos poderes políticos. Mas o que é o liberalismo e por que circunda de tão perto o conceito do Estado de Direito?

## **1.2. Do liberalismo econômico ao liberalismo político**

A definição de liberalismo oferece dificuldades. Principalmente de um ponto de vista histórico, seria simples indicar o significado apontado pelos teóricos liberais e o que eles pretendem com o liberalismo e sua tese, mas ele é, antes de tudo, as manifestações materiais que produziu. Ao tema serão dedicadas as próximas páginas do trabalho, principalmente com essa contraposição entre teoria e prática; antes, contudo, é necessário realizar uma diferenciação entre o liberalismo político e o liberalismo econômico. Algumas experiências

---

<sup>58</sup> Idem, p. 366.

<sup>59</sup> LOSURDO, *Contra-história do liberalismo*, 2006

ao longo da história já evidenciaram que é possível realizar uma cisão teórica e prática entre essas experiências. O primeiro, cerne da análise aqui realizada, é a ideologia que tem como finalidade a valorização da propriedade e da liberdade negativa, com a sua proteção frente ao poder político, que se preocupa com uma organização do Estado que seja apta a garantir os direitos individuais. Há uma visão pessimista quanto ao exercício do poder sobre os sujeitos que tende a ser resolvida com a limitação desse poder através de uma normatização que eleva a propriedade privada e a liberdade individual ao patamar de direitos civis. O liberalismo e o seu conceito de liberdade serão amplamente analisados adiante.

O liberalismo econômico, por sua vez, constituído no processo da Revolução Industrial, com autores como David Ricardo, Adam Smith e John Stuart Mill, entre outros, propõe que a economia possui leis universais e imutáveis que devem ser descobertas pelo ser humano. É o processo reconhecido como naturalização da economia. Havia uma condenação às barreiras alfandegárias, protecionismo e outras formas de intervenção do Estado na economia. O liberalismo econômico vê o mercado e as relações de troca como um dado naturalmente estável que não deve sofrer intervenções do Estado. Os liberais econômicos clássicos veem na liberdade econômica, com um mecanismo impessoal do mercado, o caminho a harmonizar os interesses individuais.<sup>60</sup> A interferência do Estado desestabilizaria as trocas e criaria desequilíbrios artificiais nas relações econômicas, violando as leis ‘naturais’ da economia.

A aproximação do liberalismo econômico e do liberalismo político é esse pessimismo potestativo. Ambos tentam limitar a ação política e social sobre campos evidentemente sociais com o fundamento de que a intervenção do poder tende a ser negativa. A diferenciação dos objetos, liberdade individual e mercado, faz com que as fundamentações desse temor comum sejam distintas, mas o objetivo seja o mesmo: deslocar para o campo privado parte das relações sociais, como as relações de troca, de apropriação, de exploração, os contratos etc., afastando do poder político e, nesse contexto, do Estado a capacidade de influenciar e alterar essas dimensões da vida social.

A partir do liberalismo político, há uma valorização da livre determinação dos sujeitos – com restrições mínimas para atuar e decidir o destino da sua propriedade privada, sendo limitados apenas pelas liberdades e seguranças dos outros membros da comunidade – e da construção de meios que garantam a proteção desses direitos com interferência mínima da sociedade e do Estado. John Locke, um dos nomes centrais do liberalismo político clássico,

---

<sup>60</sup> SANDRONI, *Dicionário de economia do Século XXI*, 2008

apresenta de forma muito clara esses ideais. O autor explicita tal tradição e justifica a passagem do “homem” livre no estado de natureza, espaço teórico prévio à união dos sujeitos e formação da sociedade, no qual a liberdade é plena e total, para uma liberdade na sociedade civil, em que há limitações à liberdade, mas que visam a seu melhor uso:

Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. (...) não é sem razão que ele solicita e deseja se unir em sociedade com outros, que já estão reunidos ou que planejam se unir, visando a *salvaguarda mútua de suas vidas, liberdades e bens, o que designo pelo nome geral de propriedade* (grifo nosso).<sup>61</sup>

O liberalismo vê na formação das sociedades a aproximação dos mais diversos sujeitos, e na formação do Estado uma ferramenta para que esses sujeitos permaneçam isolados em paz, sem que sua propriedade e liberdade sofram interferência dos outros. Mas no que se traduz esse conceito de liberdade, utilizado por Locke, no momento inicial do Estado de Direito? A liberdade do ponto de vista dos direitos civis é a capacidade do agir individual com o menor número de restrições, seja por parte do Estado ou da sociedade, em suas alternativas de ações. Portanto, para a criação de uma liberdade jurídica, basta que o Estado se exima de agir. A concepção de liberdade que constitui o núcleo do Estado de Direito é criticada por Marx como o “direito de fazer e promover tudo que não prejudique a nenhum outro homem”. Trata-se da liberdade burguesa, continua o filósofo alemão, “da liberdade do homem como mônada isolada recolhida dentro de si mesma”<sup>62</sup>. Essa liberdade, e as que dela irradiam, são compatíveis com um conjunto de direitos e valores que tomam o homem a partir do individualismo, valor que, como bem observado por Norberto Bobbio, constitui a premissa filosófico-política geral do Estado de Direito e das doutrinas dos direitos fundamentais<sup>63</sup>. O individualismo se faz tão presente no pensamento liberal, naquele que funda o Estado de Direito, o que leva Losurdo a perceber que

Por vezes os pensadores do século XVIII e XIX são descartados enquanto liberais e categorizados como pensadores do “individualismo”, e então a história da tradição de pensamento aqui objeto de investigação aparece perpassada em profundidade por um “individualismo proprietário” ou “possessivo”. Em Locke o poder político começa a se configurar como tirania e, portanto, como violência quando atenta à propriedade privada (da classe dominante), e quando diante de tal violência é legítimo resistir: o cidadão, melhor dizendo, o indivíduo retoma o poder que já possuía no estado de natureza e que “consiste em usar todos os meios que considera

---

<sup>61</sup> LOCKE, op. cit., p. 156

<sup>62</sup> MARX, op. cit., p. 39

<sup>63</sup> BOBBIO, op. cit., p. 8, 31 e ss.



adequados e que a natureza lhe oferece para a preservação da propriedade”. O âmbito da legalidade; e o âmbito do respeito da propriedade privada, enquanto a violência é definida em primeiro lugar pela sua violação.<sup>64</sup>

O autor italiano afasta essa tentativa de alocar os referidos teóricos na categoria do “individualismo proprietário” haja vista, como será demonstrado adiante, a valorização do indivíduo e de sua propriedade ser restrita a grupos bem específicos. Pensadores que supostamente representam essa categoria, como Locke, defendem de forma ampla os processos de cercamento das propriedades dos camponeses ingleses, as invasões das terras dos ameríndios<sup>65</sup> estadunidenses e legitimam as expropriações realizadas contra os irlandeses. Os liberais assumem como válida as interferências do poder político na propriedade de indivíduos específicos. É contraditório indicar a corrente como um individualismo proprietário diante da defesa aberta às constantes intervenções nas propriedades e na liberdade da maioria dos indivíduos<sup>66</sup>.

A valorização e proteção da liberdade, propriedade privada e da vida dos sujeitos que compõem a sociedade é seletiva. Os exemplos acima são fissuras e contradições presentes nas práticas de liberais e defendidas teoricamente por liberais. Essas contradições conformam e fundam o Estado moderno liberal, e fazem ser necessário questionar os conceitos de liberdade, igualdade e democracia no liberalismo, como esses direitos operavam e em quais circunstâncias o ímpeto despótico do Estado e do poder era controlado. Se individualismo proprietário não é um termo apropriado, não se pode dizer o mesmo das categorias que alguns autores como Constant e Tocqueville utilizam para definir a Inglaterra do século XIX, um exemplo histórico de liberalismo. O primeiro francês categoriza a sociedade inglesa como sendo “no fundo, uma vasta, vigorosa e opulenta aristocracia”<sup>67</sup>, enquanto o segundo, ao descrever as dinâmicas do poder político, chama a Inglaterra de uma *república aristocrática*<sup>68</sup>.

Diante da profunda influência que os valores do liberalismo possuem sobre a formação do Estado de Direito, a análise deste deve, obrigatoriamente, passar pela análise daquele e da longa relação que mantêm. O liberalismo enquanto expressão política que constitui o Estado de Direito, ao mesmo tempo em que é constituído por ele, tem como principal pergunta, ou

---

<sup>64</sup> LOSURDO, op. cit., p. 133

<sup>65</sup> LOCKE, op. cit., p. 108 e ss.

<sup>66</sup> LOSURDO, op. cit., p. 135

<sup>67</sup> CONSTANT, *Mélanges de littérature et de politique*, 1829, p. 33. Tocqueville refere-se à Inglaterra ironicamente como uma República, haja vista ser impossível desconhecer que a forma de governo inglesa é uma Monarquia hereditária.

<sup>68</sup> TOCQUEVILLE, *A democracia na América*: livro II - sentimentos e opiniões, p. 297

problema, o quanto o Estado pode intervir na liberdade do indivíduo. Se, como aponta Locke<sup>69</sup>, o Estado tem como principal função viabilizar uma liberdade qualificada, que imponha limites aos outros enquanto impõe ao indivíduo, concomitantemente, uma série de limites a sua liberdade, qual seria o correto equilíbrio entre a ação do Estado, que monopoliza a violência, e os limites normativos impostos a este Estado a fim garantir a liberdade individual? Nesse sentido, Libório Hierro nos dá uma resposta prévia quando se atenta aos liberais e assim descreve a relação deles com o Estado:

Os liberais, de Locke até os mais radicais como Hayek e Nozick, sustentam, sem qualquer objeção, que o Estado é justificado porque protege os direitos individuais, porque assume, ao menos, o legítimo monopólio da violência segundo o qual permanece abolida a defesa privada, a autotutela, – que só é legítima em casos limítrofes – e substituída pela defesa pública de direitos. Deste modo surge um aparato de defesa do Estado, um aparato policial estatal e um aparato estatal de administração da justiça.<sup>70</sup>

A pergunta se comunica diretamente com o binômio *pessimismo potestativo e otimismo normativo*, indicado como núcleo do Estado de Direito. Para respondê-la satisfatoriamente é necessário investigar qual é o poder a ser limitado e a quem ele pertence; qual o conteúdo dessas normas que justificam o Estado e como elas operam. Analisar as diversas teorias elaboradas em busca de uma resposta e as diversas experiências praticadas na vivência dessas respostas responde de forma mais clara o que é o liberalismo e como ele configura o Estado de Direito. Os liberais da Escola de Manchester e da escola francesa possuem, com base nas noções delineadas, uma concepção do Estado como o “vigia noturno”, reduzindo sua intervenção à manutenção da ordem, cumprimento de contratos, combate à violência, proteção dos bens e das pessoas, defesa do território contra ameaças estrangeiras e resguardo de uma concepção individualista da vida social<sup>71</sup>.

O Estado opera como um assegurador das relações privadas e da manutenção de sua forma, principalmente das relações de troca e de produção. Ferdinand Lassalle vê a concepção do Estado de Direito da burguesia liberal com a função única e exclusiva de proteger e assegurar a liberdade individual e a propriedade privada. A dimensão ética do Estado é a

---

<sup>69</sup> LOCKE, op. cit.

<sup>70</sup> HIERRO, *Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy*, in: ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*, 2009, p. 189. A tradução livre foi realizada a partir do texto em espanhol. No original: “Los liberales, desde Locke hasta ahora incluyendo los más radicales como Hayek y Nozick, han sostenido sin empacho alguno que el estado se justifica porque protege los derechos individuales, porque asume, al menos, el legítimo monopolio de la violencia conforme al cual queda abolida la defensa privada – que sólo es legítima en casos limite – y sustituida por la defensa pública de los derechos. De tal modo surge, como mínimo, un aparato estatal de defensa, un aparato estatal de policía y un aparato estatal de administración de justicia.”

<sup>71</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 41

garantia da segurança e das trocas. Em tom de ironia, Lassalle aponta que esse é o conceito do Estado vigia-noturno, cuja função é impedir o furto e o roubo, manter a propriedade protegida<sup>72</sup>. A crítica a essa concepção de Estado é apresentada por Lassalle em referência à Escola de Manchester, termo usado para designar um grupo de teóricos do liberalismo econômico, o que evidencia que apesar de haver diferenças entre o liberalismo político e o econômico, como apresentado na introdução, há uma convergência quanto à função e limitação do Estado, qual seja, garantir a liberdade das relações de troca e da propriedade sem limitar a autonomia dos indivíduos que as realizam. Sem limitar a liberdade desses indivíduos.

### 1.3. Dimensões da liberdade no liberalismo político

O liberalismo político é uma tradição do pensamento político-filosófico que ganha importância central nos discursos políticos a partir do século XVII, e que tem em seu pensamento o conceito de liberdade como questão fundamental. Ele centraliza, em um primeiro momento, sua atenção nas relações dos indivíduos com a liberdade negativa, que, como posto anteriormente, caracteriza-se pela amplitude da extensão de ações que os sujeitos podem ter sem que sejam obstruídos por outros sujeitos<sup>73</sup>. Quanto maior o conjunto de ações possíveis, maior a liberdade do sujeito<sup>74</sup>. A corrente político-filosófica percebe que os sujeitos sociais diversas vezes possuem interesses e ações conflitantes, o que gera uma possibilidade de interferência de uns na liberdade de outros. Para pensadores liberais, centralmente Locke, Mill, Constant e Tocqueville, os limites às ações dos sujeitos devem ser prescritos pelas leis. O Estado atua através delas, limitando a liberdade geral dos sujeitos, presente no estado de natureza, para garantir à sociedade uma liberdade qualificada e pacífica<sup>75</sup>.

Estado de natureza se refere ao estado hipotético que precede a formação da sociedade civil e do Estado. A hipótese é assumida em grande parte pelos contratualistas Hobbes, Rousseau e Locke, dentre outros, para aludir ao momento anterior ao pacto social, à formação do contrato civil que dá origem à sociedade. O conceito assume uma função teórica de se dirigir ao comportamento e condição do ser humano fora do contexto social e a partir disso

---

<sup>72</sup> BERNSTEIN, *Ferdinand Lassalle as a social reformer*, 1983, p. 104

<sup>73</sup> O termo “sujeitos” refere-se aos indivíduos isolados ou a suas associações, estejam elas institucionalizadas no Estado ou não.

<sup>74</sup> BERLIN, *Two concepts of liberty*, in SANDEL, *Liberalism and its critics*, 1984, p. 17, tradução livre a partir do trecho original: “Political liberty in this sense is simply the area within which a man can act unobstructed by others. (...) The wider the area of non-interference the wider my freedom.”

<sup>75</sup> LOCKE, *op. cit.*, p. 156; <sup>75</sup> BERLIN, *Two concepts of liberty*, 1984

estabelecer as premissas que fundamentam o poder. Em Hobbes, é o fundamento do poder do soberano, haja vista a condição de o estado de natureza ser a constante guerra de todos contra todos<sup>76</sup>, sendo a formação do Estado o caminho para afastar esse estado de guerra. Locke<sup>77</sup> vê o estado de natureza como um estado de paz e liberdade, mas o indivíduo tem um gozo precário dessas condições diante da contínua ameaça às liberdades e propriedades individuais. Assim, é necessária a formação do Estado para que o sujeito usufrua da liberdade e tenha uma paz qualificada. O estado de natureza também aparece em Kant, que declara que “a menos que queira renunciar a quaisquer conceitos de direito” o ser humano precisa “abandonar o estado de natureza no qual cada um segue o próprio critério, e unir-se com todos os outros”. A partir dessa união os sujeitos passam a “submeter-se a uma coação legal externa pública”, um poder adequado e determinado pela lei e não pelas próprias forças. Kant indica que “deve-se, acima de tudo o mais, ingressar numa condição civil”<sup>78</sup>.

Se na teoria o estado de natureza assume essa característica de representar um momento prévio à formação da sociedade e do Estado, a sua transposição para a práxis traduz-se em um acentuado eurocentrismo. Os teóricos se referem às sociedades que não possuem traços sociais, hierarquização e organização política semelhante aos da Europa como o estado de natureza. Teóricos costumam identificá-lo com os “selvagens da América”. Hobbes, por exemplo, indica que: “os selvagens em muitos lugares da América, com exceção dos governos de pequenas famílias, fundamentam sua concórdia em uma cobiça material natural; não há qualquer forma de governo, vivendo nesse estado (de natureza) brutal”<sup>79</sup>. O autor de *Leviatã*, ao contrapor estado de natureza e estado civil, atribui a este “o domínio da razão, a paz, a segurança, a riqueza, a decência, a sociabilidade, o requinte, a ciência e a benevolência”<sup>80</sup>, enquanto naquele existe apenas “o domínio das paixões, guerra, medo, pobreza, desídia, isolamento, barbárie, ignorância, bestialidade”<sup>81</sup> e “a vida do homem é solitária, pobre, vil, brutal e breve”<sup>82</sup>.

A liberdade pode existir no estado de natureza, mas é tão precária ao domínio dos outros homens que não permite um gozo pacífico e seguro, estando sempre em estado de precariedade, de indeterminação; o Estado surge como remédio a esse mal. A melhor

---

<sup>76</sup> Pierre Clastres expõe de forma breve as contradições e falhas desse pensamento em CLASTRES, Arqueologia da violência: a guerra nas sociedades primitivas, 2004.

<sup>77</sup> LOCKE, op. cit., p. 156

<sup>78</sup> KANT, *A metafísica dos costumes*, 2003, p. 154

<sup>79</sup> HOBBS, *Leviathan*, 2006, 89.

<sup>80</sup> HOBBS, *De cive*, 1987, p. 130.

<sup>81</sup> Idem.

<sup>82</sup> HOBBS, op. cit., 2006, 89.

caracterização do estado de natureza é uma negativa, através da qual se indica a ausência de um poder legal e legítimo, capaz de controlar e coagir os sujeitos da sociedade. O que define o estado de natureza é a ausência de um monopólio legal da violência. É o estado de indeterminação e, de certa maneira, da igualdade: ninguém tem um privilégio de exercício do poder, não há um fundamento ao poder ou à violência, não há soberano ou súdito, senhores ou escravos. Os mais fortes ou mais inteligentes podem sucumbir à aleatoriedade dos acontecimentos, à indeterminação das relações não normatizadas. No estado de natureza há uma potência difusa em cada uma das singularidades. É contra essa liberdade que o liberalismo se coloca – é a favor de uma liberdade privilégio, de um Estado de Direito no qual a norma estabeleça uma segurança (jurídica) nas relações entre soberano e súditos, senhores e escravos, patrões e empregados, burgueses e proletários.

A tradição liberal entende que uma sociedade somente é livre se duas condições conexas estiverem presentes: primeiramente, que nenhum poder, mas apenas os direitos sejam considerados absolutos; sucessivamente, que o campo de liberdade dos sujeitos possua um conjunto de obstáculos significativos para que seja invadido e esses entraves devem ser legítimos, sustentados por normas amplamente aceitas<sup>83</sup>. Os indivíduos podem, independentemente do poder que os governa, recusar-se a agir de forma desumana, que fira a sua própria liberdade e a dos outros membros da sociedade. “A liberdade de uma sociedade, ou de uma classe ou grupo, nesse sentido de liberdade, é medida pela força dessas barreiras, e pelo número e importância dos caminhos que se mantêm abertos para seus membros – se não para todos, de qualquer forma, para um grande número deles”<sup>84</sup>. Dessa dupla necessidade surge a conexão entre o Estado de Direito e o liberalismo, que, como posto anteriormente, assume diversas formas históricas (*rule of law*, estadunidense e britânico, *Rechtsstaat* alemão, *État de droit*, francês) com diferenças e semelhanças entre si. Semelhanças que se apresentam no conjunto normativo que reconhece direitos subjetivos e os protege contra os outros indivíduos e contra o Estado, bem como no binômio *otimismo normativo* e *pessimismo potestativo* instrumentalizado.

O pessimismo potestativo pode ser traduzido como a preocupação do limite da intervenção do Estado na liberdade individual. O liberalismo vê a necessidade de uma limitação à liberdade para assegurar a própria liberdade, mas teme que o poder restritivo do

---

<sup>83</sup> BERLIN, op. cit., p. 28.

<sup>84</sup> Idem, tradução livre a partir do trecho original: “*The freedom of a society, or a class or a group, in this sense of freedom, is measured by the strength of these barriers, and the number and importance of the paths which they keep open for their members - if not for all, for at any rate a great number of them.*”

Estado diminua o campo de atuação dos sujeitos a ponto de limitar excessivamente as possibilidades de agência. Assim, os indivíduos não podem ser totalmente livres e devem, portanto, abrir mão de certa porção da liberdade para manter o restante dela. A ideia de uma limitação mínima na liberdade dos sujeitos é compartilhada entre os liberais mais otimistas e os mais pessimistas quanto à intervenção do Estado, dos mais convictos defensores da liberdade aos que estavam mais dispostos a mitigá-la para realizar outros valores. Nesse contexto, o filósofo-político liberal Isaiah Berlin pontua:

O mais eloquente de todos os defensores da liberdade e da privacidade, Benjamin Constant, que jamais esqueceu a ditadura jacobina, declarou que ao menos a liberdade de religião, opinião, expressão e propriedade deve ser garantida contra a invasão arbitrária. Jefferson, Burke, Paine, Mill, compilaram diferentes catálogos de liberdades individuais, mas o argumento para manter a autoridade sob controle é, essencialmente, sempre o mesmo. Devemos preservar uma área mínima de liberdade pessoal, se não quisermos 'degradar ou negar nossa natureza'.<sup>85</sup>

Os teóricos liberais não se opõem ao fato de o Estado deter o poder de limitar a liberdade natural ou o campo de arbítrio de cada indivíduo, desde que dois requisitos sejam atendidos: primeiramente, que “o máximo espaço de arbítrio individual” seja conciliado com os arbítrios alheios – aqui, a igualdade assume um papel interpretativo central igualando os sujeitos de diferentes origens sociais e jurídicas; a segunda condição é que o direito seja a ferramenta de limitação da liberdade natural, “a norma jurídica geral válida para todos”<sup>86</sup>.

A liberdade em um contexto estritamente negativo não é incompatível com regimes autoritários, sejam autocracias ou aristocracias autoritárias. A questão a ser resolvida se limita a quão ampla é a área de atuação do indivíduo, não importa de onde emanam as leis responsáveis por fixar essa amplitude ou se há alguma forma de atuação dos indivíduos nos processos legislativos de confecção dessas leis. Uma democracia representativa pode restringir o campo de ação dos indivíduos, assim como um governo liberal despótico pode proporcionar uma ampla área de atuação para os membros da sociedade<sup>87</sup>. A questão é que a democracia representativa é vista, por alguns liberais, como um regime que tem maior possibilidade de assegurar direitos civis do que as outras formas de governo, embora não

---

<sup>85</sup> BERLIN, idem, in SANDEL, *Liberalism and its critics*, 1984, p. 19, tradução livre a partir do trecho original: “The most eloquent of all defenders of freedom and privacy, Benjamin Constant, who had not forgotten the Jacobin dictatorship, declared that at the very least the liberty of religion, opinion, expression, property, must be guaranteed against arbitrary invasion. Jefferson, Burke, Paine, Mill, compiled different catalogues of individual liberties, but the argument for keeping authority at bay is always substantially the same. We must preserve a minimum area of personal freedom if we are not to 'degrade or deny our nature'.”

<sup>86</sup> BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO. Dicionário de Política, 1998, p. 693

<sup>87</sup> BERLIN, in SANDEL, op. cit., 1984

esteja completamente livre do perigo potestativo. A participação dos indivíduos, ainda que de forma indireta, possibilita controle e resguardo sobre os direitos e sobre a liberdade.

Essa participação não só aumenta a proteção das liberdades, como é em si outra forma de liberdade necessária. Chamada de liberdade positiva, ela não questiona qual a amplitude do campo de atuação, mas quem determina a amplitude desse campo. É o desejo de parte dos indivíduos de serem os próprios “mestres”, de possuírem o poder de decidir o conjunto de leis que irá reduzir e controlar a sua liberdade. Questionam se realmente há liberdade quando outro indivíduo é o responsável pela limitação da “minha” liberdade. A força da corrente que luta pela ampliação e importância da liberdade positiva e a proximidade cronológica do liberalismo com a democracia é tão expressiva que gera uma impressão, em parte dos filósofos políticos, de que as mais distintas correntes do liberalismo apresentam como denominador comum a defesa do Estado liberal “que tem a finalidade de garantir os direitos do indivíduo contra o poder político e, para atingir esta finalidade, exige formas, mais ou menos amplas, de representação política”<sup>88</sup>.

O autor que delineou de forma indireta essa noção de liberdade positiva foi Immanuel Kant, com o conceito de autonomia da vontade que “é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer)”<sup>89</sup>. A autonomia da vontade é a faculdade de atribuir leis a si mesmo. Para Kant, é uma característica da moral, em oposição à heteronomia, em que a vontade busca em um objeto externo a legislação que determina sua ação. Embora Kant não tenha indicado a heteronomia como característica do direito, alguns de seus intérpretes<sup>90</sup> afirmam com segurança que a força coercitiva deste possibilita atribuir-lhe essa definição.

Se a ideia de autonomia é identificada com a capacidade de prescrever leis para si mesmo, é possível reconhecer uma continuidade dessa ideia de autonomia da vontade no pensamento de Rousseau. Ele, ao diferenciar a liberdade natural da liberdade civil, indica que aquela só encontra limite nas forças do indivíduo, enquanto esta é limitada pela vontade geral<sup>91</sup>. Liberdade, para o autor, é obedecer a uma lei que prescrevemos a nós mesmos<sup>92</sup>, o que se opõe à escravidão de sermos dirigidos somente pelos nossos apetites. Essa concepção

---

<sup>88</sup> BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, op. cit., p. 690.

<sup>89</sup> KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2007, p. 84.

<sup>90</sup> BOBBIO, *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, 2000, p. 103.

<sup>91</sup> ROUSSEAU, *Discourse on political economy and The social contract*, 1999, p. 59.

<sup>92</sup> Idem.

de liberdade antecipa a visão de Kant que “considera a liberdade moral de fato não como falta de leis, mas como obediência à lei moral da própria razão, e, portanto, como autonomia”<sup>93</sup>.

O Estado que tem a ideia de autonomia no seu centro considera essa forma de liberdade civil como fundamento de suas leis; um Estado autoritário é puramente heteronômico e impõe as estruturas normativas de forma externa, com a força coercitiva. O direito é responsável por atuar nas duas formas, possibilitando a livre coexistência dos seres humanos com fundamento na liberdade e em uma limitação da liberdade. O objetivo do direito, nesse contexto, é garantir a liberdade externa: possibilitar que todos coexistam e governem a si mesmos segundo a autonomia da vontade, desde que não obstruam a autonomia dos outros. O direito limita a liberdade, para que ela não se transforme em opressão dos outros, mas tem como horizonte o princípio da autonomia.<sup>94</sup>

Apesar dessa impressão *a posteriori*, o questionamento sobre a liberdade positiva dá azo a um embate interno no liberalismo, que discute exatamente a possibilidade de o fortalecimento da participação da população provocar o enfraquecimento das liberdades negativas tão bem definidas e protegidas pelas leis e pela tradição liberal. Uma parte expressiva dos autores liberais “pontuava que a soberania do povo pode, facilmente, destruir a individual”<sup>95</sup>. A supressão das liberdades individuais pelos regimes democráticos, sem que eles deixem de ser democráticos, foi um receio de parte dos liberais (centralmente Constant, Mill e Hamilton) que acompanha a teoria liberal até a presente data. Chegou-se ao ponto de Hayek, *e.g.*, questionado a respeito da violenta e absurda ditadura de Pinochet, assumir que sua “preferência pende a favor de uma ditadura liberal. Não a um governo democrático em que não haja nenhum liberalismo”<sup>96</sup>. Portanto, embora o liberalismo seja definido como uma corrente política que se mistura com a democracia em uma quase indissociação entre os dois princípios, uma análise detalhada demonstra que os pensadores liberais viam a democracia como um risco à liberdade.

A conexão tradicionalmente realizada entre os conceitos de liberdade e suas representações dentro do Estado de Direito, democracia e o constitucionalismo, não é uma conexão necessária, sendo inclusive uma marca inicial e permanente do liberalismo uma certa aversão à democracia em sua forma mais ampla (defendida pela tradição de Marsílio de

---

<sup>93</sup> BOBBIO, op. cit., 2000, p. 75.

<sup>94</sup> KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2007, p. 85.

<sup>95</sup> BERLIN, in SANDEL, op. cit., p. 19, tradução livre a partir do trecho original: “*They pointed out that the sovereignty of the people could easily destroy that of individuals.*”

<sup>96</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., p. 184



Pádua, Althusius, Rousseau e Marx<sup>97</sup>) que indica a comunidade como o soberano, aqueles que “constituem” o poder. Os Estados Unidos da América, possivelmente o centro dessa compreensão que conecta umbilicalmente um à outra, é onde o ódio à democracia ficou mais claro<sup>98</sup>, como será exposto adiante. Um dos fundamentos para o processo de independência e da postura liberal do país foi a liberdade enquanto exercício de autogoverno diante da metrópole, o direito de um povo consentir com as leis que lhe governarão e a participação popular nos processos políticos. A força e o apoio da população durante a guerra de independência e os processos seguintes de unificação territorial geraram, por parte da população, uma incontornável demanda por participação e por voz nas leis que iriam governá-los<sup>99</sup>. A proximidade da democracia, em sua forma representativa, com o liberalismo nesse momento histórico faz com que se tenha a falsa ideia de indissociação, embora, como será evidenciado à frente, o movimento tenha sido, já no início, o de dissociação.

A linha entre liberdade positiva e negativa é tênue, afinal de contas as próprias relações privadas são capazes de determinar, às vezes até mais que o próprio Estado, os campos e os limites de ação dos indivíduos, do senhor sobre o seu escravo e do patrão sobre seu funcionário ou servo. A demanda de ser senhor de si mesmo é limitada pelas próprias relações privadas, que, ao serem despolitizadas, continuam a agir como elementos de desigualdade e submissão, limitando a liberdade dos sujeitos. A diferença estabelecida entre liberdade negativa – do campo dos direitos civis, a liberdade privada – e a liberdade positiva – do campo político, a liberdade pública de atuar como cidadão ativo – está presente na teoria e em discursos políticos, mas uma cisão definitiva, que as separem enquanto campos isolados e distintos na prática política e social, é impossível. São categorias teóricas que se aproximam constantemente na prática; não é possível definir como livre aquele que tem seu espaço de ação hierarquicamente imposto, que não pode decidir, em conjunto com os seus iguais, os próprios limites. Não se indica como livre o indivíduo que consegue correr e circular a vontade dentro de uma prisão.

É impossível ser senhor de si mesmo quando outro já o detém. A liberdade no liberalismo por vezes é um alargamento das liberdades contratuais, uma determinação de que certas relações sejam confinadas ao espaço da vontade dos sujeitos. Nesses termos, o Abade

---

<sup>97</sup> Análise feita de forma mais pormenorizada em KALYVAS, *Democracia constituinte*, 2013. Cada um desses autores possui especificidades e descontinuidades no pensamento, mas mantém uma ideia central da comunidade e dos sujeitos na fundação do poder e da Constituição, sendo eles o poder constituinte e, portanto, soberano.

<sup>98</sup> A análise feita em WOOD, *Democracy against Capitalism: renewing historical materialism*, 2003 e explorada durante a análise da democracia representativa é essencial para essa posição.

<sup>99</sup> WOOD, op. cit., p. 214 e 218.

Sieyès, ao realizar uma defesa da liberdade contratual e da autonomia dos contratantes indica: “toda convenção é um intercâmbio em que cada um ama o que recebe mais do que aquilo que oferece”<sup>100</sup>. O autor sustenta seu ponto diante das relações contratuais mais desumanas possíveis, em que a liberdade contratual possibilita a abdicação de qualquer liberdade.

O liberalismo, através dos conjuntos normativos do Estado de Direito, impede que certas relações sejam públicas – ao transferir essas relações ao campo da liberdade e afastar do campo público a possibilidade de diálogo sobre este, transforma as discussões comunitárias sobre os limites da liberdade privada em um ato contrário à liberdade em si – e constrói as bases normativas das relações econômicas entre expropriadores e produtores. Essa atuação dúplice do campo normativo funciona como um impedimento ao campo político, que fica impossibilitado de interferir nas relações de desigualdade e exploração, enquanto há uma abertura para que as relações de opressão permaneçam ativas por tratarem-se de uma liberdade dos indivíduos. A teórica marxista Ellen Meiksins Wood aponta de forma precisa que

Propriedade privada absoluta, a relação contratual que liga o produtor ao apropriador, o processo de troca de mercadorias – tudo isso requer as formas legais, o aparato coercitivo, as funções de policiamento do Estado. Historicamente, o Estado tem sido essencial para o processo de expropriação que é a base do capitalismo. Em todos esses sentidos, apesar de sua diferenciação, a esfera econômica repousa firmemente no político.<sup>101</sup>

Apesar da distinção entre uma liberdade positiva e uma liberdade negativa, que se comunicam, respectivamente, com a esfera política e econômica, a última é responsável por definir os traços políticos e o alcance da liberdade. A atuação política do Estado em limitar e indicar as fronteiras do agir econômico e como as estruturas irão atuar, o que vão inibir e o que vão resguardar, é a base das relações de troca, que por sua vez determinam o alcance da atuação política.

É clara a conexão entre a teoria liberal, dos séculos XVIII e XIX, e o Estado de Direito em sua origem. Proximidade que não é reduzida no neoliberalismo, forma que invoca semelhanças e rupturas com o liberalismo clássico<sup>102</sup>. O Estado de Direito tem como seu

---

<sup>100</sup> SIEYÈS, *Political writings*: including the debate between Sieyès and Tom Paine in 1791, 2003, p. 10, 89 e 196.

<sup>101</sup> WOOD, op. cit., p. 30, tradução livre a partir do seguinte trecho: *Absolute private property, the contractual relation that binds producer to appropriator, the process of commodity exchange - all these require the legal forms, the coercive apparatus, the policing functions of the state. Historically, too the state has been essential to the process of expropriation that is the basis of capitalism. In all these senses, despite their differentiation, the economic sphere rests firmly on the political.*

<sup>102</sup> Pierre Dardot e Cristian Laval desenvolvem um importante trabalho a respeito do neoliberalismo e das rupturas que possui com o liberalismo. A abordagem dos autores percorre uma via de reflexão política sobre o modo de governo e de subjetivação dos indivíduos. Através de uma análise da governamentalidade, como o

núcleo a proteção à liberdade e à propriedade privada, principalmente contra a força arbitrária do poder político, e a autodeterminação econômica e política do povo de cada Estado-Nação. Norberto Bobbio<sup>103</sup> sistematiza o Estado de Direito em quatro estruturas conexas: uma estrutura formal do sistema jurídico, responsável pela garantia das liberdades fundamentais através da aplicação da lei geral-abstrata por parte de juízes independentes; uma estrutura material que garante a liberdade de concorrência no mercado, reconhecida na realização de trocas; uma social do sistema jurídico, que normatiza as questões sociais e as políticas reformistas de integração da classe trabalhadora; e, por fim, uma estrutura política do sistema jurídico, que sistematiza a separação e distribuição do poder estatal. As duas primeiras estruturas, material e estrutura social, do sistema jurídico direcionam e determinam as transformações em nível formal e político.

A expressão dessas estruturas econômicas e políticas é normatizada por meio da Constituição e o conjunto normativo que a acompanha, responsáveis por estabelecer os limites de atuação e o conteúdo desses direitos. Nesse sentido o jurista e filósofo Danilo Zolo argumenta que o “ordenamento jurídico funciona não somente como limitador do ímpeto despótico do poder jurídico, mas como protetor dos direitos fundamentais dos indivíduos, antes de tudo sua liberdade e igualdade”<sup>104</sup>. Os referidos direitos fundamentais possuem larga amplitude de concepções em disputa pela sociedade, cabendo às normas e seus intérpretes

---

governo dirige e condiciona os indivíduos, os autores demonstram que a concorrência assume uma centralidade não só nas relações comerciais das empresas mas nas relações do indivíduo consigo mesmo. A lógica empresarial, de melhora, aprimoramento do produto, de ampliação do capital, o sujeito “deve crescer indefinidamente, isto é, um valor que deve valorizar-se cada vez mais”. A lógica empresarial é o que governa os indivíduos. Os autores também demonstram que as condições históricas de implementação do neoliberalismo exigiram uma outra forma de atuação prática. Era necessária uma ruptura com os estados de bem-estar social e as garantias constitucionais dos direitos sociais, além da exigência de resposta à crise do liberalismo – motivada pela grande depressão de 1929, a resposta econômica do keynesianismo, o surgimento de movimentos fascistas e o horizonte político do socialismo. O liberalismo responde de duas maneiras: com um ordoliberalismo, que entende que as crises do liberalismo são motivadas pelas próprias condições da escola econômica e com as escolas austríaca e de Chicago, que vêem na ampliação das intervenções estatais a crise do liberalismo. O primeiro posicionamento aponta que o liberalismo tem em sua matriz um intervencionismo de matriz jurídica e aposta nessa forma de intervenção e regulação para que o capitalismo e o liberalismo se recuperem. Os austríacos se mantêm fieis à tradição liberal e reafirmam os princípios de não intervenção e autorregulação da economia. A escola austríaca e a de Chicago triunfaram na retomada do liberalismo, com reconhecimento internacional de seus dois maiores nomes, Hayek e Friedman, inclusive influenciando os governos de Thatcher e Reagan, respectivamente. Essas posições influenciaram Inglaterra e Estados Unidos na redução do tamanho do Estado, com o abandono do Estado de bem-estar social e a progressiva diminuição das políticas assistenciais. É a retomada do já mencionado Estado vigia-noturno. Aqui está a continuidade do liberalismo no neoliberalismo, está no fundamento das posições econômicas e no princípio geral de não-intervenção, no objetivo de retirar do campo político as discussões sobre a produção e as relações de troca de sentenciar o destino econômico da sociedade e das pessoas à liberdade da elite capitalista. DARDOT; LAVAL, *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*, 2016, pp. 17, 31-33, 74-76

<sup>103</sup> BOBBIO, op. cit., 2004

<sup>104</sup> ZOLO, op. cit., p. 37

circunscreverem o seu conteúdo. O otimismo normativo presente no liberalismo é responsável pela gênese da forma Estado de Direito, espaço cujo liberalismo fixa no ordenamento jurídico seus objetivos e soluções, preenchendo e determinando o teor normativo. Tem-se, assim, um liberalismo jurídico que se ocupa da organização de um Estado “capaz de garantir os direitos do indivíduo, um Liberalismo muitas vezes propenso a transformar suas próprias soluções particulares em fins absolutos”<sup>105</sup>.

O Estado de Direito é o fruto maduro do liberalismo. É a concepção (in)acabada<sup>106</sup> e a representação material das ideias e objetivos traçados pelo pensamento liberal político-filosófico. É necessário analisar o conteúdo dessa forma para se responder o que é o liberalismo, uma resposta que não se limite à análise dos ideais políticos liberais, que omite as contradições definidoras dessa tradição, mas que busque numa contra-história uma resposta que exponha as contradições do movimento liberal.

#### 1.4. Liberdade como propriedade: a escravidão funda o Estado de Direito

What kind of democracy is that? What kind of (uh) freedom is that? What kind of social or political system is it when a black man has no voice in court? Has no nothing on his side other than what the white man chooses to give you?<sup>107</sup>

O liberalismo é tradicionalmente conectado ao ideal da liberdade, tanto na esfera civil, negativa, quanto política, positiva. No entanto, apontar *liberdade* é vago, ou é acreditar que há um significado único e universal para liberdade, e o problema com definições universalistas é que a história sempre se faz presente para prová-las erradas. O conceito de liberdade não foge ao caso: a humanidade apresenta tantas concepções dele quanto de sociedades. Então, em que consiste especificamente essa liberdade liberal que preenche o interior do Estado de Direito? Os traços iniciais já foram explicitados anteriormente – a distinção entre liberdade negativa e positiva e como são definidas. Agora é necessário analisar de forma mais detalhada o conceito e sua prática.

---

<sup>105</sup> BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, op. cit, p. 690

<sup>106</sup> Um produto final sempre em reforma, com a promessa de ampliação do rol de direitos, inclusão de uma parte excluída no rol primário de direitos, uma valorização crescente da liberdade e as promessas de reformas políticas que cada dia supostamente vão democratizar mais o Estado de Direito.

<sup>107</sup> MALCOLM X, em discurso disponível no em: <<https://www.youtube.com/watch?v=qNfAFfu6VD0>>.

A concepção de liberdade que opera no Estado de Direito, teorizada pelo liberalismo, é delineada e ganha contornos mais firmes em um contexto de oposição aos antigos regimes, de intervenção monárquica e feudal na propriedade e liberdade dos produtores. É uma resposta às opressões baseadas no nome, na origem social, nos privilégios de nascimento típicos das sociedades rígidas com divisões sociais bem demarcadas. O governo e domínio da força estava restrito a um grupo fixo de pessoas, cabendo às outras apenas obedecer às ordens e determinações daquele grupo. Locke, em 1689, ao analisar o conteúdo da liberdade social, define-a como

a liberdade de seguir minha própria vontade em todas as coisas não prescritas por esta regra; e não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem: como a liberdade natural consiste na não submissão a qualquer obrigação exceto a da lei da natureza.<sup>108</sup>

A liberdade aparece como uma possibilidade de o próprio sujeito determinar a destinação e o uso de sua propriedade e se opor aos governantes em caso de interferência não previstos em lei e, portanto, despótico sobre a vontade e propriedade dos indivíduos, sendo uma comunicação tríplice entre liberdade, propriedade e segurança. O Abade Sieyès possui uma aceção semelhante e aponta que a liberdade só tem significado com “a segurança de não ser importunado no exercício de sua propriedade pessoal e no uso de sua propriedade real”<sup>109</sup>. A clara ligação entre liberdade e uso discricionário da propriedade privada perpassa toda a tradição liberal; o uso da propriedade e os meios de produção de subsistência supostamente garantem a independência do indivíduo. Nos EUA, a conceituação possui sentido semelhante: mantém-se a exigência de ações livres de interferências despóticas do poder político e arbitrárias de outros indivíduos, mas o significado de liberdade é ampliado e compreendido em uma oposição à conjuntura específica de uma colônia escravocrata<sup>110</sup>.

A conceituação do estado de liberdade é construída através da sua antítese, a escravidão, como pode ser percebido no discurso dos “pais fundadores” dos EUA, indiscutivelmente liberais clássicos, ao abordarem a liberdade política. Alexander Hamilton, por exemplo, entende que a escravidão ocorre quando o sujeito é governado pela “vontade do outro”. O homem livre, por sua vez, “é governado por leis às quais ele dê o seu *consenso*”<sup>111</sup>. Benjamin Franklin, durante o processo de independência estadunidense, aponta que ser taxado por um legislativo em que não se tem voz, ainda que indireta, significa ser visto e tratado

---

<sup>108</sup> LOCKE, op. cit., p. 95

<sup>109</sup> SIEYÈS, op. cit., 2008, p. 62.

<sup>110</sup> LOSURDO, op. cit., p. 118.

<sup>111</sup> HAMILTON, Writings, ed. Joanne B. Freeman, New York: Library of America, 2001, p. 11.

como um “povo subjugado”<sup>112</sup>; ser excluído das decisões políticas e submetido a normas impostas do exterior, ainda que razoáveis e liberais, já é sinônimo de escravidão política ou, pelo menos, constitui o seu início<sup>113</sup>.

Assim, a liberdade aparece como a autodeterminação das pessoas que compõem determinada sociedade ou, em um conceito historicamente apropriado, o povo. Aquele que não é livre só pode ser escravo, estado totalmente inaceitável para a tradição liberal. A escravidão aparece como o horror de uma era passada, das eras dos reis e do absolutismo. Essas palavras são ditas por dois dos “pais fundadores” dos Estados Unidos da América, um dos países que se ergueu com a mão de obra de escravos negros e a dos *coolies* (mão de obra análoga à escravidão) asiáticos, além da dominação e genocídio dos nativos. País que até hoje apresenta formas modernas de escravidão, como o encarceramento em massa da população negra<sup>114</sup> ou a das indústrias maquiladoras<sup>115</sup> com subempregos dos mexicanos nas zonas de livre-comércio no norte do México. A escolha de Hamilton e Franklin é precisa por representar as contradições do liberalismo estadunidense e de todo o ocidente. Hamilton era um abolicionista que participou de processos de comercialização de seres humanos mas jamais se declarou proprietário de alguém, enquanto Franklin foi um escravocrata convicto durante parte de sua vida e defendeu publicamente o instituto da escravidão, mas também se tornou um abolicionista<sup>116</sup>. Os dois foram responsáveis pela declaração de independência estadunidense, pelos gritos de liberdade e os contornos do *rule of law*. Há um constrangimento em gritar pelo Estado de Direito, “forma de governo que respeita a liberdade dos homens livres, mas, ao mesmo tempo, defende a escravidão”<sup>117</sup>. No entanto, o constrangimento não é o suficiente para questionar os limites da ‘propriedade’ e da forma como a riqueza das classes protagonistas é formada; não é o suficiente para aceitar as críticas já existentes sobre o horror da escravidão.

---

<sup>112</sup> FRANKLIN, Writings, ed. J. A. Leo Lemay, New York: Library of America, 1987, p. 405.

<sup>113</sup> LOSURDO, op. cit., p. 118.

<sup>114</sup> De acordo com os registros demográficos dos EUA os negros representam 36% da população carcerária e 14% da população total dos EUA, país que admite constitucionalmente o trabalho forçado em seu sistema prisional. Informação retirada do Instituto Federal de demografia dos EUA, “*Census Bureau*”, disponível em: <<https://www.census.gov/popclock/>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

<sup>115</sup> As indústrias maquiladoras são fábricas de capital estadunidense localizadas principalmente no extremo norte do México, próximo a sua divisa com os Estados Unidos da América, mas também presentes em El Salvador e Nicarágua. A maioria executa a montagem de produtos de valor e tecnológicos, usufruindo de uma mão-de-obra extremamente barata, aproximadamente 20% (vinte por cento) do salário mínimo estadunidense e condições de trabalho precárias. A instalação de maquiladoras nesses países tem relação direta com uma prévia relativização das leis trabalhistas internas.

<sup>116</sup> ZUCKERMAN, *Almost Chosen People: oblique biographies in the american grain*, 1993.

<sup>117</sup> LOSURDO, op. cit., p. 52

A contradição não é um monopólio do Estado racista estadunidense, mas uma tradição liberal compartilhada pela Inglaterra, Holanda e outros Estados liberais. Como indicado por Losurdo, “resta o fato de que nas três revoluções liberais, reivindicação da liberdade e justificação da escravidão e dizimação (ou aniquilação) dos bárbaros se entrelaçam estreitamente”<sup>118</sup>. A análise “contra-histórica” do liberalismo evidencia que ele só representa liberdade quando muito relativizado, apenas quando se ignoram a escravidão, a servidão, os genocídios e a aniquilação da liberdade dos não privilegiados, seja por uma questão fundamentalmente de classe, como o modelo inglês nos demonstra, seja por uma também conformada questão racial, como ocorre nos EUA. Estados Unidos e Inglaterra serão centro da análise aqui desenvolvida mas, a fim de esclarecer que esta contradição não é algo conectado somente aos ingleses e seus herdeiros culturais, é relevante indicar aqui que o processo não foi muito diferente nos Países Baixos, país incluso no rol de representantes históricos do liberalismo.

Um dos primeiros atos normativos dos Países Baixos é declarar que nenhum “homem” deve ser privado de sua liberdade e que esse é um valor fundamental. Ao mesmo tempo, a Inglaterra foi o primeiro Estado-nação a desenvolver um verdadeiro comércio de escravos<sup>119</sup>. Era a principal via de fornecimento de mão-de-obra das *plantations* que mantinham pelas Américas, e, assim que perderam os direitos sobre as terras invadidas, os ingleses passaram a atuar “apenas” como comerciantes dos seres humanos sequestrados. A prática de comércio dos negros chegou a ser formalmente declarada, pelos estados gerais, como “essencial para o desenvolvimento da prosperidade e do comércio nas colônias”<sup>120</sup>.

A situação permanece até 1863, quando os Países Baixos aboliram a escravidão nas suas colônias diante da guerra de secessão civil estadunidense e da iminente derrota dos confederados, os escravocratas do sul dos Estados Unidos.<sup>121</sup> Até o último momento, os Países Baixos, tidos como uma referência liberal por toda Europa, como lar da liberdade religiosa e civil, mantiveram íntima conexão com a escravidão, auferindo lucros e enriquecendo suas classes privilegiadas através do colonialismo e da extirpação da liberdade de dois continentes. Quanto ao comércio de escravos, a supremacia foi mantida até 1675, quando deixaram o campo para a *Royal African Company*, fundada pelos ingleses, e que tinha

---

<sup>118</sup> Idem, p. 39

<sup>119</sup> DRESCHER, *From Slavery to Freedom: comparative studies in the rise and fall of Atlantic slavery*, 1999, p. 204

<sup>120</sup> LOSURDO, op. cit., p. 29

<sup>121</sup> DRESCHER, op. cit., p. 196

como acionista ninguém menos que John Locke, um dos pais do liberalismo e o guia político-filosófico dos EUA<sup>122</sup>.

A Inglaterra, centro político do liberalismo no mundo, também apresenta suas contradições. Embora *raça* não seja o marcador definitivo de liberdade, como foi na experiência estadunidense, essa ainda teve alguma relevância. O exemplo central e forte do liberalismo, durante o auge do movimento extraiu suas riquezas e produtos da escravidão. Os dados econômicos da época mostram como a produção, o acesso à matéria prima de suas indústrias e a produtos de comércio básico dependia diretamente da extirpação da liberdade dos negros e dos ameríndios, ainda que em outros territórios: “o Liverpool Courier de 22 de agosto de 1831 calculava que  $\frac{3}{4}$  do café britânico, mais de 90% do algodão e do seu açúcar e quase 100% do seu tabaco eram produzidos por mão de obra escrava”<sup>123</sup>. Presente no comércio e nas riquezas mas não nas terras da metrópole, a escravidão continuava a desempenhar um papel importante não só como forma de produção, mas enquanto comércio em si. Mesmo após a abolição da escravidão no solo britânico, a comercialização de seres humanos permaneceu ativa por um longo período nos territórios das colônias inglesas<sup>124</sup>.

Válido ressaltar que a referida abolição da escravidão em solo inglês não significou a substituição dessa mão-de-obra por trabalhadores livres. A bem da verdade, a medida é seguida por leis contra a vagabundagem que obrigam ex-escravos, camponeses desapropriados e os miseráveis a trabalhar na qualidade de aprendizes, sem qualquer forma de remuneração e em situação de subserviência quase total<sup>125</sup>. Não há exagero em observar a proximidade entre o estado do escravo e o do aprendiz, muito menos anacronismo. Alexis de Tocqueville observa que “abolida nominalmente a escravidão os ingleses a reintroduzem com o nome de aprendizado por certo período de tempo”<sup>126</sup>. Calhoun sintetiza assim as mudanças ocorridas nas colônias inglesas após o abolicionismo:

É verdade que a autoridade do antigo mestre é destruída, mas o africano ainda será um escravo, não para os indivíduos, mas para a comunidade –forçado a trabalhar, não pela autoridade do supervisor, mas pela baioneta da tropa e pela autoridade do magistrado civil<sup>127</sup>.

---

<sup>122</sup> LOSURDO, op. cit., p. 29

<sup>123</sup> Idem, p. 25

<sup>124</sup> DRESCHER, op. cit., p. 9

<sup>125</sup> LOSURDO, op. cit., p. 84

<sup>126</sup> TOCQUEVILLE, *Writings on empire and slavery*, 2001, p. 214

<sup>127</sup> CALHOUN, *Union and Liberty*, 1992 p. 475, tradução livre a partir do trecho original: “It is true that the authority of the former master is destroyed, but the African will there still be a slave, not to individuals but to the community – forced to labor, not by the authority of the overseer, but by the bayonet of the soldiery and the rod of the civil magistrate.”



O autor faz clara referência às leis que conduziam os indivíduos aos tribunais, que os condenavam ao trabalho forçado das prisões ou apresentavam a alternativa de trabalharem como aprendizes. Alguns eram direcionados à prestação de serviço militar compulsório<sup>128</sup>.

O liberalismo traz como imperativo a liberdade, mas ao mesmo tempo tem dois de seus grandes teóricos reconhecendo que seres humanos estavam sendo reduzidos a estado degradante com clara restrição de liberdade, seja como escravos ou aprendizes. Não existiam apenas essas condições de limitação excessiva da liberdade dos sujeitos: as classes miseráveis e produtoras poderiam ainda ser reduzidas a outros *status* vazios de liberdade. A servidão de gleba, forma de produção fundamental na Inglaterra no século XVIII e anteriores, representa uma continuidade indireta da mão-de-obra escrava, um de seus resquícios, que ainda se estende por um tempo no solo da Grã-Bretanha. Os limites dessa relação são abordados por Adam Smith. O autor aponta com algum orgulho que:

Não é em decorrência da Cristandade, mas das leis desse país que o negro usufrui da liberdade, porque entre nós não há escravidão. Os maiores dependentes que temos são os servos (*inter menia*) que estão vinculados de termo a termo. Eles possuem quase o mesmo tanto de privilégios que seus mestres: liberdade, salários, etc. O mestre tem o direito de corrigir seu servo moderadamente, e se ele morrer em decorrência da correção, não é homicídio, a menos que tenha sido feito o uso de uma arma ofensiva – ou com premeditação e sem provocação.<sup>129</sup>

Teórico fundamental para o liberalismo político-econômico, grande valorizador das liberdades individuais, Smith compreende que esses servos possuem direitos (liberdade, salários, uma manifestação clara do sentido de igualdade formal) semelhantes aos de seus patrões, ainda que estes tenham o poder de determinar a morte e a vida daqueles. A quebra de uma ordem patronal pode ter como implicação a morte do servo, mas para a tradição liberal ainda há presença de liberdade na vida desses sujeitos. Mesmo diante desse quadro das mais variadas limitações, formais e legais, à liberdade e propriedade do ser humano, com relações sociais capazes de transferir para outro indivíduo o poder de sacrificar a vida do servo, liberais como Blackstone enxergavam na Inglaterra um oásis da liberdade no mundo ocidental, como evidencia o trecho a seguir:

A lei da Inglaterra abomina e não pode tolerar a existência da escravidão no interior desta nação: o espírito da nação não permite a violação dessa condição, nem se dirigida a seus membros mais desqualificados, nem aos ociosos vagabundos. *E este*

<sup>128</sup> LOSURDO, op. cit., p. 97

<sup>129</sup> SMITH. *Lectures on jurisprudence*, 2008, p. 1616-1617, tradução livre a partir do trecho original: “It is not from Christianity but from the laws of this country that he enjoys freedom, because there is no such thing as slavery among us. The greatest dependants among us are menial servants (*inter menia*) who are bound from one term to another. They have almost the same privileges with their master, liberty, wages, etca. The master has a right to correct his servant moderately, and if he should die under his correction 146 it is not murther, unless it was done with an offensive weapon | or with forethought and without provocation”

*espírito de liberdade está tão impregnado na nossa Constituição e enraizado em nosso solo que não permite, em nenhum caso, a presença e a vista da escravidão, uma relação que é a expressão concentrada do poder absoluto. Ela está em contradição com o espírito da nação inglesa (...). A relação entre dono e servo – e isto vale para todos os tipos de servo, inclusive o escravo – é uma das grandes relações da vida privada, o poder político não tem o direito de nelas intervir (grifos nossos).<sup>130</sup>*

O jurista e juiz inglês exprime de forma incisiva a grande aversão que seu país e a tradição liberal tinham pela escravidão, mas ao mesmo tempo estima as relações que extirpam a liberdade dos sujeitos como relevantes para a vida privada, e intocáveis pelo poder do Estado. Ele não entende que a servidão nesses padrões configura uma perda da liberdade. Emmanuel Joseph Sieyès, como citado anteriormente, percebe a construção dessas relações da mesma forma, vai além e declara que, ao realizar o contrato de servidão, o servo não está perdendo sua liberdade, mas exercendo-a plenamente, da maneira que mais lhe convém. Nas palavras do abade francês: “toda convenção é um intercâmbio em que cada um ama o que recebe mais do que aquilo que oferece”<sup>131</sup>. E neste caso o francês está certo: o senhor ama mais a produção e a mão-de-obra que toma do servo do que a ínfima parte da produção ou dinheiro que precisa lhe pagar, enquanto o servo ama mais a sua vida e a possibilidade de não morrer hoje por inanição do que a sua liberdade e adiar, para amanhã, sua morte por fadiga laboral ou por uma punição arbitrária do seu patrão. Nesse sentido, o marxista italiano Domenico Losurdo consegue definir bem como a liberdade jurídica não se opõe a uma liberdade substancial:

A dominação econômica e o monopólio ou o controle das “mercadorias” permite “tiranizar” aqueles que estão privados destas mercadorias e vivem em condições de absoluta precariedade econômica. Estes últimos podem ser juridicamente livres, mas estão substancialmente privados de sua liberdade e reduzidos à “servidão”.<sup>132</sup>

O deslocamento das relações de expropriação – seja a do mestre com o escravo, a do patrão com o servo ou a do empregado com seu empregador – para o campo privado da sociedade, “vida privada” como menciona William Blackstone, gera essa ilusão de liberdade. As relações não são mais definidas pelos *status* de origem ou casta social, ou seja, o campo político e público não é mais o que determina a expropriação: esse poder é exercido livremente pelo campo privado. A liberdade dos sujeitos condena as relações sociais de

<sup>130</sup> BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 2016, p. 273, 83, tradução livre a partir do trecho original: “the law of England abhors, and will not endure the existence of, slavery within this nation: the spirit of the nation could not brook this condition, even in the most abandoned rogues (...) And this spirit of liberty is so deeply implanted in our constitution, and rooted even in our very soil, that a slave or a negro, the moment he lands in England, falls under the protection of the laws, (3) and with regard to all natural rights becomes eo instanti [from that instant] a freeman.”

<sup>131</sup> SIEYÈS, op. cit., 2003, p. 10

<sup>132</sup> LOSURDO, *Marx, a tradição liberal e a construção histórica do conceito universal de homem*, 2004, p. 25

trabalho a esse campo, no qual o controle dos proprietários – expropriadores – é muito mais direto. Nesses termos, Ellen Wood indica que:

Os poderes políticos diretos que os proprietários capitalistas perderam para o Estado foram conquistados no controle direto da produção. Enquanto o poder "econômico" de apropriação, possuído pelo capitalista, é separado dos instrumentos políticos coercivos que o aplicam, esse poder de apropriação é integrado mais de perto e diretamente do que nunca com a autoridade de organizar a produção.<sup>133</sup>

Esses são os termos de liberdade e autonomia da vontade presentes na Inglaterra durante o auge do liberalismo. O Estado de Direito, operando através do monopólio da força, limitado e guiado pelo conjunto normativo liberal que mantém os direitos subjetivos dos contratantes, torna oficiais as relações de exploração e as condena ao setor privado, ao exercício dos direitos subjetivos dos sujeitos. A interferência do Estado nesses direitos passa a ser a violação dos princípios e fundamentos básicos para a existência do próprio Estado e seu aparato normativo.

Além da proteção e normatização dessas relações “livres”, o Estado de Direito, já no início do século XIX, opera através da normatividade penal e ativa sua máquina carcerária. O tratamento dado aos que perdiam a liberdade pela prática de um delito, ou pelo simples fato de não possuírem residência e serem condenados por vadiagem, era o trabalho forçado na prisão. Assim, os Estados liberais europeus, atuando por meio de seu sistema penal, instituíam casas de trabalho forçado (*workhouses*), onde transformavam os detentos, aquele “material descartável” que é o “lixo da população”<sup>134</sup> em dinheiro, em mão-de-obra escrava<sup>135</sup>. Aqui, o Estado condena ao mesmo destino, ou a um pior, aqueles que se negam a manter as relações privadas de servidão, aprendizagem e outras. Aos sujeitos desprivilegiados não havia possibilidade de fuga. A liberdade dos proprietários de expropriar a produção dos não proprietários é assegurada pela manutenção de uma estrutura de poder e dominação que permanece ativa desde os antigos regimes, com a diferença de que agora, em nome da igualdade jurídica entre todos os sujeitos livres, o momento da coerção é distinto do momento de apropriação.<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup> WOOD, op. cit., p 30, traduzido livremente a partir do seguinte trecho: “The direct political powers that capitalist proprietors have lost to the state they have gained in the direct control of production. While the 'economic' power of appropriation possessed by the capitalist is separated from the coercive political instruments that ultimately enforce it, that appropriative power is integrated more closely and directly than ever before with the authority to organize production.”

<sup>134</sup> BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham, Chrestomathia, Essays on Logic and Grammar, Tracts on Poor Laws, Tracts on Spanish Affairs*, p. 611.

<sup>135</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 84.

<sup>136</sup> WOOD, op. cit., p. 42.

Locke define a escravidão como o poder de vida e de morte sobre o outro<sup>137</sup>. Essa seria a característica que configuraria as relações sociais nas quais um sujeito perde totalmente sua liberdade para o outro; então, qual seriam as diferenças entre as situações expostas na Inglaterra e presentes em grande parte do mundo liberal, em que os sujeitos são livres mesmo quando outro indivíduo detém o poder de morte sobre eles? Ou quando a tradição liberal define que delitos praticados contra a propriedade privada são puníveis com a morte<sup>138</sup> e com a condenação daquele indivíduo ao trabalho forçado? Esses tratamentos revelam que o *pathos* que define a redução do homem ao estado de escravidão, ou análogo a ele, como aceitável é o mesmo que condena o despotismo monárquico como fonte da escravidão política. O caminho do pensamento que consegue justificar as relações e os tratamentos dados aos sujeitos não-proprietários como válidos e o despotismo como um ultraje é o que visa à proteção da propriedade privada e à liberdade no exercício dela. Mas não de qualquer propriedade: a proteção se destina àquela pertencente ao grupo detentor das forças produtivas, que enxergava no despotismo monárquico a impossibilidade da livre destinação da sua propriedade, e no ato individual do sujeito que atenta contra sua liberdade produtiva um risco ao “instituto” propriedade privada. A resposta ao atentado contra a liberdade da propriedade privada era a condenação daquele sujeito à condição de propriedade – em nome da liberdade extirpa-se do sujeito qualquer horizonte de alternativas de ação. São impostos, através do poder político e da norma, o trabalho forçado e a morte.

A teoria liberal inclui a livre destinação e uso da propriedade, sem o esbulho de terceiros, como uma garantia nuclear do Estado de Direito, configurando um dos sentidos fundamentais da liberdade. A proteção desse direito, paradoxalmente, segue a lógica do privilégio. Isso fica nítido durante o longo processo de industrialização inglês, de 1760 a 1840, durante o qual a intensificação dos procedimentos de “cercamento” das terras comuns camponesas, praticados no interior do Reino Unido, evidenciaram que o sacro direito à propriedade poderia ser livremente profanado, inclusive com o uso de métodos violentos. O economista e sociólogo Karl Polanyi descreve os cercamentos como uma quebra das antigas leis e costumes através de violência, intimidação e pressão. Os lordes e nobres estavam “literalmente roubando os pobres de sua quota nas terras comunais”<sup>139</sup>. A validade do direito não vinha da norma e dos valores que ela garantia, mas a quem ela se dirigia. O processo, marcado pela destruição de povoados e comunidades de camponeses, resultou na dizimação

---

<sup>137</sup> LOCKE, op. cit., p. 17-18.

<sup>138</sup> BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham, Scotch Reform, Real Property, Codification Petitions*, p. 152.

<sup>139</sup> POLANYI, *The great transformation: the political and economic origins of our time*, 2001, p. 37

de sua população e na “transformação do solo esgotado em poeira, assediando a população e transformando aqueles decentes lavradores em um bando de mendigos e ladrões”<sup>140</sup>. O que cumpria dois objetivos das elites econômicas da época: primeiro, o esbulho das terras, comuns para produção da matéria prima das indústrias inglesas, principalmente a têxtil; e, segundo, a fuga dos camponeses para os centros urbanos, aumentando a disponibilidade de mão-de-obra, consequentemente reduzindo os salários, para essas indústrias.

Esse processo de cercamento das terras comunais e a implementação de largos pastos nesse espaço é tido como fator central para os processos da Revolução Industrial<sup>141</sup> e, por conseguinte, das condições do capitalismo. Karl Marx é um dos responsáveis por quebrar a visão pacífica desse processo de acumulação de terras, revelando-a como uma despossessão violenta. Em contraposição a essa “cartilha infantil” e idílica que fundamenta a origem da acumulação das terras no direito e no trabalho de uma elite que teria acumulado bens devido a sua inteligência e parcimônia, contraposta a um grupo de vadios que dissipavam todos os seus bens, Marx nos alerta que

Na história real, como se sabe, o papel principal é desempenhado pela conquista, a subjugação, o assassinio para roubar, em suma, a violência (...). Na realidade os métodos da acumulação primitiva podem ser quaisquer coisas, menos idílicos.<sup>142</sup>

Marx demonstra como o processo de despossessão foi uma “série de pilhagens, horrores e opressão que acompanha a expropriação violenta do povo, do último terço do século XV até o fim do século XVIII”<sup>143</sup>, no início causado por “pequenos e independentes métodos privados”<sup>144</sup>, mas depois “a própria lei se torna, agora, o veículo de roubo das terras do povo”<sup>145</sup>. Todo o processo se torna um método perfeitamente legal. Os camponeses ingleses encontravam três possíveis destinos na Inglaterra liberal: o de operariado extremamente explorado; o de aprendiz, estado semelhante ao do escravo; ou a sina da miséria, punida pelo Estado com o encarceramento e o consequente trabalho forçado<sup>146</sup>. Nesse sentido, Marx observa que

A população rural, depois de ter sua terra violentamente expropriada sendo dela expulsa e entregue à vagabundagem, viu-se obrigada a se submeter, por meio de leis grotescas e terroristas, e por força de açoites, ferros em brasa e torturas, a uma disciplina necessária ao sistema de trabalho assalariado.<sup>147</sup>

---

<sup>140</sup> Idem.

<sup>141</sup> DARDOT; LAVAL, *Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI*, 2017, p. 130

<sup>142</sup> MARX, *O Capital*, 2017, p. 786.

<sup>143</sup> Idem, p. 799.

<sup>144</sup> Idem, p. 796.

<sup>145</sup> Idem.

<sup>146</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 84.

<sup>147</sup> MARX, op. cit., 2017, p. 808.

O processo de transformação das propriedades comunais em propriedade privada relativizou o direito à livre determinação da propriedade, violando a liberdade dos camponeses ao determinar que as terras operassem a serviço da nascente e já protagonista indústria têxtil inglesa<sup>148</sup>. Apesar de a tradição liberal bradar que a propriedade privada é um direito de todos os cidadãos livres, a investigação aqui exposta evidencia que não foi essa a experiência da maior parte das pessoas na história das nações do ocidente. Autores como Dardot e Laval se manifestam no sentido de que esse processo evidencia que o capitalismo, ao contrário do que o liberalismo político nos leva a crer, não é a valorização da propriedade privada, mas “a destruição da propriedade privada dos produtores diretos”<sup>149</sup>.

Os desprivilegiados sofreram, com base em conceitos gerais e abertos como o interesse público ou a saúde pública, interferência direta e constante do Estado em suas propriedades e liberdades. Essa larga parcela da sociedade, formada por pessoas livres e não-proprietárias, conviveu com seguidas interferências juridicamente válidas em seus direitos civis. Exemplos claros são os cercamentos, o encarceramento em massa dos acusados de vadiagem e a justificação das servidões de gleba como relações sociais entre livres. O exemplo inglês foi uma experiência de proteção da propriedade privada enquanto direito de uma minoria, ou seja, privilégio não extensível à maioria desprivilegiada. Um movimento que se espalha pelas variadas formas de liberalismo consiste na transformação do que, no início, era uma crítica às formas despóticas de atuação do poder do Estado em uma proteção conservadora dos direitos de propriedade<sup>150</sup> de grupos raciais e socioeconômicos específicos.

A Inglaterra tinha em seu núcleo a liberdade dos privilegiados e a escravidão, ou servidão, das classes subjugadas. A contraposição define de forma muito mais precisa o que é liberdade para o liberalismo. Não se trata de um direito, mas de um privilégio que é valorizado o quão mais reservado se torna. Losurdo indica que liberais, como Alexis de Tocqueville, perceberam que o “amor pela liberdade” nas sociedades liberais era mais expressivo quanto mais exclusivas fossem as garantias de liberdade. Quanto mais rara a liberdade, mais preciosa ela se tornava<sup>151</sup>. A liberdade liberal se fortalece num sentido ideal e individualista, e revela os sentidos coletivos que a expressão pode ter, tornando sua universalização um parâmetro meramente formal de sua realização. Basta que o direito

---

<sup>148</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 134.

<sup>149</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., 2017, p. 132

<sup>150</sup> DARDOT; LAVAL, op. cit., 2016, p. 41

<sup>151</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 136

declare todos os indivíduos livres para que eles sejam livres, sendo irrelevante a condição material dos sujeitos que compõem a sociedade.

O modelo inglês, que dá ênfase às divisões de classe ao selecionar os sujeitos livres, começa a ser duramente criticado quando comparado ao modelo das treze colônias. Houve um deslocamento dos olhos dos teóricos do liberalismo para o modelo estadunidense. Os EUA, antes mesmo de assumirem relevância econômica e militar no mundo, assumem protagonismo nas análises dos liberais europeus. Figuras centrais do liberalismo, como Locke e Tocqueville, têm os EUA como o centro da liberdade e dos princípios liberais. A luta por liberdade se confunde com a própria história do país, haja vista sua fundação ter sido motivada pelo direito de autogoverno, em nome da liberdade e da propriedade privada. Uma luta, inclusive, contra a tirania do povo e da coroa inglesa que, contrariando os princípios liberais, interferiam de forma ativa na propriedade dos colonos livres.

Para Tocqueville, havia duas formas distintas de liberdade: a democrática e justa, a *liberdade*, que não poderia ser confundida com a sua versão aristocrática, entendida não como direito, mas como privilégio<sup>152</sup>. Elas foram aplicadas com protagonismos diferentes para o autor francês. A liberdade aristocrática era mais proeminente na Europa, onde tratavam-se os servos com superioridade e absolutismo e se contrapunha ao quadro presente nos EUA<sup>153</sup>. O fato de ele ter presenciado a escravidão e o racismo institucional que a liberdade democrática e justa dos EUA praticou e deixou como herança não impediu de ver o país como o representante da *liberdade*. Inclusive, o autor de *A democracia na América*, em seus escritos políticos, indica que ao contrário do pensado, “o preconceito racial aparenta ser mais forte nos Estados em que a escravidão foi abolida do que onde ainda existe; e em nenhum lugar é tão intolerante quanto nos Estados em que nunca foi conhecida”<sup>154</sup>. O autor conhece e reconhece o lugar do negro nos EUA e ainda assim considera o país um representante da liberdade democrática e justa. É difícil argumentar contra o fato de o instituto da escravidão ter imposto um regime pior aos negros do que a liberdade, mas a situação era tão degradante por todo o território dos homens livres que produzia essa sensação em Tocqueville<sup>155</sup>. O negro livre era muito diferente do negro escravo, mas talvez ainda mais diferente do homem branco. O liberal francês, ao perceber a dinâmica social após a abolição da escravidão em parte do

---

<sup>152</sup> TOCQUEVILLE, op. cit., 2004, p. 297.

<sup>153</sup> Idem.

<sup>154</sup> TOCQUEVILLE, *American Institutions and Their Influence*, 2005, p. 231.

<sup>155</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 136

território estadunidense, narra percepções que teve no decorrer de suas viagens pelos Estados Unidos e relata que

Em quase todos os Estados em que a escravidão foi abolida, deram-se ao negro direitos eleitorais; mas se ele se apresenta para votar corre risco de vida. Oprimido, pode se queixar, mas só encontra brancos entre seus juizes. A lei, no entanto, abre-lhe o banco dos jurados, mas o preconceito afasta-o dele. Seu filho é excluído da escola em que vai se instruir o descendente dos europeus. Nos teatros, ele não conseguiria comprar, nem a preço de ouro, o direito de sentar junto daquele que foi seu amo; nos hospitais, jaz a parte. Permite-se que o negro implore ao mesmo Deus dos brancos, mas não no mesmo altar. Ele tem seus padres e seus templos.<sup>156</sup>

Contrapor metrópole e colônia serve para evidenciar em qual contexto a liberdade se apresentou e foi normatizada em diferentes contextos liberais. O caso dos EUA também consegue expor a compreensão que os próprios estadunidenses tinham do sofrimento que impunham aos não-livres, aos negros, a consciência que possuíam do sofrimento e do infortúnio que era a condição de escravo. Antes da concretização da independência, os sujeitos que viriam a ser os dois primeiros presidentes dos Estados Unidos da América, George Washington e John Adams, respectivamente, relatam que os colonos se sentiam “como negros, miseravelmente oprimidos”; o segundo, em sua revolta, proclama: “não queremos ser os negros deles”<sup>157</sup>.

Os Estados Unidos inauguram o Constitucionalismo Democrático Liberal e, ao mesmo tempo, consagram o nascimento do primeiro Estado de Direito racista. O celebrado autogoverno da nova nação e dos estados da Federação garante aos proprietários do sul o gozo e a posse legítima da sua propriedade privada, os seres humanos escravizados, limitando quaisquer interferências do governo federal. A relação que o estadunidense branco tinha com o negro era algo que fugia ao habitual. Não se tratava de uma relação compartilhada pelos europeus e outros povos que também escravizaram os africanos mas conseguiam conviver com negros livres sem tamanha segregação.

Os Estados Unidos serem tomados como referência liberal indica exatamente o que é a liberdade para a tradição desse pensamento. É a valorização do país no qual, em trinta e dois dos primeiros trinta e seis anos de existência, quem ocupou o cargo de Presidente foram os proprietários de escravos provenientes da Virgínia. Não é só o poder econômico do sul, mas o poder político institucional que é permeado pela tradição escravocrata. John Calhoun, um desses escravocratas, é descrito como um governador liberal enquanto define a escravidão, diante do senado estadunidense, como um bem positivo ao qual a civilização nunca pode

---

<sup>156</sup> TOCQUEVILLE, op. cit., 2004, p. 364.

<sup>157</sup> Apud LOSURDO, op. cit., 2006.



renunciar<sup>158</sup>. A própria noção de civilização nos EUA, então novo centro da teoria liberal, passa pela irrenunciabilidade da escravidão racial. O liberal e proprietário de escravos James Madison reconhece que a escravidão triunfou em sua forma mais extrema no coração do mundo liberal e na era de ouro do liberalismo<sup>159</sup>.

Os teóricos liberais reconhecem os EUA como um Estado racial e escravocrata e isso não impede que eles sejam apontados como liberais; não conduz a uma contestação dos princípios que supostamente fundam o país. O aparente paradoxo, presente no berço da democracia representativa liberal, do Estado mais louvado pelo liberalismo naquele momento, é explicado quando se percebe que a liberdade não atua como um direito, mas como privilégio. Somente assim é possível responder à pergunta feita por Samuel Johnson: “como se explica que os gritos mais elevados de dor pela liberdade se elevam dos caçadores de negros?”<sup>160</sup> Responde-se que a explicação só faz sentido através da compreensão de que a liberdade é, no mundo liberal, um privilégio racial destinado aos proprietários.

O liberalismo estadunidense realizou um apelo à liberdade muito mais com a intenção de superação das interferências das elites inglesas sobre as elites locais do que com o objetivo de, de fato, implementar em seu solo uma liberdade que deixasse de ser um privilégio e passasse a ser um direito. Essa percepção leva a autores como Josiah Tucker, contemporâneo ao processo de fundação dos EUA, a enxergar os republicanos, antigos e modernos, sem exceção, como aqueles que abatem e igualam as distinções daqueles que se colocam, hierarquicamente, acima deles e, ao mesmo tempo, reservam a tirania aos desafortunados e miseráveis que estão abaixo deles<sup>161</sup>.

Os proprietários de escravos, ou os patrões da mão-de-obra dos servos, costumam ocupar os cargos de poder, seja no legislativo, no executivo ou no judiciário, ou serem representados por aqueles que os ocupam. A força econômica consegue encontrar o caminho para os cargos de exercício do poder e passam a exercê-lo com algumas das características que temem. Reproduzem o excesso despótico que desejam controlar através do Estado de Direito, ao mesmo tempo que o controlam contra uma parcela da população, a de desprivilegiados. O exercício do poder político pela classe dos grandes agricultores

---

<sup>158</sup> CALHOUN, op. cit., p. 475

<sup>159</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p.49

<sup>160</sup> JOHNSON, apud. LOSURDO, op. cit., 2006, p. 22

<sup>161</sup> TUCKER, *A series of answers to certain popular objections against separating from the rebellious colonies, and discarding them entirely*: being the concluding tract of the Dean of Gloucester, on the subject of American affairs, 1776, p. 22

proprietários de escravos é tão gritante que Losurdo lembra que os críticos da democracia estadunidense a apelidaram de “plantocracia branca” ou “democracia dos plantadores”<sup>162</sup>.

O tratamento de privilégio dado à liberdade se estende à propriedade nos EUA. Os processos de desapropriação que ocorrem na Inglaterra se repetem, mas com especificidades nacionais. O Estado de Direito opera contra a população ameríndia, que, de acordo com Locke, tem um uso não efetivo do solo e de sua propriedade, o que justifica a ocupação pelos colonizadores ingleses<sup>163</sup>. Os ameríndios não extraíam do solo uma produção volumosa, mas apenas o necessário à subsistência. Locke caracterizava esse uso como inefetivo, o que fazia com que a propriedade dos ameríndios fosse inválida perante a ocupação inglesa<sup>164</sup>. A tradição liberal entende que a forma de se apropriar de uma terra ou objeto da natureza, propriedade comum, é empregar o trabalho individual sobre o bem. O trabalho dos indivíduos é uma expressão direta de sua propriedade, de seu corpo e mente. As primeiras propriedades de todos os sujeitos decorrem do emprego dessa forma de modificação na natureza. Produzindo algo novo, o indivíduo se apropria do objeto, que sai do campo comum e passa para o campo do privado. Não basta o uso do solo; o liberalismo entende que o processo de apropriação deve ser ainda mais qualificado, a produção deve ser destinada não só à subsistência dos indivíduos, mas também às relações de troca. Locke estabelece<sup>165</sup> que as sociedades que fazem uso do dinheiro, facilitando o processo de troca, possuem um uso mais qualificado e, portanto, preferência sobre a constituição de propriedade sobre o solo e outros bens. Embora essa visão possa parecer uma glorificação do trabalho, ela é desde sua origem uma glorificação do expropriador, como indica Wood:

talvez o ponto mais importante sobre a transformação do status cultural do trabalho que acompanhou a ascensão do capitalismo seja a fusão do trabalho com a produtividade (...). Essa transformação é, como vimos, já visível no trabalho de John Locke e sua concepção de "melhoria". As virtudes do trabalho já não pertencem inequivocamente aos próprios trabalhadores. Eles são, acima de tudo, os atributos dos capitalistas, e não porque trabalham eles próprios, mas porque utilizam sua propriedade de forma ativa e produtiva.<sup>166</sup>

<sup>162</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 95.

<sup>163</sup> LOCKE, op. cit., p. 107-108.

<sup>164</sup> Idem, p. 110-111.

<sup>165</sup> Idem, p. 111.

<sup>166</sup> WOOD, op. cit., p. 200, tradução livre realizada a partir do seguinte trecho: “perhaps the most important point about the transformation in the cultural status of labour that accompanied the rise of capitalism is the conflation of labour with productivity (...). This transformation is, as we saw, already visible in the work of John Locke and his conception of ‘improvement’. The virtues of labour no longer unequivocally belong to labourers themselves. They are above all the attributes of capitalists, and not because they work themselves but because they utilize their property actively and productively.”

O uso tem que ser qualificado, o que significa uma destinação da propriedade e da produção às relações de troca e não ao uso destinado à subsistência ou coleta e caça. Esses são inválidos: aquele território de propriedade comum é tratado como se estivesse desocupado. A produção deve ser destinada à troca e comercialização dos excessos produtivos. É essa forma de propriedade que John Locke defende ao afirmar, sem impedimentos, que “nenhuma sociedade política pode existir ou subsistir sem ter em si o poder de preservar a propriedade”<sup>167</sup>.

É aqui e assim que a liberdade jurídica nasce e é definida. O filósofo liberal Benjamin Constant, por exemplo, inaugura a visão da liberdade moderna, ou liberal, como a tranquila fruição da propriedade privada<sup>168</sup>. Essa fruição, como será demonstrado, é reduzida a um grupo privilegiado da sociedade e, ainda assim, somente se a destinação dessa propriedade for a expansão, concentração e realização de trocas. Essas não eram as únicas restrições que a propriedade e a liberdade encontravam. Até os proprietários de escravos viam seus direitos esbarrarem em obrigações sociais, em um conjunto de exigências públicas, para manter a saúde pública – que deve ser traduzida nesse contexto como instituição racista – funcionando de forma rígida e duradoura e tendo força para conservar a barreira fixa entre a raça dos senhores e a dos servos. Em seus relatos de viagem, Tocqueville aponta que os brancos da região sul estadunidense “não pensam que em nenhuma época os negros possam vir a se misturar com eles, proibiram, sob penas severas, que lhes fosse ensinado a ler e a escrever. Não querendo elevá-los a seu nível, eles os mantêm o mais perto possível do animal.”<sup>169</sup> As penalidades se estendiam à realização de matrimônios interracialis, sendo crime de infâmia em parte dos EUA, por exemplo na Virgínia (estado responsável por trinta e dois anos dos primeiros trinta e seis de governo, como já mencionado), onde tal ato configurava crime até meados da última década de 50. A liberdade dos EUA não incluía, até recentemente, que pessoas brancas mantivessem relações sexuais com pessoas negras. Por determinado período, durante o regime escravocrata, era permitido que o proprietário matasse sua escrava, mas incorria em ato delituoso caso se relacionasse sexualmente com ela<sup>170</sup>.

É essa constante contradição nas ideias liberais que evidenciam que o processo de constituição da liberdade e da propriedade no Estado de Direito comunica-se muito mais com a ideia de privilégio das classes apropriadoras, no caso estadunidense dos brancos, do que

---

<sup>167</sup> LOCKE, op. cit., p. 132.

<sup>168</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 110.

<sup>169</sup> Tocqueville, *A democracia na América*: livro I - leis costumes, 2005, p. 381.

<sup>170</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 110-111

com a ideia de direito e universalidade. A constante relativização desses valores foi criticada por importantes figuras contemporâneas ao liberalismo, como Montesquieu, que, ao analisar a invasão das Américas pelos europeus, ironicamente pontua que se tivesse de sustentar o direito que os ocidentais reivindicam para escravizar os negros da África, diria que “os povos da Europa tendo exterminado os da América foram levados a escravizar os da África com intuito de utilizá-los para o cultivo das suas terras”<sup>171</sup>. Apesar da forte crítica presente em seu comentário, o autor flutuava em seus posicionamentos quanto à escravidão. Chegou a recomendar a limitação da escravidão natural aos países tropicais, onde o calor castiga o corpo e a coragem dos homens, e onde a escravidão ofenderia menos a razão<sup>172</sup>. As contradições do autor mostram que existiam vastas censuras ao instituto da escravidão e aos termos que estruturavam a liberdade no liberalismo moderno<sup>173</sup>.

Os contraditórios posicionamentos de Montesquieu vão de encontro aos recorrentes argumentos de que as incongruências expostas são uma marca da temporalidade dos pensadores, produtos específicos de um tempo em que não haveria outras possibilidades de pensamento. A contraposição, realizada por Losurdo<sup>174</sup>, entre Jean Bodin, um monarquista do século XVI, e Hugo Grotius, um liberal do século XVII, serve para evidenciar que o argumento das limitações temporais pouco serve para defender a posição dos liberais. O primeiro, um monarquista, enxerga a escravidão como um horrível instituto, que deve ser eliminado das relações sociais, enquanto Grotius usa Deus e Aristóteles para justificar a escravidão enquanto “uma expressão da natureza”<sup>175</sup>. As ideias de Jean Bodin são publicadas décadas antes das de Locke, mas atribuem ao escravo uma dimensão humana, como elucida o seguinte trecho: “quantas maldades e crueldades abomináveis foram cometidas pelos senhores contra os escravos, podemos concluir que é pernicioso admitir a escravidão, ou depois de abolida, reintroduzi-la.”<sup>176</sup> Usar os limites históricos do sujeito como argumento que busca afastar as raízes da liberdade liberal é algo que não se sustenta em uma análise detalhada da própria história. Se Locke, um dos pais do liberalismo e o grande nome na luta contra o absolutismo monárquico, argumenta que o patrão exerce sobre o escravo um “domínio absoluto” e um “poder incondicionado”, ou um “poder legislativo de vida e de morte”, ou

---

<sup>171</sup> MONTESQUIEU, *The Spirit of the laws*, 1989, p. 250

<sup>172</sup> Idem, p. 251

<sup>173</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 56-59

<sup>174</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 43

<sup>175</sup> BODIN, *Six Books of The Commonwealth*, 1903, p. 32-41.

<sup>176</sup> Idem,

ainda um poder arbitrário que atinge a própria “vida”<sup>177</sup>, justificando o poder absoluto do homem livre branco sobre o escravo negro, cabe a um teórico do absolutismo monárquico, Jean Bodin, erguer-se para condenar o exercício do referido poder. Assim, como elucida Losurdo, “não adianta recorrer ao historicismo vulgar para ‘explicar’ ou remover o entrelaçamento surpreendente entre liberdade e opressão que caracteriza as três revoluções liberais”<sup>178</sup>.

O próprio contexto francês abre um largo número de possibilidades, argumentos que são postos nos espaços sociais durante a revolução francesa de 1789 e a Comuna em 1848. A França dialoga de forma aberta com respostas ao liberalismo, que não são imunes a críticas mas que estavam dispostas a discutir a liberdade enquanto conteúdo, de fato, universal. Diante da crise do modelo inglês, pelo surgimento do modelo estadunidense, e o fracasso da abolição da escravidão nos EUA, o que confirma sua posição de Estado racista, o radicalismo francês ganha força. O reconhecimento do direito dos escravos negros ou dos semiescravos irlandeses de pegar em armas contra os seus patrões e em nome da liberdade constituiu uma séria ameaça à estabilidade dos Estados Unidos da América e à integridade territorial do Reino Unido.

O processo revolucionário francês representou uma ruptura com a concepção liberal de liberdade ao abolir a escravidão em 1794, principalmente a concepção inglesa e a estadunidense, e apresentou ao mundo uma alternativa à liberdade-privilégio. A partir da abolição, as colônias francesas, que tinham o ser humano mercadoria como principal forma de mão-de-obra, invocam a liberdade e o direito de autodeterminação político dos territórios coloniais para que os rumos dos respectivos regimes escravocratas fossem definidos internamente. A elite colonial toma como base a tradição inglesa e estadunidense mas faz uso do espírito do radicalismo de Robespierre, anuncia que a liberdade consiste em obedecer às leis que nós fizemos e a servidão consiste em sermos obrigados a submeter-nos a uma vontade alheia<sup>179</sup>. Contudo, não perdem de vista o ensinamento de Adam Smith de que a escravidão é mais facilmente retirada de um Estado com governo despótico do que de um democrático no qual os proprietários possuam o controle legislativo. O liberal inglês entende que “Em um governo despótico os escravos podem ser melhor tratados do que em um governo livre, em que todas as leis são feitas pelos seus mestres, que jamais iriam aprovar uma medida

---

<sup>177</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 54

<sup>178</sup> Idem, p. 46; Losurdo, ao longo do seu livro, faz referência às Revoluções: Gloriosa, Francesa e ao processo de Independência dos Estados Unidos da América como as três revoluções liberais.

<sup>179</sup> HAMILTON, Writings, ed. Joanne B. Freeman, New York: Library of America, 2001, p. 11.  
FRANKLIN, Writings, ed. J. A. Leo Lemay, New York: Library of America, 1987, p. 405.

desfavorável a eles”<sup>180</sup>. Smith decreta, com seus olhos voltados à República Romana, mas analisando a escravidão moderna, que “a liberdade do homem livre é a causa da grande opressão dos escravos”<sup>181</sup>.

A eclosão da revolução francesa torna *autogoverno* a expressão de inspiração daqueles colonos interessados em proteger a propriedade pertencente às aristocracias internas – isso é, em perpetuar o instituto da escravidão diante da abolição realizada pelo radicalismo jacobino<sup>182</sup>. Manter a interferência na propriedade alheia, argumentam os colonos escravocratas, seria repetir o arbítrio e o despotismo combatidos no processo revolucionário. A contraposição que se faz presente entre o liberalismo colonial e o radicalismo da metrópole é o mesmo entre as duas liberdades apontadas por Tocqueville, a aristocrática e a democrática. Aquela liberdade consiste no privilégio de transformar, em decorrência das relações privadas, as pessoas não privilegiadas em propriedade, e delas dispor como quiser, ou próximo disso, ou de expropriar o produto do trabalho dos outros da forma mais degradante possível. A liberdade radical, que é tratada como direito, ainda que diante de todas as limitações dessa categoria, propõe-se enquanto garantia universal, sem limitações raciais. É a possibilidade de tratar como questão pública, que deve receber um tratamento social e político, a mercantilização de outros indivíduos ou os limites do exercício da propriedade privada.

Em 1791, a discussão a respeito da autodeterminação do povo haitiano, é reduzido às elites escravocratas. Abordada pelo legislativo francês, a resposta negativa, resultando na obrigatoriedade de cumprimento da abolição nas colônias, o que gera uma grande revolta das elites coloniais. Dentre elas desataca-se a que ocorre no Haiti, que tem como contrarresposta um processo revolucionário guiado por escravos negros. A República do Haiti se diferencia por ser fundada com a dimensão de que o negro não poderia ser subjugado, ou ocupar um lugar inferior, por mera questão de epiderme. Como é possível perceber pelos trechos a seguir, a liberdade do radicalismo francês, ao ser posta em prática de forma crua pelo Haiti, significou, só pela existência de tal nação, um risco. À época, temia-se enormemente a grande influência que os negros da ilha caribenha poderiam exercer sobre o destino de outros africanos sequestrados e arrastados até o novo mundo. A república negra, localizada no meio do Atlântico, a menos de mil quilômetros do sul dos EUA, é encarada como um horizonte

---

<sup>180</sup> SMITH, op. cit., 2008, p. 621, 1600-1601.

<sup>181</sup> Idem, trechos traduzidos a partir do original: “The freedom of the free was the cause of the great oppression of the slaves (...). In a despotic government slaves may be better treated than in a free government, where every law is made by their masters, who will never pass anything prejudicial to themselves.”

<sup>182</sup> LOSURDO, op. cit., p. 151.

possível, para o completo temor dos opressores e aspiração dos oprimidos. “Olhando-o a esperança sorrir para cinco milhões de escravos espalhados nas Antilhas e no continente americano”<sup>183</sup>.

Os amantes da liberdade enquanto privilégio, ou, como diria o jacobino Sonthonax, os aristocratas da epiderme<sup>184</sup>, diante da ameaça de se encarar a liberdade realmente enquanto um direito e o risco da radicalização da liberdade com a sua extensão a todos os seres humanos, apoiaram Napoleão em sua tentativa de retomar Santo Domingo<sup>185</sup>. Thomas Jefferson responde à solicitação de auxílio de Napoleão com certa empolgação e afirma que “nada será mais fácil do que fornecer qualquer coisa ao vosso exército e à vossa frota e reduzir Toussaint à morte por inanição”<sup>186</sup>. A ameaça da liberdade radical faz com que até a liberdade liberal seja relevada e a palavra de ordem do momento, e fundamental no processo de independência dos EUA, *autogoverno*, seja colocada de lado a ponto do 4º presidente estadunidense, James Madison, decidir declarar a França como “a única soberana de Santo Domingo”<sup>187</sup>. É claro que esse apoio indiscriminado tem profunda conexão com a revogação da abolição da escravidão por Napoleão, o que reativaria o mercado escravocrata na região das Antilhas.

Isso não afasta o acerto da análise que vê a ameaça do Haiti como suficiente para que os EUA contestassem um dos mais centrais de seus princípios fundadores e, contrariando-o, declarassem como legítima a intervenção de outro país e de outros legisladores em um povo independente. O exemplo francês gera uma resposta imediata dos países liberais, que concentram seus esforços para impedir o avanço dos ideais de liberdade do radicalismo. A Inglaterra, em 1794, mesmo ano da abolição da escravidão em solo francês, suspende o *habeas corpus* por oito anos, procedimento repetido em 1817<sup>188</sup>, inclusive com a deportação de pessoas centrais nas lutas pela expansão do sufrágio ou que valorizassem de forma aberta os ideais jacobinos, enviando seus cidadãos para sua colônia penal, a Austrália<sup>189</sup>. Nos primeiros 60 anos do século XIX quase todos movimentos radicais presentes na Grã-Bretanha tiveram representantes deportados para a Oceania<sup>190</sup>.

<sup>183</sup> GREGOIRE, *De la noblesse de la peau*, 2002, p. 77

<sup>184</sup> Apud LOSURDO, op. cit., 2006, p. 157

<sup>185</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 164.

<sup>186</sup> JEFFERSON, apud. ZUCKERMAN, op. cit., p. 604

<sup>187</sup> MADISON apud. ZUCKERMAN, op. cit., p. 604.

<sup>188</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 189.

<sup>189</sup> HUGHES, *The fatal shore*, 1990.

<sup>190</sup> Idem, p. 431.

Cabe aqui um pequeno parêntese sobre o conceito de liberdade francês. Apesar de abrir a discussão sobre a situação dos escravos espalhados pelo mundo liberal, a liberdade presente na *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* ainda carrega traços individualistas. Inclusive, ao analisar os sentidos dessa liberdade e do conjunto de direitos declarados, Marx observa que essa liberdade é pensada e exercida como “o direito de fazer e promover tudo que não prejudique a nenhum outro homem”<sup>191</sup>. Portanto, “os limites da liberdade individual não são postos senão no ponto em que ela comece a prejudicar a liberdade de outrem.”<sup>192</sup> O homem isolado que pode atuar até o limite do outro homem insere-se na liberdade do múnada, que atua e existe isoladamente. “Trata-se do direito a essa separação, o direito do indivíduo limitado, limitado a si mesmo”<sup>193</sup>. A liberdade e igualdade dos sujeitos livres nos termos cultivados pelo liberalismo e enquanto categoria jurídica inauguram uma nova forma de poder e coerção; o Estado aparece como um espaço autônomo e de livre acesso aos homens livres, uma força independente que garante a liberdade e igualdade e possibilita que esses indivíduos isolados acordem livremente os termos de suas relações. As relações, portanto, não são constituídas com base nos títulos políticos, nobiliárquico e jurídicos, mas com base nas relações econômicas desses sujeitos. Sobre esse processo, a autora de *Democracia contra o Capitalismo* aponta que

A "autonomia" do Estado capitalista está indissociavelmente ligada à liberdade e à igualdade jurídicas do livre intercâmbio puramente econômico entre os produtores livres expropriados e os apropriadores privados que têm propriedade absoluta nos meios de produção e, portanto, uma nova forma de autoridade sobre os produtores. Este é o significado da divisão do trabalho em que os dois momentos da exploração capitalista – apropriação e coerção – são alocados separadamente a uma classe privada apropriada e a uma instituição coercitiva pública especializada, por um lado o Estado, ‘relativamente autônomo’, tem o monopólio da força coercitiva; por outro lado, essa força sustenta um poder "econômico" privado que mantém a propriedade capitalista com autoridade para organizar a própria produção – uma autoridade provavelmente sem precedentes em seu grau de controle sobre a atividade produtiva e os seres humanos que nela participam.<sup>194</sup>

<sup>191</sup> MARX, *Sobre a questão Judaica*, 2010, p. 49.

<sup>192</sup> SIEYÈS, op. cit., 2008, p. 62.

<sup>193</sup> MARX, op. cit., 2010, p. 49.

<sup>194</sup> WOOD, op. cit., p. 30, tradução livre a partir do seguinte trecho original: “The 'autonomy' of the capitalist state is inextricably bound up with the juridical freedom and equality of the free, purely economic exchange between free expropriated producers and the private appropriators who have absolute property in the means of production and therefore a new form of authority over the producers. This is the significance of the division of labour in which the two moments of capitalist exploitation - appropriation and coercion - are allocated separately to a private appropriating class and a specialized public coercive institution, the state: on the one hand, the 'relatively autonomous' state has a monopoly of coercive force; on the other hand, that force sustains a private 'economic' power which invests capitalist property with an authority to organize production itself— an authority probably unprecedented in its degree of control over productive activity and the human beings who engage in it.”



No entanto, mesmo marcada pela tradição individualista que predomina na filosofia política europeia, a França consegue expor as contradições da liberdade liberal. Os movimentos abolicionistas ganharam força a partir da revolução francesa. Inclusive, os ingleses fundam em 1789 a *Society for Effecting the Abolition of Slavery* (sociedade para efetivar a abolição da escravatura), que conseguiu atingir seu objetivo em 1806, proibindo a escravidão em solo britânico – necessário lembrar que o processo não significou o fim do trabalho forçado, mas apenas da categoria *escravo*. Não se está fazendo, aqui, um tributo à revolução francesa. É preciso estar atento às críticas ao processo revolucionário e seus produtos; como Marx pontua, esse processo “fez das *distinções estamentais* da sociedade civil simples distinções *sociais*, distinções da vida privada, sem qualquer significado na vida política. A separação da vida política e da sociedade civil foi, assim, consumada”<sup>195</sup>.

Em decorrência disso, a emancipação completa e imediata de todos os seres humanos somente foi considerada no programa abolicionista nas expressões e desejos revolucionários de 1848. Apesar da abertura realizada pelo processo revolucionário de 1789, após a derrocada dos jacobinos e a retomada da escravatura com Napoleão, há um período de expansão da escravidão.<sup>196</sup> O historiador Seymour Drescher evidencia esse processo, indicando que “em decorrência do avançar da conquista francesa da Argélia, havia muito mais territórios com escravos submetidos à soberania francesa em 1840 do que na época da revolução de julho de 1830”<sup>197</sup>. A atuação francesa também sofre com as contradições e escolhe um abolicionismo reformista, por assim dizer, um que produz uma passagem lenta dos regimes escravocratas até a abolição completa da escravidão. Em 1815, publica-se um decreto abolicionista, que só vai ter efeito mais de 10 anos depois, em 1826, e restrito ao solo da metrópole. A abolição geral e incondicional ocorre apenas em 1848, como dito anteriormente.

Mesmo diante dessas críticas, são inquestionáveis a importância e o medo que o radicalismo gerou nos regimes liberais da época, sendo reproduzido de formas distintas nos vários Estados liberais. Nos EUA, por exemplo, o discurso é profundamente pasteurizado, direcionado aos opressores. Os estadunidenses assumem o discurso de que não cabe aos negros, como ocorreu no Haiti, se organizarem e lutarem pela própria liberdade<sup>198</sup>. Os opressores devem superar os próprios preconceitos e, somente assim, por via pacífica a

---

<sup>195</sup> MARX, *Crítica da filosofia do direito de Hegel*, 2010b, p. 97

<sup>196</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 170.

<sup>197</sup> DRESCHER, op. cit., p. 167, trecho livremente traduzido a partir do original: “as a result of the expanding French conquest of Algeria, there was far more territory with slaves under French sovereignty by the mid-1840s than there had been at the time of the July Revolution in 1830.”

<sup>198</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 190.

escravidão deveria ser abolida. O efeito dessa reformulação é que as vozes que, inspiradas pelos haitianos, incentivavam a organização dos negros oprimidos são praticamente apagadas. Losurdo aponta que isso, somado ao colonialismo dos próprios estadunidenses sob os ameríndios, explica a suavidade do radicalismo no país.<sup>199</sup>

As diferenças entre as ideias presentes na revolução francesa, o processo de independência estadunidense e a revolução inglesa foram abordadas pelos economicistas e teóricos da época. Os liberais tentaram combater de forma direta as posições dos franceses. Antoine Barnave, escravocrata convicto, inaugura a tradicional – e desonesta – diferenciação entre o liberalismo, que possui como seu centro a liberdade, e o radicalismo francês, que se contrapõe àquela teoria e *práxis* por ter a igualdade no centro de suas finalidades<sup>200</sup>. As ideias liberais expostas até aqui demonstram que a diferenciação não se sustenta. A falsa dicotomia divide em dois polos a mesma ideia, a de que a liberdade deve ser estendida a todas as pessoas. De um lado, a expressão “todas as pessoas” é entendida como um número reduzido de homens, que devem ser brancos e, acima de tudo, proprietários; do outro lado, a mesma expressão “todas as pessoas” possui significado amplo e uma pretensão de universalismo, sendo abertamente debatida – e aceita – a inclusão dos escravos nesse rol<sup>201</sup>. O pensamento não é anacrônico e nem externo à tradição liberal. Losurdo demonstra que liberais como Tocqueville viam a liberdade inglesa como um privilégio, conforme citado anteriormente, e atribuíam à “Revolução Francesa o mérito de ter promovido, em nome da igualdade a causa da abolição da escravidão e da *liberdade* dos negros”<sup>202</sup>. Em uma análise liberal honesta, a liberdade é integrada e modulada pela igualdade, e não a ela contraposta.

A oposição presente entre liberalismo e radicalismo não é uma que se desenvolve a partir das diferenças entre liberdade e igualdade, ou entre individualismo e anti-individualismo, mas de um contraste das ideias de privilégio e de universalidade. O liberalismo sustenta uma visão segundo a qual a concentração da liberdade e da igualdade nas figuras de poucos homens não é uma fixação de privilégios. Estes só estavam presentes nas distribuições de valores e de direitos de acordo com a origem social valorizada pelo antigo regime; superado esse aspecto, tem-se a liberdade enquanto direito universal do homem.

---

<sup>199</sup> Idem, p. 188-191.

<sup>200</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 215.

<sup>201</sup> Idem, p. 177.

<sup>202</sup> Idem.

Domenico Losurdo pontua muito bem que a democracia e a liberdade podem ser definidas e enaltecidas concentrando toda a atenção exclusivamente sobre a comunidade branca<sup>203</sup>.

Além da liberdade civil, um dos principais gritos do radicalismo foi a possibilidade de uma igualdade política, uma que afastasse a divisão entre as pessoas que exercem apenas direitos passivos e aquelas que exercem esses e os ativos, ideia exposta e enfatizada por Sieyès em seu célebre “*Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão*”<sup>204</sup>. O francês assume que, embora todos devam usufruir dos direitos civis, enquanto membros da sociedade civil, nem todos devem ser considerados cidadãos. O direito a uma voz política deve ser restrito aos que auxiliam a sociedade através da produção, àqueles que possuem propriedade, posição duramente criticada pelo radicalismo francês, principalmente por Robespierre e Marat que, em nome da igualdade, afirmam que todos os cidadãos possuem direito ao sufrágio<sup>205</sup>. O liberalismo se estrutura como um sistema em que há liberdade para os senhores, aqueles proprietários privilegiados, e busca um sistema político que, também, opere sob esse espectro. Domenico Losurdo indica que a cisão entre o radicalismo francês e o liberalismo presente nas liberdades civis é reproduzido aqui. Em suas palavras,

A democracia para o povo dos senhores pode ir além e se configurar como socialismo para o povo dos senhores, enquanto o que define o radicalismo é exatamente a polêmica contra a pretensão de um determinado grupo étnico ou social que assume poses de povo dos senhores.<sup>206</sup>

A divisão com marcação étnica e social que o liberalismo tem em suas duas expressões mais significativas, liberdade e democracia, é amplamente criticada pelo projeto radical francês e seus admiradores, o que aprofunda as críticas sobre a ausência de liberdade positiva e igualdade política. A tradição liberal entende que as reivindicações por ambas, por aquele direito de poder escolher o conjunto normativo que irá reger as relações sociais, os limites de atuação do Estado e a extensão da liberdade e, portanto, o direito de se autogovernar, representaria um ataque à liberdade negativa. A participação das camadas sociais desprivilegiadas tinha o potencial de retirar o véu da liberdade das relações privadas e evidenciar que nessas relações não está presente a liberdade, mas a atuação direta de outra forma de poder, a coerção das relações de classe, e a partir disso intervir na propriedade desses indivíduos, na capacidade dos proprietários de coagir a livre vontade dos desprivilegiados. Benjamin Constant, em seu discurso em defesa da representatividade *Da*

---

<sup>203</sup> Idem, p. 184.

<sup>204</sup> SIEYÈS, op. cit., 2008, p. 69.

<sup>205</sup> COSTA, *Soberania, representação, democracia: ensaios da história do pensamento jurídico*, 2010, p. 218.

<sup>206</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 191.

*liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, aponta que o que ele chama de liberdade moderna, liberdade individual na relação dos sujeitos com o Estado, inclusas as liberdades civis e políticas<sup>207</sup>, deve ser promovida e desenvolvida pelas sociedades. Enquanto a liberdade dos antigos, que deve ser compreendida como a participação dos cidadãos na produção das leis e nas assembleias da sociedade, não é mais tão desejada e ficou quase inviável em decorrência da expansão das relações sociais e econômicas, sendo, inclusive, danosa às sociedades<sup>208</sup>.

A posição de Constant é uma resposta aos desprivilegiados que começaram a lutar pela autodeterminação política, por um viés participativo no poder político, atribuindo um caráter ativo a sua cidadania. Seguindo a resposta de Constant, as elites proprietárias desenvolvem, imediatamente, um discurso diferente do apresentado anteriormente por Hamilton ou por Franklin, com o qual essa subseção foi iniciada. Os liberais indicavam que, primeiramente, a participação na vida política não é “um elemento essencial da liberdade; em segundo lugar, as relações de trabalho e as condições materiais de vida fazem parte de uma esfera eminentemente privada, e é, portanto, absurdo e ilícito querer modificá-las com a ação política”<sup>209</sup>.

O liberalismo afasta da esfera política o que é eminentemente político, confinando à vida privada as condições de miséria, escravidão e servidão da massa desprivilegiada que integra os centros liberais. Não sendo lícito, ou possível, uma ação político-institucional que seja libertadora, capaz de emancipar os desprivilegiados e explorados. Esse é o resultado de um discurso que consegue reverter um quadro de submissão e aprisionamento em um de liberdade, de autonomia da vontade, de riqueza. O Estado de Direito declara, do dia para a noite, todos iguais perante a lei e com o mesmo rol de direitos e estabelece a igualdade jurídica enquanto conceito fundamental para sua operabilidade. Mas adverte que a igualdade jurídica não pode ser confundida com a igualdade substancial e, assim, os cidadãos não possuem um igual gozo dos direitos de que são formalmente titulares. O liberalismo garante a todos a igual oportunidade de acesso a desigualdade. Karl Popper enxerga esses limites e aponta-os em *A sociedade aberta e seus inimigos*, uma de suas principais obras, enquanto critica Marx:

---

<sup>207</sup> CONSTANT, *The Liberty of Ancients Compared with that of Moderns*, 2011, p 15-16. Benjamin Constant deixa claro que a liberdade política no contexto da liberdade moderna deve ser restrita a um número reduzido de cidadãos.

<sup>208</sup> Idem, p 15-16.

<sup>209</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 202.

Mesmo que o Estado proteja os seus cidadãos do risco de serem atropelados pela violência física (como em princípio o faz sob o sistema do capitalismo irrestrito), pode levar nossas finalidades à derrota se não consegue nos proteger do mau uso do poder econômico. Sob tais circunstâncias, a liberdade econômica ilimitada pode ser precisamente tão suicida como a liberdade física ilimitada, e o poder econômico pode ser quase tão perigoso como a violência física, pois aqueles que possuem excesso de alimento podem forçar os que passam fome a uma servidão 'livremente' aceita, sem usar a violência. E admitindo que o Estado deste tipo limite suas atividades à supressão da violência (e à proteção da propriedade), uma minoria economicamente forte pode, desse modo, livremente explorar a maioria dos que são economicamente fracos.<sup>210</sup>

O que está sendo comunicado implicitamente é a postura ativa do Estado de Direito em combater as desigualdades baseadas em privilégios, títulos e categorias de cidadão e a omissão ativa diante das amplas desigualdades pressupostas pelo ordenamento, centralmente as socioeconômicas, como agente de diferenciação no tratamento jurídico. Não cabe, no último caso, ao Estado de Direito atenuar ou remover essas diferenças<sup>211</sup>, sendo uma invasão na autonomia da vontade ou propriedade dos indivíduos.

Novamente se vê o Estado de Direito através da compreensão de liberais mitigando a liberdade das classes desprivilegiadas. A importância da liberdade positiva é amplamente relevada. Benjamin Constant, como exposto anteriormente, explica que o que diferencia o não-proprietário excluído do gozo dos direitos políticos do escravo é que aquele, como todos os outros cidadãos, é protegido pela lei e goza de plena liberdade no âmbito da sua esfera privada, ao contrário do segundo, e aqui estaria a essência da liberdade moderna<sup>212</sup>. O autor, ao contornar os limites da liberdade nas relações privadas, delinea a posição majoritária do liberalismo: não há necessidade de uma liberdade positiva para que o sujeito se constitua livre. Aparentemente um Estado com um sistema normativo forte e capaz de proteger as liberdades individuais, garantir a segurança das propriedades privadas, as trocas livres entre os sujeitos iguais, e que, ao mesmo tempo, tenha uma capacidade de seu autolimitar, evitando o despotismo, é mais do que o suficiente para a formação de indivíduos livres.

Os estadunidenses concordavam com isso, apesar de estarem vinculados aos seus gritos de liberdade durante a guerra de independência. Por isso, existia certa dificuldade de criar um sistema político aristocrático. As particularidades históricas obrigaram os constituintes a normatizar um sistema político que fizesse remissão ao direito de se autogovernar. Os pais fundadores proclamaram, mais de uma vez, que as diferenças entre os escravos e os cidadãos livres estava no direito de dirigir o próprio destino e na possibilidade

<sup>210</sup> POPPER, *A sociedade aberta e seus inimigos*, 1987, p. 131.

<sup>211</sup> ZOLO, op. cit., p.39.

<sup>212</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 99.

de consentir sobre as leis que os governam – ou seja, estava na liberdade positiva<sup>213</sup>. Todo o processo de independência foi uma afirmação da importância da participação no processo legislativo, no controle da interferência do Estado e da política na vida privada, para que o povo estadunidense fosse livre e não mais escravo da coroa inglesa. Esse discurso, somado à participação de larga parcela da população nos processos políticos que impulsionam a fundação de um novo Estado que ampliou e reivindicou os ideais de que a liberdade deve ser positiva e negativa foi uma particularidade política que ocorreu em dois espaços na emergência do capitalismo e do liberalismo, nos EUA e França. A *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, concomitante ao radicalismo, diz Burke, abre espaço às reivindicações políticas e sociais do “cabeleireiro” e dos “vendedores de velas”, para não dizer a da “multidão suína”, ou de gente cuja “ocupação sórdida” comporta uma visão restrita e “mesquinha das coisas humanas”<sup>214</sup>. No mesmo sentido, Sieyès se manifesta de forma contrária à inclusão dos sujeitos que necessitam realizar “trabalho pesado”, assim caracterizados pelo francês:

os desgraçados que fazem os trabalhos pesados, produtores dos gozos alheios, que recebem apenas para a subsistência de seus corpos sofridos e necessitados de tudo, esta multidão imensa de instrumentos bípedes sem liberdade, sem moral, sem faculdade intelectual, dotados apenas de mãos que recebem pouco e de uma mente gravada por mil preocupações que os fazem apenas sofrer (...) são estes que vocês chamam homens? São considerados civilizados (*policés*), mas alguém já viu pelo menos um desses que fosse capaz de entrar na sociedade?<sup>215</sup>

A animalização dos sujeitos desprivilegiados, sejam os escravos negros, os ameríndios ou os trabalhadores da metrópole é um argumento repetido pelos liberais ao longo dos anos e por vários Estados. Visa a afastar a maioria desprivilegiada do exercício da cidadania e assim manter, também na democracia, a lógica do privilégio que caracteriza o liberalismo.

---

<sup>213</sup> Ver página 33 do presente trabalho.

<sup>214</sup> BURKE, *Reflections on the Revolution in France*, 2003, p. 42, 43 e 68.

<sup>215</sup> SIEYÈS, apud HARDT; NEGRI, *Commonwealth*, 2009, p. 8, e LOSURDO, op. cit., 2004, p. 31

## 2. DEMOCRACIA, REPRESENTAÇÃO E LIBERALISMO: TENSÕES E TRAIÇÕES

*“Democracy has been overtaken by liberalism.”*<sup>216</sup>

### 2.1. A transformação da democracia em representação

O liberal *whig*<sup>217</sup> William Lecky, um importante historiador do século XIX, em seus escritos sobre a democracia e as insurreições que se espalham pelos anos 40 do século XIX, vê com receio os processos de luta pela democracia, que ele compreende como a indevida emancipação das classes populares, e indica que delas pode decorrer o risco de “desemancipação” das classes privilegiadas, as únicas qualificadas para dirigir o país<sup>218</sup>. O autor apresenta um temor, também presente em Constant, que se fundamentava no risco de as leis serem formuladas a favor dos pobres. Aqueles que não possuíam propriedade seriam os novos beneficiários da terra, o que resultaria em uma inversão: os proprietários seriam simples empregados dos proletários<sup>219</sup>. O breve e simplificado recorte da ideia liberal é capaz de evidenciar como o liberalismo enxerga a democracia e a participação das camadas não-proprietárias nos campos políticos públicos. O receio de perda dos privilégios decorrentes de ser o beneficiário efetivo da terra, e não um empregado de outro indivíduo, não estava presente só nos EUA ou em Tocqueville, mas percorria todo o liberalismo. É um núcleo forte do conceito, que sobrevive ao tempo e se apresenta em autores neoliberais como Friedrich Hayek<sup>220</sup>.

A democracia era, e ainda é, vista como um movimento negativo de abrir espaço à multidão suína, descrição destinada aos trabalhadores comuns, homens livres não-proprietários; é, nesse sentido, um risco temido pelos liberais. A palavra impõe, desde os seus radicais gregos *demos* e *kratos*, tudo aquilo a que o liberalismo se opõe. O radical *kratos*, ao integrar uma palavra que designa formas de regimes políticos, significa “capacidade de fazer

<sup>216</sup> WOOD, op. cit., p. 229.

<sup>217</sup> Em referência à corrente política britânica dos séculos XVII-XIX que se caracterizou por reivindicar maior força do parlamento sobre o poder real, aumento da liberdade religiosa, centralmente dos protestantes cristãos, e oposição às intervenções papais no poder executivo inglês.

<sup>218</sup> LECKY, *Democracy and Liberty*, 1889, p. 6.

<sup>219</sup> LOSURDO, op. cit., 2006, p. 268.

<sup>220</sup> A abordagem da contradições entre igualdade material e igualdade política e temas correlatos com o receio quanto à democracia e à liberdade política estão presentes ao longo de toda a obra de Hayek, com destaque para *The constitution of liberty* (1978) e *Law, Legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy* (1998).

coisas”<sup>221</sup>, significa poder. Mas não é qualquer forma de poder: é aquele “que se põe de modo efetivo” e “com um caráter fundamentalmente violento”<sup>222</sup>. *Demos*, por sua vez, refere-se aos pobres, de classe baixa, àqueles que não são livres da necessidade do trabalho para sobreviver, “que são obrigados a trabalhar pela sua subsistência”<sup>223</sup>. É o poder violento e imediato exercido pela maioria desprivilegiada, não-proprietária. É a negação do controle do poder por fontes externas, no qual a escolha daqueles que iram exercê-lo não tem relação com a propriedade.

A especificidade histórica fez com que os liberais estadunidenses enfrentassem essa questão, “o problema capital da cultura político-jurídica: a passagem da multiplicidade ‘anárquica’ dos indivíduos à unidade de um ordenamento do qual os indivíduos se considerem membros”<sup>224</sup>, acompanhada pela referida exigência de participação geral dos membros sociais. Durante o processo de expansão do sufrágio, no início do século XIX, os EUA desenvolveram o oximoro *democracia liberal* como uma resposta às demandas do *demos*, exercido através de um Estado de Direito e capaz de efetuar uma integração ampla dos sujeitos livres no campo político, atribuindo o título de cidadão à multidão sem propriedade e derrubando as tradicionais limitações censitárias. A exigência de participação democrática, da ampliação da liberdade ativa, ou da liberdade-participação, como categorizava Rousseau, foi uma questão constante nas demandas da população estadunidense, algo que os “pais fundadores” e os primeiros governantes tiveram que enfrentar. Os homens de bem, ou como se autodeterminavam, “homens responsáveis”, entendiam que o direito de participação política ultrapassava qualquer limite pensado na concessão de direitos ao povo<sup>225</sup>. Um dos “pais fundadores”, Alexander Hamilton, ao se posicionar positivamente sobre a participação do público nos processos políticos, acentua: “quando digo o público, refiro-me apenas à sua parte racional. Os ignorantes e vulgares estão tão despreparados para julgar os métodos [do governo] quanto para controlar as [suas] rédeas”. Para ele, *público* é o mesmo de sempre; cidadãos seriam apenas o limitado grupo de privilegiados, de homens de posse. Continua o político estadunidense: “o povo é uma ‘grande fera’ que precisa ser domada.”<sup>226</sup> Noam

<sup>221</sup> OBER, *The original meaning of “democracy”*: capacity to do things, not majority rule, 2008, p. 6.

<sup>222</sup> MATOS, *A multidão contra o Estado*: rumo a uma comunidade inapropriável, p. 174.

<sup>223</sup> WOOD, op. cit., p. 222, trecho livremente traduzido a partir do original: “those who are obliged to work for a living.”

<sup>224</sup> COSTA, op. cit., 2010, p. 144

<sup>225</sup> CHOMSKY, op. cit., p. 24

<sup>226</sup> CHOMSKY, op. cit., p. 24



Chomsky denuncia de forma precisa o medo e a aversão que os liberais possuíam frente ao poder que aquela “multidão suína” almejava exercer:

A responsabilidade primeira do governo “é proteger a minoria opulenta da maioria”, declarou Madison. Esse tem sido o princípio orientador do sistema democrático, desde suas origens até os dias de hoje (...). Os “sintomas de um espírito de nivelamento” que já começaram a aparecer e alertavam “para o perigo vindouro” se o direito de voto colocasse o “poder sobre a propriedade nas mãos de quem não a possui”. “Não se pode esperar simpatia suficiente para com os direitos da propriedade da parte de quem não tem propriedade nem a esperança de obtê-la”, explicou Madison. Sua solução era conservar o poder político nas mãos dos que “provêm da riqueza da nação e a representam”, o “conjunto dos homens mais capazes”, e deixar o público em geral fragmentado e desorganizado.<sup>227</sup>

A democracia não é retomada nos tempos modernos como uma valorização da liberdade pelos governos liberais, mas como uma reivindicação da população que tem em Madison, outro dos importantes constituintes dos EUA, uma forte e resistente oposição. O liberal, durante as discussões sobre a Constituição, expressa o seu medo e sentencia que se as eleições “fossem abertas a todas as classes de indivíduos, a riqueza dos proprietários de terras correria perigo”<sup>228</sup>. O proprietário de terras e escravos temia que sua propriedade fosse alvo de “uma lei de reforma agrária”, concedendo terras à maioria desprivilegiada. O “pai fundador”, reconhecido como o pai da Constituição, pensava que o sistema constitucional deve “assegurar os interesses permanentes do país”, ou seja, a propriedade dos expropriadores<sup>229</sup>. Rancière consegue realizar uma leitura precisa a respeito do passado e do presente indicando que, para o liberalismo e sua “minoría opulenta”, “só existe uma democracia boa, a que reprime a catástrofe da civilização democrática. O bom governo democrático é aquele capaz de controlar um mal que se chama simplesmente vida democrática”<sup>230</sup>. Essa forma de vida comunitária se apresenta como um duplo risco aos direitos formados no binômio propriedade-liberdade; primeiramente, ao reconhecer o poder absoluto e imediato da *demos*, que pode se opor e desativar esse núcleo político-jurídico do Estado; em segundo lugar, porque se propõe a quebrar a tradicional hierarquização baseada em qualidades ético-sociais e econômicas, igualando as pessoas a partir de suas diferenciações.

Nesse espírito e medo liberal é constituída a lei fundamental estadunidense, tanto em relação à produção do texto quanto ao seu conteúdo. Noam Chomsky, ao analisar o processo constituinte dos EUA e sua relação com a demanda democrática presente na população,

---

<sup>227</sup> Idem, p. 25.

<sup>228</sup> Idem.

<sup>229</sup> Idem.

<sup>230</sup> RANCIÈRE, *O ódio à democracia*, 2014, p. 16.

observa a existência de um certo “consenso dentre os estudiosos de Madison”, para quem “a Constituição foi um documento intrinsecamente aristocrático, concebido para conter as tendências democráticas da época”. O texto buscava excluir os pobres, os que não possuíam qualquer título proprietário, enquanto atribuía poder aos “melhores”<sup>231</sup>. No mesmo sentido, Wood, ao analisar de forma detalhada a construção da democracia representativa, indica que

quando os federalistas invocaram o “povo” como uma categoria política, não foi com o propósito de afirmar os direitos e acertar uma “mecânica” contra aqueles que os excluiriam da esfera pública. Pelo contrário, há ampla evidência, não menos importante, nos pronunciamentos explícitos dos líderes federalistas, de que seu propósito – e o propósito de muitas provisões na Constituição – era diluir o poder da multidão popular, particularmente em defesa da propriedade. Aqui, o “povo” estava sendo invocado em apoio de menos contra princípios mais democráticos.<sup>232</sup>

A primeira resposta dos constituintes estadunidenses, ou ausência de resposta, foi delegar aos Estados federados a autonomia legislativa sobre os direitos de voto dos seus cidadãos. Em um primeiro momento, os Estados Unidos da América replicaram o modelo europeu de voto censitário e menos de cinco por cento das pessoas livres podiam votar<sup>233</sup>. Em um processo lento, que durou oitenta e um anos, os direitos de voto foram sendo ampliados. Primeiramente, em 1828, os direitos de voto foram estendidos em uma parte dos Estados aos homens brancos e não-proprietários; três eleições depois, em 1840, oitenta por cento da população adulta, branca e masculina participou das eleições.<sup>234</sup>

A “Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos”, publicada em 1868, garante a cidadania a todos os *homens* nascidos, ou naturalizados, nos Estados Unidos. A multidão trabalhadora é, pela primeira vez, considerada cidadã. O direito de participação nas eleições foi incorporado à Constituição dois anos depois, em 1870, com a “Décima Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos”, que proibia os Estados federados de negar o direito ao voto com base em cor, raça e condições anteriores de servidão. A norma constitucional foi prontamente respondida pelos Estados do sul com os chamados atos

<sup>231</sup> CHOMSKY, op. cit., p. 25.

<sup>232</sup> WOOD, op. cit., p. 223, trecho livremente traduzido a partir do original: “when the Federalists invoked the ‘people’ as a political category, it was not for the purpose of asserting the rights of ‘mechanics’ against those who would exclude them from the public sphere. On the contrary, there is ample evidence, not least in explicit pronouncements by Federalist leaders, that their purpose - and the purpose of many provisions in the Constitution - was to dilute the power of the popular multitude, most particularly in defense of property. Here, the ‘people’ were being invoked in support of less against more democratic principles.”

<sup>233</sup> ENGERMAN; SOKOLOFF, op. cit.

<sup>234</sup> A escolha pela narrativa histórica do sufrágio nos Estados Unidos se deve pela centralidade do país na visão liberal e como o mesmo representa a inauguração da democracia representativa liberal que se expandiu para o mundo ocidental sendo hoje um dos pilares de organizações internacionais para o reconhecimento civilizatório. O processo no Brasil é de descontinuidade e de longos períodos de direitos eleitorais reduzidos informalmente, como os votos de cabresto, e formalmente, como as experiências ditatoriais do Estado Novo e da Ditadura Militar. O voto no Brasil somente foi considerado universal com a promulgação da Constituição de 1988, a partir da qual os analfabetos tiveram reconhecido o direito de voto.

segregacionistas, que criaram uma série de obrigações burocráticas e formais aos eleitores, o que permitiu um elevado nível de discricionariedade por parte dos órgãos e funcionários públicos que emitiam os títulos de eleitor<sup>235</sup>. Os negros tiveram dificuldade de voto até às décadas de 50 e 60 do século XX.

Em 1920 a Constituição estadunidense iguala as mulheres aos homens e atribui a elas as mesmas restrições e direitos que esses possuíam, e foi o último grande ato formal de extensão e inclusão de um grupo de pessoas no rol de eleitores nos EUA.<sup>236</sup> O processo total de ampliação do voto se prolonga por cento e trinta anos, sendo acompanhado por um elevado controle sobre a população negra. Esse processo de expansão do direito de voto foi gradualmente realizado nos EUA e na democracia ocidental, sendo, junto da representatividade, uma das duas características centrais da democracia estadunidense. Norberto Bobbio percebe esse processo como uma característica geral das democracias liberais e afirma que,

ao longo de todo o curso de um desenvolvimento que chega até nossos dias, o processo de democratização, tal como se desenvolveu nos Estados, que hoje são chamados de Democracia liberal, consiste numa transformação mais quantitativa do que qualitativa do regime representativo. Neste contexto histórico a Democracia não se apresenta como alternativa (como seria no projeto de Rousseau rejeitado por Constant) ao regime representativo, mas é o seu complemento; não é uma reviravolta, mas uma correção.<sup>237</sup>

Se, hoje, a palavra *democracia* invoca imediatamente o sistema representativo de governo, que é o uso do voto não para decidir o futuro da comunidade, mas para transferir a decisão para terceiros, é em razão do processo fundado nos EUA no início do século XVIII. O sentido do termo está tão atrelado ao voto e à transferência de poder que houve uma inversão, e hoje é necessário o uso de uma expressão redundante para indicar uma democracia que não apela à cessão do poder para indicar o que, tradicionalmente é chamado de democracia. A indicação de um sistema político em que o cidadãos realizam debates públicos entre si e eles mesmos tomam as decisões a partir desses diálogos tem que fazer referência ao termo “democracia direta”, porque “se hoje ‘democracia representativa’ pode parecer pleonasma” ela “foi primeiro um oxímoro”<sup>238</sup>, insistentemente apontado por Jean-Jacques Rousseau em seus escritos contraditados por Condorcet e outros liberais<sup>239</sup>.

<sup>235</sup> TOCQUEVILLE, op. cit., 2004, p. 363.

<sup>236</sup> ENGERMAN; SOKOLOFF, op. cit.

<sup>237</sup> BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, op. cit., p. 324.

<sup>238</sup> RANCIÈRE, op.cit., p. 70.

<sup>239</sup> COSTA, op. cit., 2010, capítulo IV; ROUSSEAU, op. cit., p. 64, 126 e ss.

A representação, presente já há algum tempo na história política da humanidade, é invocada em Hobbes no sentido de agir pelo outro, por um outro que transferiu a ele poderes para tanto<sup>240</sup>. No período medieval a representação é uma agência do próprio ser social, haja vista a compreensão da sociedade estar conectada à ideia de um corpo hierarquicamente composto por órgãos diferentes, mas que sempre se comunicam com o uno. O representante não decide para e pelo todo, mas para e por si mesmo porque ele é o todo, é uma parte dele que não é autossuficiente, sempre existindo e operando numa relação de totalidade<sup>241</sup>. Hobbes inaugura a ideia de divisão na representação, entre aquele que recebe os poderes de decisão – o soberano – e os sujeitos que concedem esses poderes. Antes da formação social, esses sujeitos não constituem qualquer forma de unidade ou organização coletiva; são indivíduos separados. A formação do soberano é ao mesmo tempo a formação dessa coletividade una<sup>242</sup>. Não existe um sujeito coletivo prévio que a partir de certo momento decide ser representado pelo soberano: a formação desse soberano representativo transforma os muitos em um, a multidão em povo<sup>243</sup>.

Hobbes possuía uma preferência clara pela forma monárquica de poder, mas as transformações da realidade apresentaram o parlamento como o novo soberano representativo na Inglaterra<sup>244</sup>. A tradição liberal, que tem em Burke um dos principais nomes na análise da relação entre representantes e representados, vê nas assembleias parlamentares um ente distinto dos sujeitos que são representados, que existem enquanto sujeito coletivo independentemente da formação do soberano, diferente do que pensa Hobbes, mas só podem atuar através desse. Essa atuação, embora ocorra em nome do e pelo poder concedido pelos indivíduos, não leva em conta a sua vontade, mas o seu interesse.<sup>245</sup> O *interesse*, aqui, não é aquele expresso individualmente e nem a soma dos interesses individuais, mas um interesse público e geral da nação. Essa ideia também está presente em John Stuart Mill, que sustenta a democracia como um governo que se conforma tendo em vista atos que alcancem o bem de todos, que somente pode ser concebido e alcançado se houver um grupo de eleitores capazes de julgar sua ação. Esse interesse, ou bem de todos, é determinado autonomamente pelo poder parlamentar, sem considerar as vontades dos sujeitos representados, através do seu

---

<sup>240</sup> HOBBS, op. cit., 2006, p. 112; COSTA, op. cit., 2010, p. 151.

<sup>241</sup> COSTA, op. cit., 2010, p. 147.

<sup>242</sup> HOBBS, op. cit., 2006, p. 114; COSTA, op. cit., 2010, p. 151.

<sup>243</sup> HOBBS, op. cit., 2006, p. 112.

<sup>244</sup> COSTA, op. cit., 2010, p. 152.

<sup>245</sup> PITKIN, *The concept of representation*, 1967, p. 169.

fundamento: a ordem jurídica constitucional pré-existente<sup>246</sup>. O liberalismo inglês, que tem em Burke uma sinédoque, traz na Constituição, e não nos sujeitos e suas isoladas vontades somadas, o fundamento do poder parlamentar. “O representante coloca-se, portanto, não como espelho de uma vontade já formada, mas como causa eficiente de uma decisão que de outra forma seria impossível”<sup>247</sup>; o soberano tem como fundamento sua capacidade de agir e de decidir o interesse da nação. Apesar da existência de um necessário descolamento entre representantes e representados – na decisão do interesse da nação e a vontade dos sujeitos que a compõem – Burke aponta que o descolamento não pode ser completo; deve haver um certo grau de identificação entre os dois entes para que o soberano tenha legitimidade<sup>248</sup>.

A redução dessa identificação gerou os eventos de oposição do século XVIII espalhados pelo mundo ocidental. Dentre eles, além do processo estadunidense, que é o centro da análise aqui estruturada, há o processo revolucionário francês em que uma outra teoria sobre a representação foi realizada, principalmente pelo Abade Sieyès. Apesar de possuir fortes oposições à teoria dos ingleses, principalmente a de Burke, existem algumas semelhanças sobre a relação entre representatividade e soberania que são importantes para delinear a fundação do uso da representação com um viés democrático.

Se em Burke e em Hobbes os autores são indivíduos ideais que formam um soberano, seja o rei ou o parlamento, Sieyès parte dos indivíduos que compõem a sociedade, de todos os cidadãos que compõem a nação francesa e são iguais entre si<sup>249</sup>. Esses autores nomeiam como membros do parlamento, como os atores da nação, pessoas juridicamente e hierarquicamente iguais a eles. A assembleia constituinte representa a reunião de todos os membros da sociedade, que não podem se fazer mais fisicamente presentes diante da complexidade e do número de sujeitos que a compõem. Para o francês, o poder constituinte é livre e ilimitado e o povo representa a fonte extralegal de toda legalidade; no entanto, essa produção é “juridicizada”, ou seja, possui uma identidade fixa, mediada pela representação<sup>250</sup>. O uso da representação dentro da ideia de democracia é uma solução criada pelo liberalismo oitocentista em busca de uma resolução para o “problema” que ganhou força e teve que ser enfrentado pelos liberais daquele século: a exigência de participação política da população. A narrativa histórica que prevalece na tradição ocidental, entretanto, aponta que o problema resolvido pela representatividade foi o elevado número de indivíduos que começaram a

---

<sup>246</sup> Idem, p. 173.

<sup>247</sup> COSTA, op. cit., 2010, p. 154.

<sup>248</sup> PITKIN, op. cit., p. 171-172.

<sup>249</sup> SIEYÈS, op. cit., 2008, p. 57-59.

<sup>250</sup> KALYVAS, op. cit., p. 61.

constituir a nação, o crescimento populacional gerado pelas revoluções industriais e pelos processos de urbanização nos centros liberais, em conjunto com a expansão dos espaços ocupados pelos seres humanos. Esses fatores resultaram em uma dificuldade prática na realização de uma participação democrática da população. Os autores indicam os atores para que a nação tenha capacidade de agir e inaugurem a ordem político-jurídica através da assembleia constituinte; para eles, representação é a única forma possível de realizar a democracia<sup>251</sup>.

Para Sieyès, a nação existe de forma independente do soberano, ao contrário do que teoriza Hobbes, mas só consegue formar e vocalizar suas vontades através da atuação da assembleia<sup>252</sup>. O processo de representação é responsável por atribuir capacidade de agir à nação, que a partir desse processo constitui o ordenamento político e jurídico. Se em Burke a vontade dos sujeitos é fator irrelevante para a formação e atuação do soberano, em Sieyès os representantes são escolhidos pelo voto, expressão de vontade dos representados, mas também devem atuar em busca da realização do interesse dos sujeitos. O voto é traduzido enquanto o consenso da nação na formação da assembleia representativa e nas decisões tomadas por essa, e opera transformando os muitos indivíduos que conformam a nação nos poucos que decidem autonomamente, dando legitimidade a essas decisões, haja vista o voto ter elegido os poucos que decidem. É estabelecida aqui a lógica de que quanto mais amplo o direito de voto, mais legítimas são as decisões tomadas pelo soberano representativo, ainda que completamente contraditórias à vontade da nação.

É com esse fundamento que se percebem críticas contundentes à visão historiográfica que reduz a representatividade a uma resolução do processo de crescimento da população e à ampliação do tamanho da República. Esse crescimento populacional e a ampliação das categorias que podem votar são, na realidade, algo desejado pela minoria privilegiada. Durante o processo constituinte, autores antifederalistas demonstraram certo receio diante da representação, propuseram um governo federal fraco, com independência política de pequenos territórios, o que viabilizaria uma democracia forte. Os federalistas, vitoriosos durante o processo constituinte, possuíam a mesma opinião quanto à representação: ela enfraquecia a democracia, mas viam nisso um fundamento para o Estado extenso e populoso<sup>253</sup>. Nesse sentido, Ellen Wood esclarece o processo de transformação da democracia

---

<sup>251</sup> COSTA, op. cit., 2010, p. 154.

<sup>252</sup> SIEYÈS, op. cit., 2003, p. 37-38, 152-154.

<sup>253</sup> HARDT, NEGRI, *Multidão*, 2005, p. 308.

e da apropriação do poder que emana do povo que se transforma em um poder que esvanece do povo:

O homem de propriedade falará politicamente pelo sapateiro ou pelo ferreiro. É claro que Hamilton não propõe silenciar essas vozes demóticas. Tampouco pretende privá-las do direito de escolher seus representantes (...). A visão federalista é que a representação não é uma forma de implementar, mas de evitar ou, pelo menos, contornar parcialmente a democracia. Seu argumento não era que a representação é necessária em uma grande república, mas, ao contrário, que uma grande república é desejável para que a representação seja inevitável – e quanto menor a proporção entre representantes e representados, maior a distância entre eles, e melhor será.<sup>254</sup>

O desejo dos sujeitos de participarem de forma ativa no processo político foi crescente e protagonista dos movimentos revolucionários ao longo do século XIX. O ano de 1848 – com a comuna de Paris, a publicação do Manifesto Comunista, a revolução de 1848 dos Estados alemães, entre outros eventos históricos – simboliza de forma clara um dos grandes momentos dessas demandas, embora seja possível estabelecer linhas diretas com o processo da Revolução Francesa. A liberdade negativa não era vista mais como suficiente; as diferenças que ela promovia, e que eram continuamente fortalecidas pelo poder político – haja vista que, diante dos limites censitários, esses indivíduos monopolizavam o *status* de cidadão e, por conseguinte, ocupavam os cargos legislativos, judiciários e executivos – encontraram um limite. A multidão desprivilegiada começa a reivindicar, pelo mundo, a extensão do *status* de cidadão e o exercício de seus poderes. Tocqueville foi, desde o seu início, opositor da revolução de 48. Enxergava-a como um movimento substancialmente socialista, antiburguês e antiliberal. O autor indicava que o movimento era oposto à democracia, porque “buscava a igualdade, não na liberdade, mas na opressão e servidão”; na revolução estariam presentes “as teorias econômicas e políticas” que querem “fazer crer que a miséria humana é obra das leis e não da providência, e que seria possível acabar com a pobreza mudando a ordem social”<sup>255</sup>. A tradição liberal e os argumentos expostos demonstram que a representação tem por finalidade sempre a resolução de outro problema: a democracia. É a partir dessa percepção que Michael Hardt e Antonio Negri avaliam que

A representação vale para eles como uma espécie de vacina para proteger dos perigos da democracia absoluta: ela fornece ao corpo social uma pequena dose

<sup>254</sup> WOOD, op. cit., p. 216, trecho livremente traduzido a partir do original: “The man of property will speak politically for the shoemaker or black-smith. Hamilton does not, of course, propose to silence these demotic voices. Nor does he intend to deprive them of the right to choose their representatives (...). The Federalist view that representation is not a way of implementing but of avoiding or at least partially circumventing democracy. Their argument was not that representation is necessary in a large republic, but, on the contrary, that a large republic is desirable so that representation is unavoidable - and the smaller the proportion of representatives to represented, the greater the distance between them, the better.”

<sup>255</sup> TOCQUEVILLE, *Tocqueville on America after 1840: Letters and Other Writings*, 2005b, p. 400-404.

controlada de governo popular, com isto inoculando-o contra os temíveis excessos da multidão.<sup>256</sup>

Um posicionamento capaz de expressar o pessimismo potestativo diante dessa liberdade positiva e necessária de acordo com as revoltas e manifestações sociais é o do liberal Herbert Spencer. O autor indica que se a função do liberalismo no passado foi a de limitar os poderes dos reis, naquele momento e no futuro essa função seria a de limitar o poder dos parlamentos, submetidos às pressões do povo<sup>257</sup>.

A igualdade é um valor central para os liberais, componente de uma sociedade civilizada, e precisa ser incorporada às normas jurídicas. Apesar de se oporem ao radicalismo e à Revolução de 48, não negam a igualdade como um legado revolucionário, tal qual a liberdade. Contudo, aquela deve ser limitada à esfera jurídica e seus efeitos devem ser uma titularidade de direitos igual entre os membros da sociedade civil. Estender os seus efeitos ao campo econômico-social ou nivelar os indivíduos politicamente é extrapolar esses limites e invadir o campo da liberdade. “Apenas uma igualdade rigorosamente jurídica é compatível com a liberdade”<sup>258</sup>. O uso da igualdade para equiparar politicamente todos os membros da população é, para o liberalismo, radicalmente inconciliável com a liberdade-propriedade que resultará em um conflito eleitoral entre a maioria desprivilegiada e passiva e a minoria privilegiada e ativa, passando o controle do parlamento e a produção de normas para os não-proprietários que, assim, desmantelariam o núcleo de civilidade liberdade-propriedade, essencial para o progresso.

A participação da multidão desprivilegiada gerava o grande receio de o Estado de Direito não operar mais conforme fora pensado, como protetor de uma liberdade negativa que restringisse ao máximo o seu poder de influenciar nas desigualdades econômicas, mantendo o livre direito de exploração dos sujeitos. Havia o medo de que a tirania da maioria, como define Hayek, começasse a ter efeito com o Estado deixando de considerar “como meramente privadas as desigualdades, inclusive extremas, que subsistem no nível econômico-social”<sup>259</sup>. A democracia significava o risco de perda do poder oligárquico, e aqui surge uma resposta: a representatividade. A história disfarça essas escolhas e as distancia do processo de apropriação da democracia pelo liberalismo, faz parecer que os fundamentos da representatividade são outros, mas é preciso estar atento ao processo histórico e perceber que

---

<sup>256</sup> HARDT, NEGRI, op. cit., 2005, p. 306.

<sup>257</sup> SPENCER, *The man versus the state, with six essays on government, society and freedom*, 2004, p. 77.

<sup>258</sup> COSTA, op. cit., 2010, p. 234.

<sup>259</sup> LOSURDO, op. cit., 2004, p. 25.



A representação é em sua origem o exato oposto da democracia. Ninguém ignorava isso nos tempos das revoluções norte-americana e francesa. Os pais fundadores e muitos de seus seguidores franceses viam nela justamente o meio de a elite exercer de fato, em nome do povo, o poder que ela é obrigada a reconhecer nele, mas que ele não saberia exercer sem arruinar o próprio princípio do governo.<sup>260</sup>

O receio dos liberais produz o paulatino processo de construção de uma democracia liberal, que teria como principais características a representatividade e o elevado número de cidadãos participantes. O objetivo é alcançado com o enfraquecimento da participação política da multidão e controle do impacto que poderia existir sobre a propriedade e os privilégios que ela produz na sociedade. Esse processo e as forças representadas nele conseguem traduzir o que o sistema representativo é em sua essência. O processo estadunidense é copiado e reproduzido pelo mundo, com adaptações às especificidades culturais e históricas. Sabe-se que “no estudo da História, não se pode construir experimentos, mas os Estados Unidos estão tão próximos quanto possível do ‘caso ideal’ de democracia capitalista de estado”<sup>261</sup>. O exemplo estadunidense consegue evidenciar os processos e objetivos tomados para que a democracia representativa não signifique um risco ao liberalismo e ao Estado de Direito – aos objetivos que esses buscam realizar através da normatividade. Mais que não se opor, os EUA conseguem conceber uma forma de democracia que opera a favor dessas estruturas. O modelo estadunidense realiza um sistema “onde o povo é soberano, mas somente o é na ação de seus representantes e de seus governantes”<sup>262</sup>, uma forma política na qual a extensão do sufrágio à maioria da população, ao invés de a ela transferir o poder decisório, dela retira-o.

É uma forma democrática pela qual os governados têm apenas o direito de consentir através do seu voto, e ir além disso é contrariar o lugar destinado à multidão. Esta deve ser mera espectadora cuja participação é limitada às eleições, ao momento de transferência de todo poder do povo àqueles que realmente devem exercer o poder. Na democracia liberal, participar é deixar de participar. Os proprietários, ou os sujeitos que possuem a confiança dos proprietários<sup>263</sup>, concorrem entre si para ganhar o consentimento da população. Ao mesmo tempo, a arena econômica é completamente dominada pela minoria privilegiada e não há

---

<sup>260</sup> RANCIÈRE, op. cit., p. 69.

<sup>261</sup> CHOMSKY, op. cit., p. 25.

<sup>262</sup> RANCIÈRE, op. cit., p. 75.

<sup>263</sup> Grande parte das estruturas aqui exploradas representam uma forma prévia, a que se deu continuidade, dos processos presentes nas democracias atuais. Nesse sentido, é curioso perceber como a figura dos proprietários hoje foi substituída pelo sujeito indeterminado e sem face do mercado. As propagandas políticas e até as análises eleitorais do jornalismo passam pela rejeição e aceitação do sujeito perante o mercado. Este mercado que vê com bons olhos, e fomenta, a retaliação dos direitos sociais que vêm ocorrendo pelo mundo desde o início da década de noventa, este mercado que piorou as condições de previdência e trabalho pelo mundo em nome de um balanceamento fiscal; essa entidade é o que determina parte da qualidade dos candidatos à eleição.

espaço para a sociedade. Nas relações privadas, o poder dos expropriadores, da minoria privilegiada que “não depende de um *status* jurídico ou cívico privilegiado, mas da falta de propriedade dos trabalhadores”, para constrangê-los a realizar os desiguais e apreensórios contratos de trabalho, os de aprendizado ou de servidão e, assim, “trocar sua força de trabalho por um salário a fim de obter acesso aos meios de trabalho e subsistência”<sup>264</sup>, está livre para agir em sua plena potência. A manutenção do poder político e do sistema do Estado de Direito liberal construído a partir do século XVIII é a garantia da livre atuação na vida privada.

Portanto, democracia, em sua configuração representativa, não é uma forma que objetiva resolver os problemas práticos do crescimento populacional, adaptando o modelo democrático ao tempo das grandes populações, dos grandes centros urbanos, mas visa a usar deles para tornar a representatividade cogente. A democracia representativa é um modelo oligárquico, uma forma que as “minorias opulentas”, as que não possuem os títulos jurídicos ou nobiliárquicos, mas títulos proprietários e latifundiários, desenvolveram para se “ocuparem dos negócios comuns”. A história nos mostra que o modelo de representação em raras oportunidades representou a maioria pobre, mas sempre os interesses dos proprietários, da ordem econômica, e dos Estados. “A evidência que assimila a democracia à forma do governo representativo, resultante da eleição, é recente na história”<sup>265</sup>. O Estado liberal inaugura a confusão entre eleição e processo democrático. Enquanto se simula a emissão da voz da população, realiza-se um processo de omissão dessa voz, que tem como produto um consentimento político resguardado pela ilusão de unanimidade. Trata-se de uma “síntese disjuntiva”, “na medida em que simultaneamente liga os cidadãos ao governo e os aparta dele, associa e separa”<sup>266</sup>.

O sujeito presente não necessita que ninguém o represente; a representatividade opera como uma forma de simular a presença dos sujeitos ausentes, daqueles que não podem comparecer mas possuem o desejo de participar. “A representação é uma estratégia contra uma ausência insuperável”<sup>267</sup>. A democracia liberal, ao determinar que os sujeitos desprivilegiados não podem participar da arena política, também determina que os privilégios – liberdade e propriedade – da maioria não sejam transformados; faz uso da representatividade como ferramenta de exclusão do sujeito, que simultaneamente simula a sua

---

<sup>264</sup> WOOD, op. cit., p. 172, trechos livremente traduzidos dos originais: “not dependent on a privileged juridical or civic status but on the workers' propertylessness (...) exchange their labour power for a wage in order to gain access to the means of labour and subsistence.”

<sup>265</sup> RANCIÈRE, op. cit., 2014, p. 69.

<sup>266</sup> HARDT, NEGRI, op. cit., 2005, p. 306.

<sup>267</sup> COSTA, op. cit., 2010, p. 143.

inclusão e participação. O liberalismo desloca a participação política e o conceito de cidadania para o voto, para o momento de transferência do poder da multidão para as minorias privilegiadas e assim modula parte considerável das manifestações políticas, centralizando em grande parte delas a demanda pela extensão do sufrágio àqueles sujeitos marginais, ou seja, o direito de ser incluído nos processos oficiais de exclusão. Essa deixa de ser uma condição da vida privada dos sujeitos e passa a ser um fato oficial, transforma-se em inclusão, que em última instância é a ausência de participação nos processos da arena política.

O mecanismo eleitoral produz três importantes consequências a partir da modernidade: primeiramente, o voto transforma as pessoas que compõem a nação em sujeitos ativos, capazes de participar da vida política no momento de designação dos indivíduos que exercerão o poder, aproximando os representados dos representantes e fundamentando o poder destes. Ao limitar a vontade aos momentos da eleição, e essa é a segunda consequência, há uma cisão entre a vontade dos eleitores e as decisões dos eleitos, permitindo que esses não estejam subjugados a nenhum poder formal, podendo atuar como soberanos, afastando os representantes dos representados e permitindo que esses decidam com liberdade. A fundamentação do poder dos representados, acompanhada de uma atuação livre dos representantes, produz a operação essencial da soberania, e essa é a terceira consequência: transforma os muitos em um. As diferenças entre os membros e os conflitos de vontade e interesse desaparecem diante da unidade totalizante do soberano, escolhido pelo povo, categoria inclusiva na medida em que exclui as diferenças das pessoas que a conformam.<sup>268</sup>

Não se discute aqui que a política extrapola os campos institucionais, na realidade de que, com o esvaziamento do sentido amplo que a palavra *política* tem, ela é muito mais produzida fora do parlamento do que dentro dele. As organizações sociais, os debates públicos realizados nos campos supostamente privados, o convívio cotidiano dos trabalhadores, dos negros, das mulheres, dos pobres, os sindicatos, as organizações dos desprivilegiados e outras formas de convívio contêm em potência a realização da democracia e da política. Mas até esse ponto foi amplamente controlado pelos liberais, que se manifestaram diversas vezes contra as organizações sindicais, que possuíam um protagonismo maior nos séculos XIX e XX. Adam Smith, por exemplo, entendia como natural trabalhadores “do mesmo comércio se reunirem” principalmente com a finalidade de celebrar e se divertir, mas se houvesse qualquer discussão que visasse a aumentar os preços salariais haveria “uma conspiração contra o público”. Smith reconhecia que era “impossível impedir tais reuniões”

---

<sup>268</sup> Idem, p. 158-160.

através de qualquer “lei que fosse consistente com a liberdade e a justiça”, mas entende que o Estado, diante de qualquer reunião da classe trabalhadora, deveria agir com a finalidade de dificultar tais encontros, sendo inaceitável qualquer “regulação que facilitasse que os trabalhadores do mesmo comércio se tributassem para prover seus pobres, seus doentes, suas viúvas e órfãos, dando-lhes um interesse comum para administrar”<sup>269</sup>. É possível afirmar, com base nessa argumentação, que para Smith não apenas os sindicatos, como qualquer organização de ajuda mútua entre os pobres, era considerada ilegal. O liberal inglês reconheceu lidar com “homens desesperados, que ou morrem de fome ou se impõem perante seus patrões”<sup>270</sup>, mas essa percepção não foi o suficiente para que o Estado atuasse a fim de evitar reuniões, conversas e organizações entre os não-proprietários.

Smith percebeu que a formação de sindicatos foi resultado de uma ação de sobrevivência de trabalhadores que corriam o risco de morrer por inanição, que sofriam graves danos à saúde, que tentavam se proteger da constante redução dos salários realizada pela coalizão dos expropriadores. Mas os sindicatos representavam “monopólios ampliados” sobre a mão-de-obra, que deviam ser reprimidos pelo governo, a fim de garantir os direitos do mercado e daqueles indivíduos. O autor via a organização política dos trabalhadores como um óbice ao exercício de sua liberdade, impedindo que o indivíduo “perseguisse seu próprio interesse e seu próprio caminho, no plano liberal de igualdade, liberdade e justiça”<sup>271</sup>. A visão de Smith acompanha o liberalismo até os dias de hoje. As organizações sociais e políticas realizadas pela multidão de forma direta e aberta são vistas com aversão e preocupação pelo liberalismo, a ponto de Hayek identificar o início do declínio do liberalismo com a flexibilização dos conjuntos normativos que proibiam a sindicalização, o que ocorre na década de 70 do século XIX<sup>272</sup>. O liberal austríaco indica que ao “liquidar com a determinação da concorrência dos preços” da força-trabalho e possibilitar interferências políticas no jogo livre do mercado, os sindicatos minam as raízes do sistema liberal, e é um claro “dever moral do governo” impedir que isso aconteça<sup>273</sup>. As relações de produção, as

---

<sup>269</sup> SMITH, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1977, p. 183-184.

<sup>270</sup> Idem, p. 100.

<sup>271</sup> Idem, p. 881.

<sup>272</sup> HAYEK, *New studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, 1983, p. 121, 134.

<sup>273</sup> HAYEK, op. cit., 1998, p.142. É impossível e irresponsável falar sobre este assunto e não mencionar, ainda que brevemente, por não ser o escopo do presente trabalho, o processo de ataque aos sindicatos brasileiros nos últimos anos, logo após a queda de um governo social-democrata. Os dois governos posteriores assumiram, com uma reforma geral sobre a legislação trabalhista e medidas legislativas editadas pelo executivo, formas de enfraquecer economicamente e politicamente os sindicatos dos trabalhadores. As medidas centrais passam pelo fim dos impostos sindicais, criação de concorrência territorial e a proibição de desconto em folha das contribuições. Além disso, replicam a lógica das relações privadas entre sujeitos em equilíbrio financeiro para as

condições de subsistência, a submissão de um sujeito ao outro, a propriedade da comunidade, e tantas outras questões centrais de uma sociedade são deslocadas para o campo privado e conseqüentemente retiradas do campo político. As questões públicas e comunitárias, de acordo com o entendimento do liberalismo, reduzem-se a um espectro tão pequeno que se faz mais política fora do parlamento do que dentro. Mas mesmo essa possibilidade é antagonizada pela força violenta do Estado, que tenta desqualificar toda atuação desses grupos e sujeitos como algo não-político, como relações que não permeiam a vivência pública.

O processo de ampliação dos sujeitos que podem exercer o direito de voto é o processo da inclusão exclusiva de um agregado de indivíduos isolados – mônadas que não possuem propriedade e nem solidariedade com a comunidade – no campo político. Os indivíduos que compõem a multidão desprivilegiada são, a partir de agora, considerados cidadãos, o que representa um avanço inegável, principalmente diante de uma tradição na qual o título de cidadão somente poderia ser estendido aos sujeitos que possuíam títulos sociais ou nobiliárquicos; na qual adquirir a cidadania possibilitava o uso da estrutura do Estado de Direito, da oposição das garantias de igualdade e liberdade individuais ao poder estatal e aos outros indivíduos. Supostamente, a partir desse título passou a ser possível às pessoas desprivilegiadas tencionar o sistema jurídico e político, resolver ou expor as opressões que aqueles sujeitos sofriam.

Mas tal avanço não pode ofuscar que a expansão do título da cidadania, do direito à liberdade positiva, é acompanhada e determinada pelo esvaziamento da esfera política, restringindo-a ao que é público enquanto ocorre uma ampliação desmedida do que é privado e, portanto, inacessível à comunidade política<sup>274</sup>. O setor de produção e as relações de divisão dos produtos do trabalho da sociedade se transformam em campos intocáveis pelo público, são áreas em que o mercado e o poder econômico agem de forma livre, nas quais os proprietários podem oprimir e submeter livremente aqueles que dependem do próprio trabalho para sobreviver, o *demos*. Os pontos positivos dessa inclusão também devem ser contrastados com o contexto revolucionário em que surgiram, sendo resposta ao radicalismo francês e ideais democráticos presentes em outros projetos revolucionários. A democracia liberal é, em parte, um projeto contrarrevolucionário<sup>275</sup>. O liberal Hayek vê o processo de democratização

---

relações de emprego e semelhantes, tratando de forma igual os sujeitos que vendem a força de trabalho para sobreviver e os sujeitos que compram a força de trabalho para ampliar o lucro. O Estado de Direito continua atuando de forma eficaz em nome dos interesses e ideais liberais.

<sup>274</sup> WOOD, op. cit., p. 255.

<sup>275</sup> Idem, p. 230.

como a extensão da operabilidade do princípio da igualdade a outras camadas da vida social. Em suas palavras,

Essa extensão do princípio da igualdade às regras de conduta moral e social é a expressão principal do que é comumente chamado de espírito democrático – e provavelmente aquele aspecto que mais faz inofensivas as desigualdades que a liberdade necessariamente produz.<sup>276</sup>

A frase do liberal austríaco possui uma ambiguidade – talvez involuntária – que revela o suficiente sobre a democracia e a sua função no Estado de Direito liberal. Ao indicá-la como uma das prováveis razões em tornar “inofensivas as desigualdades necessariamente produzidas pela liberdade”, o autor faz referência à participação política igualitária dos indivíduos que atuam na sociedade e, assim, mitigam as diferenças econômicas que são produzidas e protegidas pela liberdade negativa. Mas ao mesmo tempo deixa em aberto a possibilidade de interpretação da sua frase como uma alusão ao papel de desativação do poder político dos sujeitos. A representatividade e sua atuação como uma forma de inclusão desses sujeitos na esfera política e, portanto, nas decisões que irão definir o rumo da sociedade, faz com que o sujeito passe a ser componente ativo da sociedade dando ao poder político o seu consentimento para que as decisões sejam tomadas. O consentimento, através da democracia liberal, torna inofensivas às classes proprietárias as desigualdades produzidas pela liberdade, porque desativa o poder político da multidão ao criar um mecanismo que produz nela a ilusão de poder. Amansa a revolta produzida pela desigualdade ao estabelecer normas que garantem um igual acesso à desigualdade. A representatividade atua criando a já citada falsa noção de participação política, ditando o caminho institucional e pacífico, portanto, “correto”, para demandar direitos e realizar as mudanças políticas necessárias, enquanto prossegue afastando do campo político as relações responsáveis pela produção dessas desigualdades. A democracia liberal visa a desativar a potência política da multidão.

É interessante e necessário pontuar como o vocábulo *multidão* se apresenta de forma negativa em Burke<sup>277</sup>, algo animalesco – a multidão suína –, e atualmente é retomado como um conceito central na atual filosofia política. Se em seu sentido negativo “a multidão era considerada como caos e como guerra”<sup>278</sup>, era a forma de se referenciar ao conjunto de sujeitos singulares ainda irredutíveis ao uno, ao civilizado e representável povo, aqui é

---

<sup>276</sup> HAYEK, op. cit., 1978, p. 80, trecho livremente traduzido do original: “This extension of the principle of equality to the rules of moral and social conduct is the chief expression of what is commonly called the democratic spirit - and probably that aspect of it that does most to make inoffensive the inequalities that liberty necessarily produces”.

<sup>277</sup> BURKE, op. cit., p. 68.

<sup>278</sup> NEGRI, *Para uma definição ontológica da Multidão*, p. 16.

considerada como potência de realização da democracia. O uso mais reconhecido do termo nesse sentido está presente na crítica econômica e política de Michael Hardt e Antônio Negri. Os autores partem desse sentido negativo, dessa irreducibilidade e irrepresentatividade, para evidenciar que a democracia necessita “que os sujeitos falem por si mesmos”, que a multidão “trata-se muito mais de singularidades não-representáveis que de indivíduos proprietários”, em contraposição ao “povo”. Se os componentes do povo são indiferentes e formam uma unidade uniforme ao negar sua identidade e suas diferenças, a multidão se apresenta com a valorização desses contrastes. Ela é o conjunto de singularidades, “e com singularidades queremos nos referir aqui a um sujeito social cuja diferença não pode ser reduzida à uniformidade, uma diferença que se mantém diferente”<sup>279</sup>. Essas diferenças não produzem um sujeito fragmentado ou incoerente. Além dessa distinção, os sujeitos que formam o povo são passivos, têm sua ação coordenada pelos representantes, enquanto a multidão é formada por sujeitos ativos e é “a carne viva que governa a si mesma”<sup>280</sup>. Nesse sentido, os autores apontam que “a unidade do povo só pode ser criada através de uma operação de representação que o separa da multidão. Desse modo, embora o povo todo se reúna em pessoa para exercer a soberania, a multidão não está presente; ela é meramente representada pelo povo”<sup>281</sup>. Para eles, a multidão é “o único sujeito social capaz de realizar a democracia, um governo de todos por todos”<sup>282</sup>.

O espírito democrático realiza a ampliação do rol de sujeitos considerados cidadãos, que passam a participar do campo político, participação realizada através da ausência e exclusão – necessário ressaltar – e acompanhada da redução das relações da vida social alcançáveis e regulamentáveis pelo campo político. A cidadania, que era excludente e ativa, transforma-se em uma versão inclusiva e passa a ser passiva<sup>283</sup>. A atribuição da cidadania à massa desprivilegiada só ocorre a partir do momento em que esse título tem o seu poder diminuído; apenas quando ser cidadão não significa mais ser capaz de interferir e dialogar nos campos político-institucionais, mas transferir o seu poder a terceiro e se excluir dos processos decisórios. “A desvalorização da cidadania imposta pelas relações sociais capitalistas – como indica Ellen Wood – é um atributo essencial da democracia moderna”<sup>284</sup> e, como exposto ao

---

<sup>279</sup> HARDT, NEGRI, op. cit., 2005, p. 139.

<sup>280</sup> Idem, p. 140.

<sup>281</sup> Idem, p. 307.

<sup>282</sup> Idem, p. 141.

<sup>283</sup> WOOD, op. cit., p. 211 e 227.

<sup>284</sup> Idem, p. 211, trecho livremente traduzido a partir do original: “The devaluation of citizenship entailed by capitalist social relations is an essential attribute of modern democracy.”

longo do presente capítulo, não se trata apenas de uma desvalorização pelo aumento do número de cidadãos, o que diluiria o poder dos votos. Trata-se da reconfiguração e redução do voto a algo que nada decide e delega as decisões para uma minoria privilegiada e proprietária. A ressignificação do voto é acompanhada pelo processo de esvaziamento do campo político e a ampliação do campo privado – regulado por um poder de coação e coordenação sobre a produção, declarado “apolítico” pelo liberalismo. A delimitação do campo “público, que pertence a todos, e do privado em que reina a liberdade de cada um” é fundamentada, no Estado de Direito, com base em uma valorização da “liberdade – isto é, a dominação – dos que detêm os poderes imanescentes à sociedade”, em uma abertura ao “império da lei de crescimento da riqueza”<sup>285</sup>. Ellen Wood enxerga com clareza o processo de desvalorização da política paralela à institucional:

De fato, quanto mais inclusivo se tornou o "povo", mais as ideologias políticas dominantes – do Conservador ao Trabalhismo ordinário – têm insistido em despolitizar o mundo fora do Parlamento e deslegitimar as políticas "extraparlamentares". Correndo paralelamente a este processo tem havido uma crescente centralização do próprio poder parlamentar no executivo, produzindo algo muito parecido com a soberania do gabinete, ou mesmo do primeiro-ministro.<sup>286</sup>

A filósofa marxista, em sua análise, ainda acrescenta o processo mais recente, que é o da ampliação de intervenção do poder executivo nas atribuições do poder legislativo, poder que, pela lógica da representatividade, é o de maior força democrática e que detém uma proximidade maior com o eleitorado. Não se pode deixar passar a oportunidade e acrescentar que o poder judiciário, aquele com menor possibilidade de intervenção democrática<sup>287</sup>, assume também uma forte capacidade legislativa, inovando em leis, contrariando dispositivos e dissolvendo ainda mais a extensão do poder da democracia. A criação dessa forma democrática que conseguiu substituir o sentido tradicional da prática política por uma série de procedimentos antidemocráticos foi o projeto estadunidense de democracia liberal. Esta passa a ser respeitada quando procedimentos eleitorais são previamente regulamentados e

---

<sup>285</sup> RANCIÈRE, op. cit., p. 75.

<sup>286</sup> WOOD, op. cit., p. 206, tradução livre a partir do trecho original: “Indeed, the more inclusive the 'people' has become, the more the dominant political ideologies - from Conservative to mainstream Labour - have insisted on depoliticizing the world outside Parliament and delegitimizing 'extra-parliamentary' politics. Running parallel with this process has been a growing centralization of parliamentary power itself in the executive, producing something very much like cabinet, or even prime ministerial, sovereignty”.

<sup>287</sup> Essa característica é ressaltada com orgulho pelos juízes e pelos analistas políticos, principalmente quando alguns direitos de minorias desprivilegiadas são defendidos pela posição “contramajoritária” que as cortes assumem. O assunto será abordado mais à frente.



respeitados, quando o mercado pode atuar livremente em setores estratégicos como a mídia<sup>288</sup> ou no financiamento de projetos políticos; a democracia passa a ser a sua antítese.

A concepção da representação enquanto uma via de distanciamento entre povo e política, uma ferramenta que dilui através de formas procedimentais o poder da multidão desprivilegiada e o enfraquece ao atribuir, através do voto, legitimidade ao governo de proprietários, ampliando a autoridade do sistema. Um projeto antidemocrático foi responsável pela redefinição de democracia – em algo que dissolve o poder popular e estabelece como ideia constitutiva essencial a sua identificação com “alienação do poder”<sup>289</sup>. O tempo demonstra que, em regra, esses governos eleitos “se exercem sempre da minoria sobre a maioria” e fazem com que o poder que emana do povo seja “necessariamente heterotópico à sociedade não igualitária”<sup>290</sup> e ao governo oligárquico. O conceito de democracia foi submetido a uma desconstrução baseada nos objetivos e ideais de uma classe dominante<sup>291</sup>, houve não só uma alienação do poder democrático do povo, mas a fundação de uma ~~democracia~~ democracia liberal ou representativa, em que há o exercício de um poder político sem a participação do *demos*, ou a transformação da democracia em uma forma e organização do poder de um *demos* que se coloca de modo “inefetivo”. Em suma, a democracia deixa de ser o exercício efetivo do poder pela multidão de pobres e desprivilegiados e passa a ser gozo passivo dos direitos e garantias constitucionais – que, como demonstrado, isola o indivíduo e condena as relações que o oprimem ao campo privado – incluindo aqui o direito às eleições probas e periódicas. “Cada vez mais, o conceito de democracia passou a ser identificado com o liberalismo”<sup>292</sup>.

## 2.2. *Demokratia* x ~~democracia~~

Até aqui discutiu-se a redefinição do conceito de democracia, e o processo de unificação entre ela e representatividade, o preenchimento do conceito pelo seu oposto. Nesse

---

<sup>288</sup> Ellen Wood indica em seu texto *Democracy against Capitalism: renewing historical materialism*, 2003, p. 255, que o processo de análise da mídia deixa de ser uma análise sobre a pluralidade de opiniões e a liberdade de emissão das mesmas e passa a ser a liberdade que as empresas privadas têm de ingressar nesse mercado. Em suas palavras: “One of the most obvious examples of the distorted vision produced by the simple dichotomy between the state as the site of coercion and 'civil society' as a free space is the extent to which civil liberties like freedom of expression or the press in capitalist societies are measured not by the breadth of opinion and debate available in the media but the extent to which the media are private property and capital is free to profit from them. The press is 'free' when it is private, however much it may 'manufacture consent'.”

<sup>289</sup> WOOD, op. cit., p. 217

<sup>290</sup> RANCIÈRE, op. cit., p. 68

<sup>291</sup> OBER, op. cit.

<sup>292</sup> WOOD, op. cit., p. 227 tradução livre a partir do trecho original: “More and more, the concept of 'democracy' came to be identified with liberalism”.

sentido, como pode se definir a primeira ideia de democracia? Como sua forma liberal deturpa tanto o seu sentido? Conforme dito anteriormente, a junção dos radicais *demos* e *kratos* evidencia uma forma de governo na qual os sujeitos que necessitam do produto do seu trabalho para subsistir participam do exercício do poder e se impõem de forma efetiva e direta. A contraposição com as formas de organização política que carregam o sufixo *arché*, e.g., oligarquia e monarquia, evidenciam que o *kratos* é um poder que se põe de modo efetivo e novo. Os poderes expressos pela *arché* são pré-constituídos, relacionam-se com um poder inerentemente forte e capaz diante da riqueza, educação qualificada, nascimento nobre, qualidades do um (monarquia) ou dos poucos (oligarquia) que ocupam o poder, daqueles que antecipadamente podem realizar ações<sup>293</sup>. A *demokratia* é a atribuição dessa capacidade aos sujeitos que não possuem essa qualidade inerente; é um regime de empoderamento dos sujeitos que dependem do trabalho; é a atribuição da capacidade de realizar ações públicas àqueles que não possuem qualquer qualidade pretérita<sup>294</sup>.

*Demokratia* é o governo desses sujeitos que não podem dedicar a vida à arte de governar e expressam suas necessidades diretas na construção das leis e normas que governam a república. A cidadania democrática em Atenas importava em liberdade dos pequenos produtores, não só no conceito negativo, mas liberdade dos caprichos extra-econômicos dos grandes produtores e das classes dominantes, liberdade que nunca esteve presente nos direitos das sociedades pré-capitalistas. Os atenienses eram livres, como pontua Ellen Wood,

da coação direta da classe dominante espartana, explorando hilotas<sup>295</sup> por meio do que equivalia a uma ocupação militar; ou das obrigações feudais do camponês medieval, sujeito aos poderes militar e jurisdicional dos senhores; ou da taxaço do absolutismo europeu, em que o cargo público era um instrumento primário de apropriação privada<sup>296</sup>.

Essa descontinuidade é retomada pelo capitalismo. Principalmente em sua forma liberal, a igualdade política convive com a desigualdade socioeconômica, mas no modelo

---

<sup>293</sup> OBER, op. cit., p. 7.

<sup>294</sup> Idem.

<sup>295</sup> Relação de exploração similar à servidão, os hilotas eram subjugados de forma violenta pelos espartanos. Havendo especificidades na relação de “servidão” pois a relação entre expropriador e expropriado era coletiva. Não era o proprietário da terra, como ocorria com os escravos ou servos, mas a cidade e a sociedade espartana como um todo que expropriava os hilotas, submetidos também coletivamente. Os hilotas eram vinculados à terra e trabalhavam majoritariamente com agricultura. FINLEY, *Escravidão antiga e ideologia moderna*, 1991, pp. 39, 73-74.

<sup>296</sup> WOOD, op. cit., p. tradução livre a partir do trecho original: “from the direct coercion of the Spartan ruling class, exploiting helots by means of what amounted to a military occupation; or from the feudal obligations of the medieval peasant, subject to the military and jurisdictional powers of the lords; or from the taxation of European absolutism, in which public office was a primary instrument of private appropriation.”

ateniense a democracia se apresentava com um viés mais substantivo do que formal. As relações econômicas não foram retiradas do campo político; a opressão dos pequenos produtores, daqueles que dependiam da produção para sobreviver, fazia parte das discussões políticas. A cidadania dos camponeses e artesãos transformou profundamente a sociedade ateniense, e a extensão desse *status* aos escravos e mulheres a teria modificado ainda mais profundamente. O projeto liberal de democracia conseguiu constituir um sistema no qual a extensão dos direitos políticos e civis aos desprivilegiados não modificou as relações entre produtores e expropriados, ou a maior exploração econômica das mulheres, ou dos negros.

Apesar de uma análise da experiência democrática ateniense não ser o intuito do presente texto, a forma como este trabalho foi construído torna obrigatório enfrentar uma das críticas centrais ao modelo ateniense: o fato de tratar-se de uma sociedade escravocrata. A necessidade de discorrer sobre tema se faz presente diante da constatação de as críticas à liberdade liberal passarem pela forma como o sistema político e normativo foi construído protegendo e oficializando essa e outras formas de exploração do ser humano. A crítica ao modelo democrático ateniense perpassa o quanto essa sociedade era dependente da mão de obra escrava. A democracia seria formada apenas pelos homens livres, que eram a minoria numérica da sociedade ou que, ainda que fossem maioria, tinham grande parte da sua produção dependente da mão-de-obra escrava. As duas afirmações estão incorretas: a primeira contraria inteiramente as melhores estimativas realizadas quanto à proporção de cidadãos livres e escravos, e a segunda afirma algo sem qualquer fundamento histórico e precisão, sendo contestada por outras estimativas mais criteriosas<sup>297</sup>.

Os dados históricos levantados com base na produção agrícola e trocas comerciais alimentícias indica que a “população escrava, masculina e feminina, era no máximo vinte mil pessoas contra, aproximadamente, sessenta e dois mil homens e mulheres livres, ou cento e vinte e quatro mil, se incluirmos as crianças.<sup>298</sup> Uma estimativa que aproxima mais o número de escravos e cidadãos, sem apontar aqueles como mais populosos do que estes está presente no clássico dicionário da Oxford<sup>299</sup>. A proporção varia entre 112.000 cidadãos livres para 106.000 escravos e 172.000 cidadãos para 110.000 escravos, respectivamente nos anos de 323

---

<sup>297</sup> Conferir o as estimativas feitas em JONES, *Athenian democracy*, 1953, com explicações a respeito da metodologia, que são corroboradas por CARY et. al. *The Oxford Classical Dictionary*, 1953.

<sup>298</sup> JONES, op. cit., p. 76-80, tradução livre a partir do trecho original: “the slave population, male and female, was at a maximum about 20,000 as against approximately 62,000 free adults, male and female, or 124,000 free persons, including children.”

<sup>299</sup> CARY, et. al. op. cit., p. 718.

e 431 a.C. As estimativas evidenciam que a primeira crítica não se sustenta diante de dados históricos mais contundentes.

A segunda crítica parte da premissa de que na vida econômica de Atenas a produção escrava ocupava uma centralidade, principalmente se comparada à produção de homens livres. Essa crítica tem fundamento mais analítico, interpretando os números e as condições produtivas da época, mas esbarra no fato de não se poder afirmar, de forma segura, que grande parte da produção ateniense era realizada por escravos. Existe uma inclinação entre os historiadores em assumir, no mínimo, uma equidade entre a produção desempenhada por produtores livres e a escrava.<sup>300</sup> É claro que a sociedade grega era escravocrata, e não se pode diminuir o papel da escravidão no cenário produtivo ateniense, mas seria incorrer em outro erro centralizar essa forma de produção na sociedade ateniense como indiscutivelmente superior a dos homens livres. A caracterização das sociedades gregas como sociedades escravocratas é muito mais em decorrência da sua extensão por todo território e formas de produção e no tempo do que sua centralidade produtiva.<sup>301</sup> Só pode se afirmar o protagonismo do trabalho escravo em dois setores produtivos: no trabalho doméstico e na extração de prata das minas, enquanto na área agrícola os pequenos produtores com suas pequenas terras eram o centro produtivo.<sup>302</sup> Como dito anteriormente, não se pretende advogar por uma Atenas não escravocrata ou que não tenha dependido da mão-de-obra escrava, mas elucidar que o trabalho dos sujeitos livres estava, na pior das hipóteses, em pé de igualdade ao realizado pelos escravos. Então, ao contrário do que ocorreu na Inglaterra e no sul do Estados Unidos da América, os cidadãos livres não exerciam uma liberdade às custas de uma maioria oprimida e desprivilegiada. A democracia não era materialmente dependente da produção escrava, ou era tão dependente dela como era da produção dos camponeses e artesãos livres.<sup>303</sup>

A transformação da democracia em seu inverso, a desativação do poder do *demos* e a ocupação desse exercício pelo grupo oposto, aquele que não precisa do próprio trabalho para subsistir e, mais do que isso, explora o trabalho daqueles sujeitos, é o resultado direto da representação política. A oposição da democracia direta e sua forma liberal – representativa – é sempre acompanhada de uma simplificação das questões, que recorre aos lugares comuns: “em sua forma direta a democracia só serve para a Grécia Antiga em que todos os cidadãos

---

<sup>300</sup> WOOD, op. cit., p. 183.

<sup>301</sup> FINLEY, *Democracy ancient and modern*, 2019.

<sup>302</sup> WOOD, op. cit., p. 183

<sup>303</sup> WOOD, *Peasant-citizen and slave: the foundations of Athenian democracy*, 2015.

podiam ocupar a ágora. O mundo pós-revolução industrial não comporta essa forma de organização política, o autogoverno dos sujeitos é algo de outro tempo, o mais próximo que se pode chegar disso é a representatividade”. O argumento é raso e, como quase tudo que é raso, está errado. Logo após a queda da Bastilha, os franceses viabilizaram formas de organização política nas quais todos os cidadãos poderiam participar dos processos decisórios<sup>304</sup>. O mesmo vale para as organizações políticas da Rússia, logo após a revolução, em que os soviets organizavam a população em segmentos que decidiam em conjunto as demandas próprias de seu determinado grupo.

Outros exemplos interessantes que se têm na história são a Comuna de Paris, a Barcelona anarquista durante a guerra civil espanhola e o recente exemplo de Rojava no Curdistão Sírio. Esta experiência tenta construir uma democracia sem Estado, com a valorização do autogoverno. Autogoverno, aqui, significa que grande parte das decisões políticas são feitas em nível local, em uma dimensão comunitária na qual cada um dos três Cantões, ou Regiões Democráticas Autônomas<sup>305</sup> – Afrin, Jazira e Kobane – são livres para determinar suas condições políticas, estruturação social e leis. As reuniões políticas são abertas para que todos se pronunciem, para que todos possam falar. Ainda há a figura da representação, bastante amenizada, mas é difícil para os olhos ocidentais reconhecer as dinâmicas sem estabelecer a lógica hierárquica<sup>306</sup>. Rojava tenta, acima de tudo, realizar uma nova experiência democrática com a redução dos espaços e valorização de espaços democráticos de diálogo político.

Em Rojava, a experiência ainda se relaciona com uma lógica representativa, embora tente minimizar os efeitos dessa ao aproximar os sujeitos da vida pública e política. A tradição socialista, principalmente entre os séculos XIX e XX, teceu fortes críticas à representação democrática presente nos estados liberais, propondo “formas mais completas e instruídas de representação, e até mesmo formas de democracia direta”<sup>307</sup>. A Comuna de Paris é um dos relevantes exemplos da tentativa socialista de uma democracia mais plena. Karl Marx apresenta os mecanismos que a Comuna instituiu para reduzir a distância entre representantes e representados: ela era “formada por conselheiros municipais, escolhidos por sufrágio universal nos diversos distritos da cidade, responsáveis e com mandatos revogáveis a qualquer

---

<sup>304</sup> RANCIÈRE, op. cit., p. 68.

<sup>305</sup> Charter of the Social Contract, 2014.

<sup>306</sup> ROSS, The kurd's democratic experiment, 2015.

<sup>307</sup> HARDT, NEGRI, op. cit., 2005, p. 291.

momento”<sup>308</sup>; os membros da Comuna eram proletários ou inegáveis representantes do proletariado; A Comuna não era um assembleia parlamentar, “mas um órgão de trabalho, Executivo e Legislativo ao mesmo tempo”<sup>309</sup>; a remuneração dos membros da Comuna até os postos inferiores, ou seja, todo o serviço público era remunerado com salários de operários. A Comuna ainda fazia uso da representação, mas diante dela tinha uma visão negativa, e tentava criar o máximo de mecanismos que diminuíssem os seus efeitos, aproximando representantes e representados.

Antes de o exercício democrático do poder ser retomado como uma demanda da plebe, do povo comum, os liberais o viam como algo positivo, principalmente porque ser eleitor era um privilégio e não um direito. “A eleição direta”, dizia Benjamin Constant, “constitui o único verdadeiro governo representativo”<sup>310</sup>. O liberal francês se expressa sobre a democracia popular com total desprezo, mas tem pela sua forma aristocrática um purismo idealizador. Esse posicionamento é uma sinédoque precisa sobre a democracia liberal: sua efetivação significa um governo realizado pela aristocracia proprietária.

### **2.3. A exceção constituinte da democracia liberal representativa**

A narrativa liberal de um progresso social no qual a cidadania foi estendida aos indivíduos livres não-proprietários como ferramenta de aprimoramento da liberdade individual e proteção frente aos governos arbitrários, às tradições e hierarquias opressivas, é uma narrativa que usa a história como ferramenta ideológica dos vencedores. É necessário perceber que democracia moderna não aboliu os privilégios, nem os estendeu a todos a ponto de virarem direitos. A narrativa contra-histórica apresentada é importante: não é só uma contraposição vazia, mas uma evidência dos limites das categorias, das condições que fazem a democracia liberal possível e, simultaneamente, restringem o alcance do poder da multidão. É necessário visualizar que um campo inteiro de coerção e produção de submissão – aquele responsável por manter o poder e as regalias da minoria privilegiada – é retirado do alcance da democracia liberal e restrito à elite proprietária, às relações privadas e aos imperativos do mercado. A autora Ellen Wood, ao analisar o contexto aqui exposto, conclui que

É o capitalismo que possibilita uma forma de democracia na qual a igualdade formal dos direitos políticos tem um efeito mínimo nas desigualdades ou nas relações de dominação e exploração em outras esferas. Esses desenvolvimentos foram suficientemente avançados na América do final do século XVIII para possibilitar uma redefinição da democracia desprovida de conteúdo social, a invenção da

<sup>308</sup> MARX, A guerra civil na França, 2011, p. 56.

<sup>309</sup> Idem, p. 57.

<sup>310</sup> RANCIÈRE, op. cit., p. 68.

"democracia formal", a supressão de critérios sociais na definição da democracia e na concepção de liberdade a ela associada.<sup>311</sup>

A combinação de liberdade e democracia em seus sentidos liberais mantém a operabilidade do Estado de Direito, que atua com a limitação da arbitrariedade potestativa e a proteção institucional dos direitos individuais. A análise da origem dessas formas de organização e exercício do poder evidenciam qual é o conteúdo desses direitos e ao poder de quem essa limitação se dirige; o pensamento que permeia o mundo jurídico, de que o Estado de Direito é uma forma sem conteúdo, é de um fetichismo histórico. A tradição do pensamento jurídico vê nessa forma de Estado uma possibilidade de controle sobre os abusos de poder dos agentes do Estado, sobre aqueles que o exercem diretamente através da força e autoridade, reduzindo a arbitrariedade potestativa. O Estado de Direito possuiria em si formas de controlar o poder – e se as elites proprietárias, como exposto, são as responsáveis pelo seu exercício, esse controle se voltaria a elas – através das leis e das instituições que compõem o Estado. Através da oposição do conjunto de garantias e direitos, das leis de controle ao Estado e seus agentes, haveria uma regulação do exercício do poder que mudaria sua forma de ação abusiva e ilegal. Assim, o conteúdo desses direitos modificaria e restringiria os atos arbitrários da elite política. Simultaneamente a democracia operaria como uma forma dos cidadãos de modificar as leis, e assim poder-se-ia modificar e incorporar outras formas de controle ao conjunto normativo e restritivo do/ao Estado de Direito.

Se hoje os projetos políticos de oposição, como o trabalhismo e a social-democracia, combatem o poder econômico e aristocrático quase que exclusivamente através de ações parlamentares ou governamentais, é porque há uma difusão na compreensão do Estado de Direito como uma máquina neutra e capaz de se autorregular. Traz-se a lógica do mercado, de acordo com a teoria liberal, para dentro do Estado e da política: os agentes internos atuam guiados pelos seus interesses moldando e determinando seu destino. Se no mercado os consumidores atuam fomentando as empresas e produtos válidos, aqui cabe aos eleitores escolherem os projetos políticos positivos e negativos. As semelhanças que se mantêm na crítica feita a essa ideia de autorregulação consumerista do mercado também perpassam a lógica democrática: Através de avanços normativos e institucionais com base nos princípios gerais da liberdade, igualdade e democracia, seria possível criar uma alternativa reformista

---

<sup>311</sup> WOOD, op. cit., p.224, trecho traduzido livremente do original: "It is capitalism that makes possible a form of democracy in which formal equality of political rights has a minimal effect on inequalities or relations of domination and exploitation in other spheres. These developments were sufficiently advanced in late eighteenth-century America to make possible a redefinition of democracy devoid of social content, the invention of 'formal democracy', the suppression of social criteria in the definition of democracy and in the conception of liberty associated with it."

dentro do próprio Estado de Direito. As fissuras que o próprio sistema apresenta poderiam ser transformadas em cânions e assim todo o sistema seria modificado através de reformas e da continua melhoria dos conteúdos dos direitos individuais. É a valorização dos direitos enquanto instrumentos de reivindicação. Danilo Zolo, como de costume, traduz bem essa ideia:

Os direitos são preciosíssimas próteses sociais que permitem reivindicar com maior possibilidade de sucesso, e sem recorrer novamente ao uso da força, a satisfação de interesses e de expectativas socialmente compartilhadas. Mesmo a limitação do poder arbitrário e a proteção institucional dos direitos subjetivos – os dois serviços específicos do Estado de Direito – são o resultado histórico de “lutas pela defesa de novas liberdades contra antigos poderes”: são a outra face do conflito social, estão e caem com ele.<sup>312</sup>

Um exemplo de autor que aposta nesse projeto reformista é Boaventura de Souza Santos. Para ele, é possível modificar o sistema através do uso do direito como uma ferramenta emancipatória e revolucionária; sua teoria fica clara em alguns de seus trabalhos.<sup>313</sup> A partir do seu conceito de legalidade cosmopolita subalterna<sup>314</sup>, o autor entende que sujeitos sociais oprimidos conseguem fazer um uso do direito como ferramenta de oposição às discriminações, exclusões, destruição do meio ambiente e outras formas de opressão. Esses sujeitos devolvem ao direito um caráter insurgente e emancipatório que havia sido perdido. Assim, o autor propõe o uso do direito como uma ferramenta de revolução democrática da justiça<sup>315</sup>, no qual em campo contra-hegemônico, os cidadãos “veem no direito e nos tribunais um instrumento importante para fazer reivindicar os seus direitos e as suas justas aspirações a serem incluídos no contrato social”<sup>316</sup>. Santos acredita na possibilidade de utilizar-se de instrumentos “hegemônicos” para fins “não hegemônicos”. Explorando as ambiguidades conceituais do direito, grupos sociais conseguem demonstrar as brechas e as contradições do sistema. No entanto, a própria proposta do autor já necessita de modificações prévias do sistema jurídico – como profundas reformas processuais, novos mecanismos e protagonismos no acesso à justiça, nova organização e gestão judiciária, dentre outras mais complexas. Sem elas, seria difícil realizar a sua requintada proposta. Boaventura de Souza Santos acredita no sistema judiciário para realizar uma “revolução democrática judicial”, apelando para o Estado de Direito liberal e para a democracia liberal, mas para que seja viável essa revolução – palavra que perde completamente o seu sentido neste recorte – é

<sup>312</sup> ZOLO, op. cit., p. 94.

<sup>313</sup> Nesse sentido, os dois trabalhos mais notórios do teórico português são o livro *Para uma revolução democrática da justiça* e o artigo *Poderá o direito ser emancipatório?*.

<sup>314</sup> SANTOS, *Poderá o direito ser emancipatório?*, 2003.

<sup>315</sup> SANTOS, *Para uma revolução democrática da justiça*, 2014, p. 7

<sup>316</sup> Idem, p. 22



preciso que outro sistema jurídico seja construído através de um apelo ao sistema democrático e legislativo existente. A proposta do autor já é realizada com a anunciação de sua impossibilidade, ou com a clareza das limitações que o direito possui diante das dinâmicas econômicas e políticas. As propostas reformistas que concentram suas lutas no apelo à aplicação das normas jurídicas em sentido diverso do que foram historicamente cunhadas e moduladas são a realidade de parte das lutas sociais atualmente, que ao apelarem ao direito como ferramenta de reforma social não só o reafirmam enquanto mecanismo, como transferem para o Estado o reconhecimento da legitimidade de certas lutas e direitos e, assim, integram de forma mansa o império jurídico.

Temos um império das leis, que se impõe sobre as pessoas e as governa determinando como elas devem agir. A designação anglófona – *rule of law* – sintetiza de forma precisa essa ideia de um exercício último de poder e autoridade da lei sobre os membros da sociedade. Ainda que o posicionamento anterior estivesse correto e a democracia representativa fosse uma via eficaz de mudança, de emancipação dos sujeitos, ainda persistem dentro do próprio sistema formas e canais que possibilitam a manutenção da lógica dos privilégios. A tradição política europeia já apresentava, há algum tempo, estruturas exceptivas capazes de fazer com que todo o sistema descrito até aqui fosse suspenso, retirando dos direitos subjetivos e das normas de controle e restrição do Estado o seu poder de lei. O liberalismo vê essa prática com louvor. Hamilton, por exemplo, valorizava a república romana, que não tinha muitos embaraços “em encontrar saídas no poder absoluto de um indivíduo que assumia o título de autocrata”, principalmente diante “das insurreições de classes da comunidade cuja conduta insidiava a *própria existência da República*”<sup>317</sup>.

A tradição liberal, principalmente a democrática que assume uma retórica de representar o poder que emana do povo, percebe o risco que o exercício do poder carrega e busca na história ferramentas e técnicas de imposição do conjunto normativo que forma o Estado de Direito. A República salva pelo estado de sítio dos romanos é substituída pelo Estado. Locke usa uma expressão vaga e aberta, que tem semelhança com alguns termos jurídicos dos dias de hoje, e declara que quando o “bem público” está em perigo, o poder executivo tem a “prerrogativa”, “como executor natural” da lei, de protegê-lo, mas sempre visando ao “interesse do público”<sup>318</sup>, que se assemelha ao conceito de interesse da nação apresentado por Burke como fundamento do soberano representativo. O autor do *Segundo*

---

<sup>317</sup> HAMILTON, Letter to the people of New York. In: HAMILTON; MADISON, *The Federalist*, 2005, p. 374.

<sup>318</sup> LOCKE, op. cit., p. 178, 179, 230.

*tratado sobre o governo civil* faz uso da máxima romana *salus populi suprema lex* – a saúde do povo é a lei suprema – para justificar a atuação desmedida do soberano que em situações extremas deve agir mesmo que “sem prescrição da lei” e até “contra ela” quando o objetivo é proteger a saúde pública. Em Locke, assim como em parte da tradição liberal oitocentista, o executivo é quem assume o papel de intérprete da lei, “preenchendo lacunas”, aplicando o “bom-senso”, podendo “atenuar a severidade da lei” e sua rigidez através da “discrecionabilidade”<sup>319</sup> e, por esse papel natural, é soberano.

A representatividade consegue dar uma importância ao papel legislativo que assume, por exemplo em Burke e Sieyès, o papel da soberania, não cabendo a ele interpretar e executar as leis, mas interpretar o interesse da nação. A representação não é o registro de uma vontade pré-existente que se expressa no legislativo, mas uma ferramenta que atribui a uma minoria o poder do soberano representante, permitindo que ela formule de um vazio a “vontade soberana”. Essa formulação parte de um ato interpretativo do poder soberano sobre os interesses da nação. É válido ressaltar que a tradição constitucional desloca ao poder legislativo a autorização de declarar o estado de exceção, e somente após a declaração o poder executivo assume a condição de soberano. A fórmula que o liberalismo jurídico indica é o poder legislativo, através de ato interpretativo sobre os interesses da nação e diante de determinadas situações, após ser provocado ou de ofício, declarar o estado de exceção e indicar o soberano.

O liberalismo não enxerga contradição nas declarações de estado de exceção com os valores de liberdade, positivo e negativo. Montesquieu, nesse sentido, declara como um “costume dos povos mais livres existentes na terra colocar por um tempo um véu sobre a liberdade”, vendo também o estado de exceção, que ativava as ditaduras romanas, como uma “admirável instituição”<sup>320</sup>. Montesquieu reconhecia que nesses momentos o poder operava violentamente, mas também levava “violentamente o Estado à liberdade”<sup>321</sup>. Os liberais viam como positiva essa suspensão momentânea das normas jurídicas que, em tese, possuem como finalidade a limitação das estruturas de poder e a garantia dos direitos subjetivos se o objetivo final é assegurar a liberdade ou a “saúde” da população, o interesse público e própria existência do Estado. A importância do ato interpretativo já era observada por Carl Schmitt, teórico central para a compreensão do estado de exceção, que acusa que “mesmo na mais perfeita das ‘repúblicas das leis’, governam os homens e não as leis, *soberanos são os*

---

<sup>319</sup> Idem, p. 181-184.

<sup>320</sup> MONTESQUIEU, op. cit., p. 177.

<sup>321</sup> Idem, p. 16.

*intérpretes*, não os legisladores”<sup>322</sup>. A discricionariedade daqueles é canalizada, emoldurada, pelas normas, por instituições e outras ferramentas de controle<sup>323</sup>.

A declaração de uma suspensão passageira dos direitos subjetivos e normas de controle do excesso potestativo é mais uma dessas ferramentas de controle do Estado de Direito sobre as contradições das próprias estruturas que são invocadas para fundar um Estado liberal. Entre os séculos XVIII e XX, o soberano, aquele que decide sobre o estado de exceção, foi reconhecido nas figuras do poder legislativo e do executivo – haja vista a teoria da representatividade junto ao Estado de Direito indicarem um contrapeso ao poder soberano que é a autorização do legislativo –, mas a passagem dos anos transferiu parte dessa responsabilidade para o poder judiciário, que assumiu uma maior relevância interpretativa e executiva das leis. Esse processo, que se espalha pelo mundo ocidental e o mundo por ele colonizado, é reconhecido como expansão global do poder judiciário<sup>324</sup>, e emerge junto do neoliberalismo. Inclusive para importantes figuras, como Walter Lippmann<sup>325</sup>, a nova forma de governamentalidade é judiciária. Através de teorias que atribuem uma importante força para o ato interpretativo, que fundamenta suas ações discricionárias em princípios ou valores nacionais abertos, a interpretação jurídica tornou-se “central e incontrolada”<sup>326</sup>; os juízes atuam como governantes que traduzem a vontade do “povo”. Essa posição privilegiada tende a ser fundamentada em um acesso privilegiado a uma suposta moral superior. O tema será melhor abordado na terceira parte da dissertação.

Fundamentada na necessidade de garantir o novo modelo de desenvolvimento econômico, assegurando as regras do mercado, dos contratos privados e dando mais estabilidade jurídica às trocas – eficácia e celeridade tornam-se os novos princípios gerais do direito – simultaneamente, o protagonismo vem da precarização dos direitos sociais e do fim do Estado de bem-estar social. As garantias sociais, centralmente de caráter trabalhista e de direitos básicos como saúde e educação, que tiveram seu reconhecimento normativo ao longo do século XX e foram conquistadas através das reformas sociais e legislativas são, na primeira

---

<sup>322</sup> SCHMITT, *On the three types of juristic thought*, 2004, 61.

<sup>323</sup> No caso do Brasil, assim como em vários Estados de Direito, temos as 2ª instâncias, os tribunais superiores e o Supremo Tribunal Federal, além do CNJ, que exercem de várias formas uma restrição interpretativa através de atos regulamentares ou fixação jurisprudencial. Os juízes, em tese, são vinculados às normas e à Constituição, mas também devem atentar-se às fixações interpretativas dos tribunais, que possuem uma prevalência interpretativa hierárquica: quanto mais restrito e de difícil acesso for o tribunal, e com o menor número de membros, mais “válidas” são suas interpretações.

<sup>324</sup> TATE; VALLINDER. *The Global Expansion of Judicial Power*, 1995.

<sup>325</sup> LIPMANN, *La cité libre*, 2011.

<sup>326</sup> Nesse sentido, MATOS; SOUZA desenvolvem uma importante contribuição no artigo *Sobrevivências do nazifascismo na teoria jurídica contemporânea e seus reflexos na interpretação judicial brasileira*, de 2017.

grande crise capitalista cujo ápice se deu no ano de 1929, relativizadas em nome de interesses gerais e do crescimento econômico do Estado.

A edificação do Estado de Direito passou, ao longo dos anos, por reforços estruturais e ornamentações diversas, mas o núcleo, para a maioria dos autores, permaneceu o mesmo<sup>327</sup>: a imposição de um ordenamento jurídico que controle e limite o poder do *demos* fiscalizado e controlado por um tribunal que seja capaz de bloquear as decisões lesivas à liberdade-propriedade. Os atos realizados pela multidão são interpretados pelo poder jurídico que emite uma decisão baseada nesses direitos fundamentais, ampliando significativamente a importância dos atos interpretativos dos juízes. As palavras de Schmitt indicam, em consonância com o pensamento liberal, que o soberano assume o papel de intérprete, o que em seu pensamento remete ao poder executivo, responsável pela execução e aplicação da lei. Hoje, a conotação é distinta e invoca, quase que automaticamente, as figuras dos juízes e ministros das cortes constitucionais. Embora os contextos histórico e político de Carl Schmitt estabeleçam essa diferença, a sua definição de soberano, aquele que aplica a lei, aquele que decide sobre o estado de exceção<sup>328</sup>, não impede que esse papel seja assumido pelo judiciário. Haja vista que decidir sobre a exceção significa decidir em situações de conflito, determinar o que pode ser considerado interesse público, ou interesse do Estado, o que significam segurança e ordem pública, saúde pública e assim por diante. Assim, se no contexto histórico e ideológico de Schmitt a decisão sobre o estado de exceção era exercida pelo poder executivo, a partir de meados do século XX esse poder tem sido crescentemente exercido pelo judiciário, que suspende conjuntos normativos e atua nesse vácuo normativo.

O conceito de “decisionismo”, presente em Schmitt, parte de um pressuposto razoável e lógico: as normas não se realizam por si; elas necessitam de uma instância autoritária que lhes dê eficácia. Repetindo as questões postas por Hobbes,<sup>329</sup> Schmitt questiona: quem julgará? A quem cabe interpretar? Porque toda questão e regra, seja de fundamento político ou filosófico, requer interpretação e decisão. Depois de tomada, a decisão não precisa mais de fundamentação, tendo um valor em si, independente de qualquer outra norma. De um ponto de vista normativo, a decisão deriva apenas da autoridade, e nada mais. A autoridade

---

<sup>327</sup> Nesse sentido há os trabalhos de autores centrais no debate sobre *rule of law* e Estado de Direito: WALDROW, *The Rule of Law as a Theater of Debate*, 2004; “government of wise and just officers will protect rights... on its own initiative, without procedure whereby citizens can dispute, as individuals, what these rights are” (...) p. 12. “The ideal of the rule of law in this sense is often expressed by the phrase 'government by law and not by men'”; RAZ, *The authority of law: essays on law and morality*, 1979, p. 210.

<sup>328</sup> SCHMITT, *Political theology: four chapters on the concept of sovereignty*, 2005, p. 6.

<sup>329</sup> SCHMITT, op. cit., 2004, p. 61.

pressupõe a ação de estabelecer e manter segurança, proteção à propriedade e liberdade, e é justificada pelo sistema do Estado de Direito, havendo como semelhança entre o executivo e o judiciário o distanciamento da representatividade. Dentro da lógica tripartite são as formas de poder menos democráticas. O primeiro, embora seja eleito através do voto, não busca representar grupos ou parcelas sociais, mas o povo, esse sujeito homogêneo e uno, e o bem-estar dele, ainda que isso leve a decisões contrárias ao desejo da população. O poder judiciário é historicamente formado pela seleção dos “melhores” juristas, sem intervenção dos membros da multidão na escolha de seus membros, configurando-se assim como uma forma aristocrática de poder. Esses dois poderes, apesar de possuírem distintos sistemas de escolha dos seus agentes, têm o seu fundamento na autoridade em si. Schmitt remete a outro princípio de Hobbes ao analisar e explicar a fundamentação desse poder: *auctoritas, non veritas facit legem* – autoridade, e não verdade, faz a lei<sup>330</sup>. A virtude que justifica a autoridade, exigência por obediência, é a garantia de proteção. O último guardião da Constituição é o último guardião do projeto liberal de sociedade e poder, papel assumido pelo judiciário.

Os intérpretes, papel exercido há algum tempo pelo poder judiciário, exercem a última forma de controle sobre possíveis desvios funcionais no Estado de Direito. Novamente, Zolo aponta que no “*rule of law* inglês são os intérpretes da lei, ou seja, os juízes de *common law*, a oferecer, em última instância, a garantia da proteção dos direitos de liberdades, mesmo contra a letra dos atos do Parlamento”<sup>331</sup>. Observe-se, aqui, como os intérpretes conseguem se utilizar da abertura legislativa para ampliar sua zona de atuação, e aqui está um dos motivos para a alteração do poder interpretativo dos juízes assumir uma maior centralidade e poder no Estado de Direito. O aumento do conjunto de leis que compõem o ordenamento jurídico, essa hipertrofia normativa, seja no setor penal ou no civil, amplia excessivamente o poder dos intérpretes e dos juízes, configurando um verdadeiro e próprio poder normativo, antes restrito às cortes parlamentares, autorizado a reescrever e apagar os textos legislativos. Ignorar normas e direitos passa a ser *conditio sine qua non* para emitir decisões jurídicas e administrativas.<sup>332</sup>

O poder judiciário, ao assumir o papel de guardião da Constituição, assume, a bem da verdade, o protagonismo de ser a última defesa do projeto liberal de Estado de Direito democrático. Não se pode deixar de perceber que o papel contramajoritário desse poder é uma expressão clara de impor, em última instância, as regulamentações do poder econômico e da

---

<sup>330</sup> SCHMITT, op. cit., 2004, p. 61.

<sup>331</sup> ZOLO, op. cit., p. 89.

<sup>332</sup> Idem, p. 75.

liberdade negativa. A concepção de um estado de exceção permanente tem deslocado a atuação do soberano poder econômico para a instrumentalização do judiciário, que atua através de seus atos interpretativos, em situações de pretensa normalidade, suspendendo a norma existente e criando o direito aplicável ao caso concreto. Tal tema será aprofundado no próximo capítulo.

### **3. O ESTADO JURISDICIONAL COMO OPERADOR DA EXCEÇÃO INTERPRETATIVA SOBERANA**

#### **3.1. Teoria jurídico-filosófica do estado de exceção**

Neste momento é necessário aprofundar o conceito de estado de exceção. A explicação introdutória define o estado de exceção como a suspensão temporária das normas jurídicas constitucionais. É a possibilidade de suspender a Constituição, e conseqüentemente as normas fundamentais, diante de uma situação imprevisível, das quais são exemplos clássicos as catástrofes naturais e endógenas, as guerras civis ou internacionais e as crises econômicas<sup>333</sup>, autorizando a centralização dos poderes judiciário, legislativo e executivo em um soberano, a quem caberá decidir sobre o estado de exceção. Apesar dessa definição direta, ainda persiste uma dificuldade na definição do estado de exceção, sobre se ele é uma situação fática ou jurídica<sup>334</sup>.

O estado de exceção só faz sentido em um contexto no qual a norma jurídica seja pré-estabelecida e tenha a capacidade de submeter e controlar os poderes, ou seja, no Estado de Direito. Não havendo um ordenamento jurídico, posto ou em potência, não há o que se suspender. Trata-se de um ordenamento capaz de submeter os poderes do soberano, controlando sua potestatividade. Se este concentra a capacidade de criação e execução normativa de forma absoluta, em seus atos e ordens, não há que se falar em submissão ao ordenamento jurídico; há apenas a imposição e a decisão do soberano. Portanto, é necessária a existência de uma organização sociopolítica que aspire à estabilidade e à previsibilidade, que tente reduzir o arbítrio potestativo e a concentração de poderes, autorizando apenas provisoriamente a concentração destes e tornando exceptiva as violações aos direitos fundamentais e garantias constitucionais. Nas palavras de Andityas Matos, “com efeito o estado de exceção apenas se presentifica mediante uma dialética necessária com o Estado de Direito, sob a forma de sua suspensão”<sup>335</sup>.

O estado de exceção é, então, artifício essencial do Estado de Direito desde a sua origem, na Constituição Revolucionária Francesa de 1792<sup>336</sup>. Necessário elucidar que o direito continua a existir durante o estado de exceção, estando apenas suspenso. A suspensão

---

<sup>333</sup> Nesse sentido, Giorgio Agamben faz uma breve exposição da história recente do estado de exceção em *Estado de exceção*, 2004, p. 24-38, onde evidencia as diversas motivações para sua declaração.

<sup>334</sup> AGAMBEN, op. cit., 2004, p. 11.

<sup>335</sup> MATOS, op. cit., 2012, p. 283.

<sup>336</sup> Idem, p. 297.

não é a negação ou destruição do direito, “não o elimina e nem o contradiz sistêmica ou performativamente”<sup>337</sup>; com a finalidade de realizar o sistema jurídico – seja retomando ou implementando um ordenamento – o estado de exceção o paralisa. É um erro de análise declarar o fim do Estado de Direito nas claras situações em que os seus limites são violados; trata-se apenas da sua suspensão.

A justificativa para decretar ou realizar a exceção costuma se assentar na eficácia do método e na violação dos limites que restringem o poder, incapacitando-o de realizar os seus objetivos. O estado de exceção, em seu conceito racionalizado e “juridicizado” pela tradição moderna, visa a uma finalidade, um objetivo o qual se deseja alcançar. Em princípio, o conceito tradicional indica que esse objetivo é a superação de uma situação anormal que o meio *direito* não é capaz de normalizar, sendo necessária a eficácia do soberano. A retórica da constitucionalização ou “juridicização” do estado de exceção aponta como finalidade a normalização de uma situação anormal e imprevisível, competindo ao soberano reconhecer essa situação e, conforme previamente exposto, assumir-se, ou ser declarado, soberano. Este opera como se não existissem as limitações normativamente impostas ao poder, aquelas que justificam o Estado de Direito, ou seja, suas normas fundamentais, e passa a acumular as competências dos outros poderes, concentrando a capacidade de legislar e executar as normas. Assim sendo, uma de suas “características essenciais é a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário”<sup>338</sup>.

Se o Estado de Direito impõe meios específicos para que certos fins sejam alcançados, ou seja, limita os meios que o poder político pode usar para alcançar as finalidades determinadas pela sociedade, a exceção “se aferra a sua missão de maneira incondicionada e total”<sup>339</sup>. O soberano simplesmente rejeita as limitações ao seu poder e fica livre para interferir na liberdade-propriedade dos sujeitos. A definição de Schmitt ressoa com exatidão nesse momento: “soberano é quem decide sobre a situação em que perde sentido a soberania enquanto instituto meramente jurídico”<sup>340</sup>. Sobre a “juridicização” da exceção, há uma longa discussão com embate na teoria jurídica entre aqueles que vislumbram uma dimensão predominantemente jurídica no estado de exceção e aqueles que o veem como um elemento factual<sup>341</sup>.

---

<sup>337</sup> Idem, p. 305.

<sup>338</sup> AGAMBEN, op. cit., 2004, p. 19.

<sup>339</sup> MATOS, op. cit., 2012, p. 284.

<sup>340</sup> MATOS, op. cit., 2012, p. 295.

<sup>341</sup> AGAMBEN, op. cit., 2004, p. 11-12.



Para o alemão Carl Schmitt, por exemplo, o estado de exceção não pode ser juridicamente determinado, como se tenta fazer nas figuras do estado de sítio ou o estado de necessidade, entre outras tentativas de se circunscrever constitucionalmente o estado de exceção. Segundo o autor, essas tentativas são antes um esforço, dentre tantos outros, do Estado Liberal de “juridicizar” a vida política do que uma representação ou conceituação do estado de exceção. Essa percepção comunica-se diretamente com o binômio *pessimismo potestativo – otimismo normativo*, abordado nas primeiras partes desta dissertação. Nesse mesmo sentido, o italiano Giorgio Agamben aponta que o estado de exceção não é uma modalidade especial do direito, como seria, *e.g.*, o direito da guerra; ele é a suspensão da própria *ordem jurídica*<sup>342</sup>, ficando em uma zona de indeterminação entre direito e fato.

Schmitt acrescenta às características acima relacionadas outros três elementos que alteram a relação Estado de Direito-soberano. Este passa a criar os próprios limites (direito) enquanto aplica a norma, e é capaz, através de seus atos, de transformar fato em norma. Nesse ponto há uma zona de indeterminação entre a norma e o fato. O poder soberano é arbitrário, ou melhor, é discricionário, haja vista ser legal e legítimo, sendo essa a primeira das características. Em segundo lugar, e claramente conectada com a anterior, há uma presunção de legalidade nos atos praticados pelo soberano, que são imediatamente exequíveis – a última característica indicada por Schmitt. Essas características também estão presentes em situações não exceptivas – a exceção é uma mudança quanto à sua intensidade. O soberano se põe como fora-da-lei, haja vista não ser limitado pelo ordenamento jurídico, que suspende ao declarar a exceção, mas ao mesmo tempo está incluído no direito a partir do momento em que o cria e aplica.

Essa lógica fundamenta o estado de exceção e o direito, que inclui para excluir, suspende a lei para poder aplicá-la. Agamben fala sobre como decretos e outros atos executivos passam a ter força de lei – essa ideia será retomada à frente em um paralelo com a força de lei que as decisões, regulamentações e súmulas jurisprudenciais dos tribunais adquiriram no Brasil e no mundo –, que o autor define inicialmente como “sentido geral de eficácia, de capacidade de obrigar”<sup>343</sup>, mas que depois da Revolução Francesa passa a significar um valor superior dos atos parlamentares. A lei ocupa um *locus* específico no ordenamento jurídico, abaixo da Constituição mas acima dos decretos e regulamentos do executivo, sendo limitada pela Constituição mas limitando o executivo. Contudo, de acordo

---

<sup>342</sup> Idem, p. 15.

<sup>343</sup> Idem, p. 59.

com Agamben, somente o sentido inicial é endereçado pela doutrina, principalmente para indicar a aplicabilidade de decretos do executivo.

Dois pontos são relevantes nessa digressão: o primeiro é a exequibilidade que os atos do executivo assumem, evidenciando a confusão de poderes definidora do estado de exceção; o segundo, e mais relevante para o autor italiano, é o isolamento da força de lei perante a lei, a essência formal e a categoria normativa. Há uma cisão entre a força de lei e a forma de lei. A lei continua em vigor mas não se aplica, está suspensa. No estado de exceção o que existe é a força de lei sem lei<sup>344</sup>; nas letras de Agamben: “é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de ~~lei~~ sem lei”<sup>345</sup>. Nesse sentido, o estado de exceção revela o que é tradicionalmente omitido pelo direito:

a aplicação de uma norma não está de modo algum contida nela. (...) O estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação em que uma pura força de ~~lei~~ realiza (isto é, aloca desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa.<sup>346</sup>

Assim, o estado de exceção revela uma dimensão ontológica do direito. Aqui, é necessário retomar outro ponto abordado previamente: a demonstração de que o estado de exceção é permanente tanto em sentido ontológico quanto em sentido cronológico. O primeiro comunica-se com a investigação realizada por Giorgio Agamben em *Estado de exceção*, mais precisamente no capítulo “Luta de gigantes acerca de um vazio”. O autor aborda as teorias de Walter Benjamin e Carl Schmitt para evidenciar a discussão sobre o (não) pertencimento do estado de exceção, e da violência que o constitui, ao contexto jurídico<sup>347</sup>. Uma abordagem introdutória dessa discussão foi realizada anteriormente, na menção à suspensão do ordenamento jurídico como necessária ao direito para que, nas situações imprevisíveis e críticas, o Estado de Direito não se rompa. Ou seja, para que este não chegue ao fim, é prevista a possibilidade da suspensão momentânea do ordenamento jurídico. O estado de exceção, dessa forma, é um “paradigma constitutivo da ordem jurídica”<sup>348</sup>. No capítulo citado, Agamben desenvolve essa ideia em outro patamar e aborda a discussão de um ponto de vista constitutivo do direito. Tendo como pano de fundo Benjamin<sup>349</sup> e Schmitt<sup>350</sup>, o autor

<sup>344</sup> Essa concepção leva Giorgio Agamben a propor a grafia força de ~~lei~~, com a palavra lei cortada por um x, mas por questões práticas de formatação será substituída pela grafia força de ~~lei~~

<sup>345</sup> Idem, p. 61.

<sup>346</sup> Idem, p. 63.

<sup>347</sup> Idem, p. 83-98.

<sup>348</sup> Idem, p. 18.

<sup>349</sup> BENJAMIN, *Crítica da violência: crítica do poder*, 1986; *Sobre o conceito de História*, 1994; e *Origem do drama barroco alemão*, 1984.

<sup>350</sup> SCHMITT, *Political theology*, 2005; *O Conceito do Político*, 1992; e *O nomos da terra no direito das gentes do jus publicum europaeum*, 2014.

demonstra que o direito é caracterizado por um constante esforço de incluir em sua esfera toda violência, inclusive aquela que emana em um espaço de anomia. Nas palavras do filósofo italiano,

O direito parece não poder existir senão através de uma captura da anomia, assim como a linguagem só pode existir através da captura do não linguístico. Em ambos os casos, o conflito parece incidir sobre um espaço vazio: anomia, *vacuum* jurídico de um lado e, de outro, ser puro, vazio de toda determinação e de todo predicado real. Para o direito, esse espaço vazio é o estado de exceção como dimensão constitutiva.<sup>351</sup>

Esse espaço vazio e anômico criado a partir da suspensão divide o direito em uma instância de pura vigência sem aplicação, a forma de lei, e outra instância de aplicação sem vigência, a força de lei. Nesse sentido, “a exceção não nega ou destrói o direito, mas opera à sua margem para trazê-lo, de novo e nunca, ao centro”<sup>352</sup>. A dimensão ontológica do estado de exceção permanente comunica-se diretamente com aquela chamada de cronológica, que é a extensão da lógica do estado de exceção e da sua forma de operar para situações de normalidade, ou para situações de anormalidade não temporária. Agamben indica que o “estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea”<sup>353</sup>. Nesse sentido, percebe-se que a cisão entre força de lei e forma de lei é o que ocupa o campo jurídico do Estado de Direito. O estado de exceção assume, como elemento definidor, ou como forma, um caráter permanente, não sendo mais um estágio, uma situação, ou uma condição provisória; ele assume feições de forma estatal autônoma. O estado de exceção transforma-se em um paradigma governamental e transmuta-se para um Estado de Exceção<sup>354</sup>.

O estado de exceção enquanto paradigma governamental é a representação da tradição do Estado de Direito que anuncia a democracia enquanto a nega com a representatividade, que anuncia a soberania do povo e a nega com a transferência de poder, que se limita com a lei do povo e a suspende para garantir a estabilidade do Estado. É a noção presente na tradição liberal segundo a qual “nenhum sacrifício pela nossa democracia é demasiado grande, menos ainda o sacrifício temporário da própria democracia”<sup>355</sup>. Uma interpretação mais detalhada dessa frase reconduz ao uso do pronome possessivo “nossa” e reforça o que já havia sido abordado anteriormente: o estado de exceção cria um espaço que possibilita ao soberano

<sup>351</sup> AGAMBEN, op. cit., 2004, p. 93.

<sup>352</sup> MATOS, op. cit., 2012, p. 306.

<sup>353</sup> AGAMBEN, op. cit., 2004, p. 13.

<sup>354</sup> MATOS, op. cit., 2012, p. 298.

<sup>355</sup> ROSSITER, *Constitutional dictatorship crisis government in the modern democracies*, 2013, p. 483, tradução livre a partir do original: “No sacrifice is too great for our democracy, least of all the temporary sacrifice of democracy itself.”

tornar inoperantes os resultados legislativos da democracia, a fim de manter a dinâmica da democracia representativa e dos direitos-privilégios operantes, enquanto afasta a democracia dos outros.

Essa denúncia é realizada por Agamben e retomada por Matos, que indica a “transformação da emergência em regra”, acompanhada de um “esvaziamento das instâncias populares de criação do direito” e do aumento do poder dos aparelhos de direção da exceção que levam a um Estado de Exceção. Nas palavras do brasileiro: “O Estado de Exceção se manifestaria então quando a soberania popular se visse substituída pela tecnocracia no que diz respeito à tomada de decisões necessárias à manutenção do Estado de Direito, o que é, obviamente, paradoxal”<sup>356</sup>. O autor aponta como órgãos técnicos, principalmente aqueles submetidos ao poder executivo, como o Banco Central e a Secretaria da Receita Federal, além das organizações econômicas internacionais, que assumem essa função decisória. Mas é possível estender essa visão quanto à tecnocracia ao direito, haja vista a representação deste, pela tradição liberal, como mera técnica de regulação da força<sup>357</sup>, ou como ele assume uma retórica técnica<sup>358</sup> com suas dinâmicas procedimentais, o direito processual, que representa a conexão da norma com a sua aplicação, da forma de lei com a força de lei. É uma forma de obscurecer, a partir de uma técnica procedimental, o que de fato sustenta a decisão: a violência.

### 3.2. A exceção judicial no neoconstitucionalismo

Delineadas as linhas gerais sobre o estado de exceção e o duplo significado que o adjetivo “permanente” assume nesse contexto, cabe agora retomar as páginas finais do capítulo anterior e evidenciar como a atuação do poder judiciário, através de sua técnica interpretativista, traduz-se em ativismo jurídico e se comunica com a suspensão do direito. É necessário evidenciar como o poder judiciário abre um campo de arbitrariedade com seus atos interpretativos e como, na busca por uma aplicação ponderada do direito, suspende-o e realiza a cisão entre forma de lei e força de lei, fundamental ao estado de exceção; como os juízes,

<sup>356</sup> MATOS, op. cit., 2012, p. 298.

<sup>357</sup> MATOS, *Contra el Parlamento, contra la plutocracia: hacia una filosofía radical de la comunidad*, p. 93.

<sup>358</sup> Esse processo de tecnicização do direito é reconhecido pela própria tradição liberal. Dworkin, em *Império do direito* (*Law's empire*, 1986), aponta que: “Declara que não existe direito - nenhum direito decorrente de decisões tomadas no passado - a não ser aquele que é extraído de tais decisões por meio de técnicas” (p. 144). “Nossos juízes tratam as técnicas que usam para interpretar as leis e avaliar os precedentes - mesmo aqueles que ninguém contesta - não simplesmente como instrumentos legados pela tradição de seu antigo ofício, mas como princípios que, como eles afirmam, podem ser justificados em alguma teoria política mais profunda, e quando, por qualquer razão, colocam isso em dúvida, elaboram teorias que lhes parecem melhores” (p. 169).

através de técnicas interpretativas, selecionam qual lei no conjunto contraditório e aberto produzido pela verborragia legiferante do Estado de Direito será aplicada ao caso concreto. As técnicas interpretativas possuem longa tradição e hoje têm no neoconstitucionalismo seu principal representante. Partir-se-á dele para analisar as continuidades históricas importadas e reproduzidas, para demonstrar o aumento do protagonismo judicial no estado de exceção.

Autores como Robert Alexy, na Alemanha, Ronald Dworkin, nos EUA, Luigi Ferrajoli, na Itália, Carlos Santiago Nino, na Argentina e Manuel Atienza, na Espanha<sup>359</sup>, são trazidos como os principais representantes do neoconstitucionalismo em âmbito internacional, cabendo a Luiz Roberto Barroso, ministro da corte constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal, um importante papel no debate sobre o tema no Brasil. A definição do neoconstitucionalismo é realizada pelo ministro nos seguintes termos:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.<sup>360</sup>

A atenção será voltada para o ponto “(iii)”, o marco teórico, que é aquele com maior centralidade na definição do movimento jurídico, e que possui maior potencial de distinção do neoconstitucionalismo para outros pensamentos jurídicos. Mas é necessário apontar, ainda que de forma breve, a vagueza que circunda os outros dois pontos, “(i)” e “(ii)”. O marco histórico indicado pelo autor é a suposta “formação” do Estado constitucional de direito nas décadas finais do século XX. Essa definição cria a necessidade imediata de responder ao menos a duas perguntas: o que o autor quer dizer com “Estado constitucional de direito”? E o que essa forma de Estado tem de distinta que é possível indicar seu surgimento apenas ao fim do século XX?

A primeira pergunta é respondida com pouca precisão ou rigor – o autor sugere que esse Estado é definido por uma “aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia”, tendo produzido “uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado

<sup>359</sup> DIMOULIS, op. cit., p. 16.

<sup>360</sup> BARROSO, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, 2015, pp. 11-12.

constitucional democrático.”<sup>361</sup> Essa relação teria sido responsável por uma redefinição do “lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas”<sup>362</sup>.

No entanto, um estudo atento da história do Estado e da Constituição indica que o projeto de união do Estado de Direito com a democracia remonta à Revolução Francesa e ao processo de expansão do sufrágio nos Estados Unidos da América, como exposto de forma detalhada nos capítulos anteriores. A democracia representativa como forma de decisão e organização política é a resposta de uma elite econômica e política aos desejos democráticos da multidão, e o Estado de Direito é uma tentativa de limitação do poder político através de normas fundamentais da ordem político-jurídica, da proteção do indivíduo e seus direitos, centralmente a liberdade-propriedade, frente à ameaça das “classes suínas”. Assim, a contextualização de Barroso é, no mínimo, negligente. Há alguma particularidade no pós-segunda guerra, mas é necessário ser mais rigoroso com essa caracterização.

O trauma político do ocidente com a emergência do fascismo e do nazismo no berço do que é considerado o padrão de civilidade do mundo põe em evidência a “força terrível do poder, a fragilidade do indivíduo, a inadequação das salvaguardas até aquele momento estabelecidas”<sup>363</sup>. A cultura que emerge desse trauma totalitário é o que melhor define as particularidades da segunda metade do século XX e o seu constitucionalismo, que busca oferecer uma resposta às questões colocadas em evidência pelas experiências totalitárias. A reação direta é a declaração em âmbito nacional e internacional de princípios e direitos fundamentais sem um fundamento preciso, ou infundados<sup>364</sup>. São direitos que fundamentam a ordem jurídica, mas que na busca de uma universalidade rejeitam um fundamento único e fundamentado no seu objetivo: a proteção das pessoas simplesmente por serem pessoas. Os direitos fundamentais estão previstos em cartas constitucionais e em declarações internacionais, não operando apenas como regras, mas como princípios, como a tradução de projetos políticos. A previsão constitucional ou convencional (convenções e tratados internacionais) supostamente gera uma pressão interna no ordenamento. Assim, esses direitos e princípios fazem a função que cabia aos direitos naturais no século XVIII: denunciar a ordem existente e prometer uma ordem futura diferente<sup>365</sup>. “Nos novos ordenamentos

---

<sup>361</sup> Idem, p. 3.

<sup>362</sup> Idem, p. 4.

<sup>363</sup> COSTA, op. cit., 2010, p. 242.

<sup>364</sup> Idem, p. 240.

<sup>365</sup> Idem, p. 246.

constitucionais são os princípios e os direitos fundamentais que, de dentro do ordenamento, indicam as formas e a direção da sua transformação.”<sup>366</sup>

Barroso parte da consequente valorização de princípios e aponta uma estreita conexão entre o positivismo e os supostos abusos cometidos nesses regimes. Para ele, a decadência do positivismo é “emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito”<sup>367</sup>. As éticas e os valores citados são os princípios e direitos fundamentais que sempre estiveram presentes, mas passaram a ser ponto de referência obrigatório para a interpretação e aplicação das normas jurídicas de qualquer que seja o nível hierárquico da norma. O neoconstitucionalismo aparentemente confere a esses princípios e direitos fundamentais um lugar privilegiado: ficam acima da vontade dos poderes e dos atores políticos, salvaguardados de qualquer decisionismo, incluindo o soberano poder do povo. Eles pertencem ao âmbito do não decidível<sup>368</sup>.

A postura de Barroso de conectar a prática de um positivismo legalista ao regime nazista não poderia estar mais equivocada. Esse ponto é muito bem demonstrado pelas autoras Joyce Souza e Andityas Matos no artigo *Sobrevivências do nazifascismo na teoria jurídica contemporânea e seus reflexos na interpretação judicial brasileira*. Estas demonstram, através de análise direta de textos dos teóricos que fundamentaram a atuação do judiciário durante o regime nazista, que a atuação e fundamentação dos juízes utilizou-se de forma intensa de princípios gerais e fontes supralegais – e.g. espírito do povo, bem comum, moral, interesse público –. Segundo as autoras: “os juízes nazistas desenvolveram práticas interpretativas e argumentativas que, desprezando a lei – entendida como um anacronismo liberal –, apontavam para uma noção substancial de direito e de justiça”<sup>369</sup>. As autoras demonstram, com fontes da época, que o fundamento das decisões jurídicas durante o *III Reich* não foi um respeito injusto à lei, ou um positivismo cego, mas a interpretação discricionária e *contra legem* de juízes políticos. Estes eram capazes de revelar a vontade uniforme do sujeito político povo e se opunham à lei, que operava como um limite intolerável “à tarefa de ‘fazer justiça’, o que só poderia ser realizado de maneira perfeita levando em consideração os valores e as tradições superiores do povo alemão”<sup>370</sup>.

---

<sup>366</sup> Idem.

<sup>367</sup> BARROSO, op. cit., p. 4.

<sup>368</sup> FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2014, p. 36.

<sup>369</sup> MATOS; SOUZA, op. cit., p. 301.

<sup>370</sup> Idem, p. 300.

Fica evidente a fragilidade do argumento de marco histórico utilizado por Barroso, que ainda será retomado em uma análise comparativa para evidenciar que o argumento de inovação no neoconstitucionalismo não se sustenta, mesmo diante da concessão argumentativa realizada. Barroso também aponta um novo marco filosófico, o pós-positivismo, definido pelo autor como a junção do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, ponto que foi abordado anteriormente com a codificação dos princípios e direitos fundamentais, e que de fato ocorre nas Constituições do segundo pós-guerra. O ministro indica que nesse novo marco “a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais”<sup>371</sup>.

Esse elemento e o anterior acabam por direcionar ao último dos três indicados pelo autor: o marco teórico. Ele é subdividido em três pontos: a) reconhecimento da força normativa da Constituição; b) expansão da jurisdição constitucional; c) nova interpretação constitucional.

O primeiro ponto, reconhecimento da força normativa constitucional, é entendido como uma ruptura com o “modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos”<sup>372</sup>. Barroso afirma que esse novo paradigma atribui certo protagonismo ao judiciário na efetivação da Constituição, que passou a ter sua força normativa e o caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições reconhecidos. No entanto, o reconhecimento de uma força normativa das normas não é uma novidade na tradição do pensamento e prática judiciárias, como bem apontado por Dimitri Dimoulis “as Constituições escritas-instrumentais que proliferaram na Europa e na América Latina desde o início do século XIX, seguindo o exemplo dos EUA e da França, foram sempre e necessariamente vistas como superiores à legislação ordinária”<sup>373</sup>. O autor grego retorna aos séculos XVIII e XIX para demonstrar que o marco teórico apontado como uma inovação do neoconstitucionalismo está presente em Sieyès<sup>374</sup>, durante o processo revolucionário francês, e em François Guizot, na década de 1830, e observa

[a] Exposição da Carta constitucional e das garantias individuais, assim como das instituições políticas que a Carta consagra. Não se trata mais de um simples sistema filosófico entregue às disputas pessoais. É uma lei escrita, reconhecida que pode e

---

<sup>371</sup> BARROSO, op. cit., p. 5.

<sup>372</sup> Idem.

<sup>373</sup> DIMOULIS, op. cit., p. 3.

<sup>374</sup> Idem.



deve ser explicada, comentada, da mesma maneira como a lei civil ou qualquer outra parte de nossa legislação.<sup>375</sup>

Além da França, outros países também leem a Constituição nesse sentido. Na Itália, para citar um dos abordados por Barroso em seu texto, Paolo Biscaratti di Ruffia cita que os Estados italianos reivindicavam desde o início do século XIX uma Constituição capaz de introduzir os princípios liberais, os mesmos abordados nas primeiras partes desta dissertação, para realizar a instituição de órgãos parlamentares representativos e um mínimo de garantia de direitos públicos subjetivos aos cidadãos<sup>376</sup>. A força normativa da Constituição não é uma inovação do neoconstitucionalismo, mas do tradicional constitucionalismo do século XIX, que atribuiu ao poder judiciário um papel ativo na defesa da Constituição e dos direitos nela presentes. O caso mais emblemático e clássico ocorreu em 1803, com a decisão sobre competência e constitucionalidade no caso *Marbury vs Madison*, no qual um juiz da corte constitucional estadunidense decidiu que uma lei do congresso violava as regras de competência presentes na Constituição e portanto era inválida e não poderia ser aplicada ao caso concreto. O poder judiciário foi ativo desde o início do constitucionalismo, defendendo a superioridade constitucional e tutelando os direitos fundamentais, tendo força para anular decisões dos demais poderes nos primeiros anos do século XIX.

A tradição neoconstitucionalista costuma apontar esse caso, e os EUA por inteiro, como exceção à regra<sup>377</sup>. Tal afirmação não possui qualquer respaldo em uma bibliografia mais cuidadosa. Há significativos casos de controle de constitucionalidade pelo mundo ocidental, a exemplo da Grécia, como indicado por Dimoulis<sup>378</sup>, da Noruega, como indicado por Deener<sup>379</sup>, ou da Suíça, na Constituição Federal de 1874, com controle limitado das leis dos cantões<sup>380</sup>. Isso apenas para abordar o controle realizado pelo poder judiciário; é necessário atentar ao controle prévio realizado pelo legislativo e executivo. Estes poderes têm que observar as determinações da Constituição para realizar seus atos, sejam as leis e

---

<sup>375</sup> Idem, p. 5.

<sup>376</sup> RUFFIA, *Les constitutions européennes: notions introductives*, 1966, p. 7.

<sup>377</sup> BARROSO, op. cit., p. 14.

<sup>378</sup> DIMOULIS, *A introdução do controle de constitucionalidade difuso na Grécia: um caso de “ativismo judicial” na Europa do século XIX*, 2003.

<sup>379</sup> DEENER, *Judicial Review in Modern Constitutional Systems*, 1952.

<sup>380</sup> “Art. 113. A Suprema Corte Federal também é responsável pela adjudicação: 1. em conflitos referentes à competência entre autoridades federais e autoridades cantonais; 2. em disputas de natureza constitucional entre cantões 3. em queixas em relação a violações de direitos constitucionais dos cidadãos, bem como os relacionados a violações de tratados e pactos de natureza privada. Cabe à legislação federal determinar as disputadas administrativas. Em todos esses casos, no entanto, as leis aprovadas pela Assembléia Federal e as resoluções geralmente vinculantes, bem como os tratados estatais aprovados por ela, são relevantes para a Suprema Corte Federal.” Disponível em: <<http://www.verfassungen.ch/verf74-1.htm>>. Acesso em: 05 mai. 2019 (tradução nossa).

regulamentos ou os atos administrativos. O neoconstitucionalismo parte de uma premissa bem frágil: a ausência de um poder judiciário competente para avaliar as violações da Constituição leva, necessariamente, à violação desta pelo poder legislativo. É claro que parece interessante a presença de um poder independente que pode corrigir possíveis violações constitucionais e aplicar sanções aos agentes que agiram fora dos limites impostos pela Constituição, mas a presença desse poder também gera outro ator que por sua vez também pode violar as normas constitucionais. A visão que a ausência do poder judiciário leva à violação da Constituição pelos outros poderes ratifica uma posição muito cara ao neoconstitucionalismo e aos autores que o fundamentam – a percepção de que o judiciário tem uma maior aptidão e uma racionalidade mais adequada para controlar e guardar as normas constitucionais, a defesa de um maior protagonismo.

Os exemplos históricos de práticas e teorias jurídicas demonstram que o primeiro marco teórico não surge no final do século XX, mas nas últimas décadas do século XVIII, posto em prática desde as primeiras do século XIX. A força normativa da constituição é uma realidade há algum tempo e, como aponta Dimitri Dimoulis: “não conhecemos Constituição que desminta a regra da superioridade jurídica e do caráter material, valorativo e claramente político de seu conteúdo”<sup>381</sup>.

O segundo marco teórico – que se comunica diretamente com o primeiro e, por conseguinte com as críticas e apontamentos feitos a ele – do neoconstitucionalismo é a “expansão da jurisdição constitucional e tutela dos direitos fundamentais”. Para Barroso, essa expansão é a passagem de um modelo legislativo de poder para um constitucional, no qual se reafirma a supremacia da Constituição e se transfere a tutela dos direitos fundamentais do poder legislativo para o poder judiciário, o que, em tese<sup>382</sup>, protegê-los-ia dos processos políticos majoritários<sup>383</sup>. Além desse processo, o autor faz referência à expansão geográfica do controle de constitucionalidade, que passou a ser prevista em diversos países.

A ampliação e aprofundamento, efetuada anteriormente neste capítulo, da definição realizada por Barroso demonstra que de fato houve uma expansão do controle judicial logo após a Segunda Guerra Mundial, tanto no sentido geográfico quanto no sentido interno dos ordenamentos. A ampliação geográfica desse processo é um fenômeno que não condiz com a definição de uma teoria ou prática judicial, mas com uma análise da ocidentalização do

---

<sup>381</sup> DIMOULIS, op. cit., 2008, p. 5.

<sup>382</sup> Basta olhar para os últimos anos no Brasil, quando decisões constitucionais foram responsáveis pela flexibilização e enfraquecimento de garantias constitucionais, como a prisão antes do trânsito em julgado ou a permissão de mandatos de busca e apreensão coletivos, para perceber a fragilidade dessa suposição.

<sup>383</sup> BARROSO, op. cit., p. 6-7

mundo e importação dos modelos políticos europeus por países africanos e asiáticos. Aqui, cabe analisar o processo de afirmação da supremacia constitucional e a titularidade de “protetor dos direitos fundamentais” exercida pelo poder judiciário. Conforme apresentado anteriormente, não há novidade nesse processo, presente nos EUA e na Europa há algum tempo, sendo inclusive uma inspiração para o modelo kelseniano anterior à segunda guerra.

Não se pode deixar de aproveitar a oportunidade de analisar um tema tão abordado no segundo capítulo desta dissertação. A visão neoconstitucionalista vê a transferência da tutela dos direitos fundamentais para o poder judiciário como algo positivo. Essa centralidade da corte constitucional na proteção dos direitos fundamentais é vista como uma benesse, por aumentar a já larga distância entre as decisões sobre os direitos e os sujeitos que fundamentam e serão governados por eles. Os direitos devem ser protegidos dos “projetos políticos majoritários”. A ideia não é nova e está presente já há algum tempo na tradição liberal, mas o projeto totalitário assume a culpa de um excesso democrático, pensamento que descarta completamente o fato de haver maior concentração de poder nesses Estados, releva a diferença entre democracia e representação e aniquila as diferenças enquanto forma o Uno, cada vez mais homogêneo no nazifascismo, enquanto a democracia assume um projeto de comunicação entre as diferenças. O constitucionalismo defende a tradicional e paradoxal ideia de que quanto mais longe o poder estiver das pessoas, melhor o governo será para elas.

O processo de concentração do papel de guardião da Constituição nas Supremas Cortes Federais leva a uma limitação das outras instâncias de poder e reduz a capacidade de instâncias inferiores dentro do próprio poder judiciário de também exercer sua proteção. As consequências desse aumento de protagonismo, tendente ao monopólio, do poder judiciário não são necessariamente positivas, não sendo apresentado nenhum argumento ou uma correlação que evidencie algo nesse sentido. Inclusive, não há indicador histórico ou político que garanta um distanciamento axiológico entre as cortes constitucionais e os outros poderes. Fica mais evidente em regimes autoritários justamente uma aproximação entre o judiciário e o executivo, como foram as ditaduras latinoamericanas, o nazismo e o fascismo italiano, dentre tantos outros exemplos da história.

Pode-se concluir a análise desse segundo ponto com a observação de Dimoulis de que “nem o controle judicial concentrado nem a maior tutela dos direitos fundamentais (e muito menos a conexão causal desses dois elementos) podem ser vistos como traços peculiares do

neoconstitucionalismo”<sup>384</sup>. O último marco apontado por Barroso e pelos adeptos do neoconstitucionalismo é “a nova interpretação constitucional”<sup>385</sup>, que supostamente inova ao superar uma tradição cuja “resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato”<sup>386</sup>. O intérprete deixa de ter função meramente técnica e “torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”<sup>387</sup>. Essa modificação é, entretanto, consequência “natural” da força normativa que a Constituição passa a ter, que não é algo novo, como demonstrado acima, e transfere ao jurídico a competência de definição do conteúdo de princípios e das cláusulas gerais. Estas, também chamadas de conceitos jurídicos indeterminados, são normas amplas e com sentido aberto, que não possuem em si todos os elementos para a sua aplicação. Exemplos clássicos são a ordem pública, o interesse social e a paz social. Esses termos ou expressões jurídicas, por não possuírem um significado objetivo, atribuem maior discricionariedade ao juiz e seu ato interpretativo. A definição dos princípios permite que a significação do conteúdo das cláusulas gerais e centrais dos sistemas jurídicos, como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência, sejam transferidos aos intérpretes, que assumem novamente uma importante quantidade de discricionariedade.

A possibilidade de definição desses conteúdos inaugura, de acordo com o neoconstitucionalismo, uma novidade interpretativa capaz de ampliar a atuação do judiciário. No caso de colisões de normas constitucionais, o poder judiciário faz uma análise dos conteúdos dos princípios e dos direitos fundamentais determinando a sobreposição de uma norma sobre a outra. “Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto”<sup>388</sup>. A nova prática, ou técnica, utilizada pelo intérprete é a ponderação de princípios, bens ou valores jurídicos praticado pelo juiz, que tentará conservar ao máximo as finalidades da Constituição. O intérprete “procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional”<sup>389</sup>.

O conceito que guia essa nova interpretação Constitucional é a ponderação, ou proporcionalidade, que tem como finalidade controlar os atos legislativos ou executivos

---

<sup>384</sup> DIMOULIS, op. cit., 2008, p. 10.

<sup>385</sup> BARROSO, op. cit., p. 8.

<sup>386</sup> Idem, p. 9.

<sup>387</sup> Idem, p. 9.

<sup>388</sup> Idem, p. 11.

<sup>389</sup> Idem.

reduzindo a restrição dos direitos somente ao necessário<sup>390</sup>. Há diversas teorias que tentam realizar uma sistematização da técnica da proporcionalidade ou ponderação, sendo de grande destaque o trabalho realizado por Robert Alexy. Sua importância foi apontada na introdução desta dissertação e é atestada por Manuel Atienza, que aponta a relevância da técnica de ponderação em vários tribunais latino-americanos, principalmente nas cortes constitucionais, indicando que o processo é “em grande parte consequência da recepção de ideias sobre Robert Alexy”<sup>391</sup>.

### 3.3. A teoria de Alexy: interpretação ou criação (elitista) do direito

A posição de Atienza destaca o cunho técnico que o conceito apresenta, e nesse sentido é importante apontar que os mais diversos tribunais, da Espanha ao Peru,<sup>392</sup> o adotam; não se eximem dessas críticas as aplicações feitas pelas cortes constitucionais brasileiras, havendo um emprego vacilante entre os próprios membros do STF. O desvio teórico não é encarado como um grande problema por esta dissertação, haja vista a crítica estar na raiz teórica e não na sua transposição para o fato.

Alexy fundamenta a regra da proporcionalidade na necessidade de normatizar a interpretação e a aplicação dos princípios e direitos fundamentais pelo poder judiciário quando esse deve realizar o controle de atos estatais que concomitantemente visam a realizar um princípio mas acabam por restringir outro. A aplicação dessa regra tem como objetivo garantir que essas restrições aos direitos fundamentais não sejam desproporcionais; visa a conter o poder de restrição dos juízes. Assim, o princípio da proporcionalidade se apresenta como um meta-princípio. Nas palavras de Manuel Atienza,

Quando existem conflitos entre direitos (ou entre princípios, que ocorrem em todos os campos da lei) eles devem ser resolvidos aplicando um teste de proporcionalidade, isto é, aplicando o princípio da proporcionalidade que, para Alexy, se torna um tipo de meta-princípio ou, se preferir, o princípio último do sistema legal.<sup>393</sup>

A estrutura da ponderação se divide em três elementos, que impõem três exames necessários ao ato estatal de realização/violação dos direitos fundamentais e ou interesses públicos: a) exame de adequação; b) exame de necessidade; c) exame de proporcionalidade em sentido estrito<sup>394</sup>. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra

<sup>390</sup> SILVA, *O proporcional e o razoável*, 2002, p. 27-28.

<sup>391</sup> ATIENZA, *A vueltas con la ponderación*, 2014, p.13.

<sup>392</sup> Nesse sentido: ATIENZA, op. cit., e Pedro Grández.

<sup>393</sup> ATIENZA, op. cit., p. 13.

<sup>394</sup> Idem, p. 14.

da proporcionalidade<sup>395</sup>, princípio de otimização quanto ao que é factualmente e legalmente possível. Os princípios de adequação e necessidade dizem respeito à possibilidade factual de realização dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, enquanto o último subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito, remete à análise da possibilidade legal<sup>396</sup>.

O subprincípio da *adequação* serve à análise sobre se a adoção de um meio de realização ou fomento de um princípio “X”, que simultaneamente impede ou colide com, ao menos, outro princípio “Y”, possui capacidade fática de fomentar o primeiro. Se desse meio restritivo não decorre necessariamente a realização ou fomento do princípio “X”, o ato deve ser afastado por não ser adequado, pois viola a primeira sub-regra da ponderação<sup>397</sup>. Necessário apontar que esse subprincípio corresponde à razoabilidade, que é comumente confundida com o princípio geral da proporcionalidade, conforme pontua Virgílio Afonso da Silva:

O conceito de razoabilidade (...) *corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação*. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins.<sup>398</sup>

Um exemplo de aplicação da adequação está na ADIN<sup>399</sup> (ação direta de inconstitucionalidade) de número 855-2, que declarou inconstitucional uma Lei Estadual do Paraná (Lei 10.248/93) cujo objetivo era fomentar a proteção dos direitos dos consumidores e, para tanto, determinava que as empresas fossem obrigadas a realizar a pesagem de botijões de gás na presença dos consumidores e indicar que os novos botijões estavam cheios, ou abater seu valor caso os recolhidos ainda tivessem gás. O princípio que se pretendia alcançar era o da proteção dos direitos dos consumidores; o princípio violado foi o da livre iniciativa privada, ao impor às empresas de um ramo uma obrigação sem caráter de segurança pública ou, de maneira semelhante, para o mero funcionamento. A decisão declarou a lei inconstitucional, com base em um relatório do *Inmetro* que indicou que a balança precisaria ser de altíssima precisão e deveria ficar em local estável, o que reduziria o acesso dos consumidores aos produtos, dada a dificuldade de transporte dos botijões de gás e considerando o fato de serem

<sup>395</sup> SILVA, op. cit., p. 24, 33, 37 e ss.

<sup>396</sup> ALEXY, *Constitutional Rights and Proportionality*, 2014, p. 52.

<sup>397</sup> Idem, p. 53.

<sup>398</sup> SILVA, op. cit., p. 33.

<sup>399</sup> BRASIL, ADIN 855-2, 2008, Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

comprados remotamente através de ligações telefônicas. Assim, uma impossibilidade factual fez com que o ato legislativo do estado do Paraná fosse declarado inconstitucional.

O segundo subprincípio é o da *necessidade*, em que se pondera sobre as possibilidades de realização dos princípios. Se existirem duas formas semelhantes ou próximas de realizar o princípio P<sub>1</sub>, deve-se escolher aquela que interfere menos em outro princípio P<sub>2</sub>. Essa análise recai somente quando apenas dois princípios estão em colisão; no caso de um terceiro princípio ser afetado é necessária uma análise ponderada considerando necessariamente o terceiro subprincípio da proporcionalidade. Se o ato L<sub>1</sub> é praticado para realizar o princípio P<sub>1</sub>, mas interfere na efetivação ou colide com o princípio P<sub>2</sub>, e ao mesmo tempo tem-se o ato L<sub>2</sub>, que consegue promover com igual eficiência P<sub>1</sub>, mas sem limitar P<sub>2</sub>, L<sub>1</sub> deve ser afastado em razão da possibilidade de L<sub>2</sub>. O judiciário, através dos seus atos interpretativos e de certa discricionariedade, pode definir, independente das vontades do legislativo e da sociedade, que uma lei ou ato administrativo seja invalidado, declarado inconstitucional, por não atingir de forma eficiente os objetivos que pretende alcançar, ao interferir em outros objetivos do interesse público, possibilitando que outro ato ou lei seja aplicado em seu lugar.

O último subprincípio é a *proporcionalidade em sentido estrito*, que consiste no sopesamento entre princípios. Parte-se de uma análise da intensidade do ato praticado ou lei promulgada, sopesando e comparando o direito fundamental atingido e a importância da efetivação do direito fundamental objetivado pelo ato legislativo ou executivo. Alexy resume esse subprincípio na seguinte regra: “quanto maior o grau de não-satisfação ou detrimento de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro”<sup>400</sup>.

Esses atos não precisam inviabilizar ou limitar completamente um direito fundamental para que sejam afastados pelo judiciário; basta que a motivação da lei ou ato administrativo não tenha o “peso” necessário que justifique a restrição de outro direito fundamental. O termo *peso* carrega, em si, um sentido objetivo, uma medida padronizada com um referencial; mas neste caso, *peso* é definido pelo intérprete que o determina discricionariamente.

Existem três variáveis na fórmula de peso: a) o grau de envolvimento dos princípios no caso específico; b) o peso abstrato dos princípios envolvidos; c) a segurança dos resultados que as medidas irão gerar<sup>401</sup>. Robert Alexy atribui valores a essas variáveis. As duas primeiras possuem três níveis: leve, médio e pesado; a terceira, por sua vez, pode ser classificada como segura, plausível ou não evidentemente falsa. Assim, se a restrição do direito possui um peso

<sup>400</sup> ALEXY, op. cit., 2014, p. 54; trecho livremente traduzido do original: “The greater the degree of nosatisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other.”

<sup>401</sup> ATIENZA, op. cit., p. 14.

médio e ainda pode ser perfeitamente realizado, mas o peso do direito que fundamenta essa restrição é leve, o ato é desproporcional. Nos casos em que há empate, nos quais desse “cálculo” resultem pesos idênticos entre os princípios, cabe ao intérprete estabelecer uma prioridade em favor da liberdade, em favor da constitucionalidade de uma lei<sup>402</sup>. A decisão cabe integralmente aos intérpretes, que devem manter um grau de adequação ao sistema jurídico e sua tradição, que remete exatamente às noções de liberdade-privilégio expostas ao longo do primeiro capítulo<sup>403</sup>.

Essas técnicas e formas de fundamentação das decisões tomadas pelo poder judiciário em casos que permitem mais de uma decisão correta operam como um controle de racionalidade das decisões. A regra mencionada, segundo a qual “quanto maior o grau de descumprimento ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do outro princípio”<sup>404</sup>, indica que através dessa ponderação o juiz, por meio de seus valores individuais ou próximo dos interesses de classe que reproduz e representa, decide sobre a suspensão parcial de determinado direito fundamental positivado diante da necessidade de efetivar outro que julga mais “pesado”. É nesse sentido que a crítica de Juan Antônio de Garcia Amado se delinea. O autor mostra que a técnica de ponderação se aproxima muito mais do ato de sopesar do que do ato de pesar, demonstrando que este apresenta critérios objetivos, enquanto aquele tem como traço a subjetividade<sup>405</sup>.

O autor faz uma interessante comparação com objetos materiais e demonstra que ao pesar um lápis ou uma caneta tem-se seu peso exato, e uma contestação sobre os resultados tem que se basear sobre a qualidade da balança ou a forma como foram pesados (ou seja, nos dados objetivos). Enquanto isso, o sopesamento ocorre quando não se tem a possibilidade de pesar o objeto com uma balança, com objetividade referencial, mas há o interesse em saber seu peso relativo. Assim, o sujeito usa sua noção subjetiva para adivinhar o dado objetivo – no caso, se a caneta é mais ou menos pesada que o lápis. O sopesamento é resultado de uma incapacidade de obter um resultado objetivo; abre-se mão do rigor sobre os dados e se realiza um julgamento aproximado, de acordo com a visão do agente que realiza a pesagem. Não há qualquer garantia de acerto e é, inclusive, possível entender pesos próximos como corretos ou correspondentes<sup>406</sup>. A contestação a respeito do sopesamento e seu resultado pode se referir

---

<sup>402</sup> Idem, p. 15.

<sup>403</sup> SILVA, op. cit., p. 27-28.

<sup>404</sup> ALEXY, *Teoria discursiva do direito*, 2014, p. 192.

<sup>405</sup> AMADO, *Sobre ponderaciones. Debatendo com Manuel Atienza*, 2014, p. 50.

<sup>406</sup> Idem.



aos critérios, ao valor que se chegou e à relação desse peso com outros sopesados anteriormente, sem que seja possível conferir ou aferir o resultado da pesagem.

Os objetos imateriais, como princípios ou direitos, não possuem peso em si. Pelo contrário, o peso é atribuído pelos sujeitos que medem a importância do valor ou do princípio. O sopesamento é realizado de acordo com os critérios subjetivos dos sujeitos que realizam essa atribuição e os critérios, por sua vez, são definidos pelas condições pessoais do agente: raça, classe, gênero, sexualidade, dentre outros, sendo impossível um agente se distanciar de seus valores e racionalidade para utilizar os supostos valores universais e racionalidade “neutra”. Se objetos materiais permitem mensuração posterior para que seja apurada a diferença de peso entre eles e o sopesamento realizado pelos agentes, o mesmo não pode ser feito com ideias ou princípios, seja em abstrato ou em comparação. A moral e os valores de cada pessoa vão fazer com que elas tenham percepções diferentes sobre os mesmos fatos, não sendo possível indicar quem está certo ou errado.

Uma pequena história que serve para ilustrar o exposto seria a de um sujeito que tem uma oportunidade de emprego estável e financeiramente vantajosa em outro país, mas teria de deixar para trás sua noiva que, por razões pessoais, não poderia sair do país. Ou, em vez de abandonar a noiva, o tal sujeito teria de deixar o novo curso de Letras que começou e sempre quis fazer. O sujeito fica dividido diante da ausência de perspectiva em sua área e de ter que abrir mão de um relacionamento ou do seu sonho de estudar literatura. A propensão de uma pessoa que possui privilégios econômicos e não necessita, e nunca necessitou, de vender sua mão-de-obra para sobreviver, a escolher a oportunidade profissional é, evidentemente, muito menor do que de uma outra que sempre teve que vender sua força de trabalho para garantir seus meios de subsistência. Esta pessoa entende de forma diferente o trabalho e o lugar que ele ocupa em sua vida. As escolhas e os valores dos privilegiados, seu sopesamento, têm uma tendência a diferir da maioria desprivilegiada. Analisando os agentes que realizam o sopesamento judicial é possível perceber que a subjetividade de uma classe, de um grupo uniforme de pessoas privilegiadas e que exercem o poder é a chave de interpretação do sopesamento. Eles determinam e definem a lógica por trás da ponderação e interpretação judiciais<sup>407</sup>. A unidade da classe dos juízes pode ser percebida no Brasil onde, de acordo com o censo judiciário, é composta 65% por homens<sup>408</sup>, 84% por brancos, sendo que nos tribunais superiores (nos quais o ato interpretativo possui mais poder) esse percentual sobe para

---

<sup>407</sup> Idem, p. 54.

<sup>408</sup> BRASIL: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Censo do Poder Judiciário*, 2014, p. 37.

91%<sup>409</sup>. Apenas 1% tem uma relação homoafetiva estável, seja casamento ou união estável, número que sobe para 78% quando consideradas relações heterossexuais estáveis<sup>410</sup>.

Diante disso, percebe-se que o juiz-intérprete, ao ponderar princípios, não descobre seu peso, mas cria-o e, através do procedimento descrito, justifica sua decisão sobre qual será o princípio que prevalecerá no caso concreto. Assim, ele cria uma nova regra, que deve ser aplicada ao caso concreto, mas também se estende e guia outras interpretações<sup>411</sup>. Serão utilizados dois julgamentos brasileiros a fim de explicar o exemplo descrito de criação de regra com aplicação das técnicas de ponderação. Primeiro, o *Habeas Corpus* nº 126.292 (HC 126.292); posteriormente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26.

O HC 126.292 foi impetrado no STF, e o paciente questionou a constitucionalidade da decretação de sua prisão em segunda instância – portanto, antes do trânsito em julgado, que se entende como a decisão final de um processo, depois da qual não se permite mais a interposição de recursos com a capacidade modificativa, seja em função da decorrência de esgotamento de prazo para interposição dos recursos cabíveis ou pelo exaurimento das vias recursais possíveis. A jurisprudência do STF sustentava, então, entendimento de que a prisão só poderia ser decretada após o trânsito julgado da sentença penal condenatória, considerando a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LVII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Além da Constituição, a jurisprudência da corte considerava a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, que prevê, em seu art. 8º, que “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”<sup>7412</sup>. Ainda nesse sentido, o nosso autoritário Código de Processo Penal determina em seus artigos 283 e 675:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Art. 675. No caso de ainda não ter sido expedido mandado de prisão, por tratar-se de infração penal em que o réu se livra solto ou por estar afiançado, o juiz, ou o

<sup>409</sup> Idem, p. 42.

<sup>410</sup> Idem, p. 47.

<sup>411</sup> ATIENZA, op. cit., p. 26.

<sup>412</sup> BRASIL, *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, 1969.

presidente da câmara ou tribunal, se tiver havido recurso, fará expedir o mandado de prisão, logo que transite em julgado a sentença condenatória.

A literalidade do conjunto normativo indica com certa nitidez que o trânsito em julgado é necessário para que uma pessoa seja considerada culpada e comece a sofrer as consequências da sentença penal condenatória, dentre elas a reclusão. O conjunto normativo regula as exceções, delineando que em casos de flagrante delito ou de prisão temporária ou preventiva (nenhum deles presente na análise do *habeas corpus*), a pessoa poderá ser presa cautelarmente, sem desrespeito ao conjunto normativo. O poder legislativo compreendeu que esses são os casos de exceção à garantia de presunção de inocência. O STF, no entanto, mudou seu entendimento – desde 2009 prevalecia na corte que a prisão somente poderia ser decretada após o trânsito em julgado de sentença condenatória, quando foi julgado o *habeas corpus* nº 84.078/MG – e determinou a possibilidade de cumprimento antecipado da decisão condenatória em segundo grau, ou seja, mediante o julgamento dos tribunais, com a prisão do réu ainda que ele não possa ser declarado culpado.

Robert Alexy foi nominalmente citado pelo Ministro Luis Roberto Barroso, quando este proferiu seu voto, afirmando que a presunção de inocência deveria ser “realizada na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”. A partir do conceito de princípio de Alexy, o ministro conclui que a presunção de inocência não é uma regra que deve ser subsumida ao caso concreto, mas um “mandado de otimização, caracterizado pelo fato de que pode ser cumprido em diferentes graus”, e que deve ser determinado e medido em âmbito jurídico “pelos princípios e regras opostas”<sup>413</sup>. Barroso passa, então, a “ponderar” o princípio da presunção de inocência “com os outros objetivos e interesses em jogo”<sup>414</sup>.

Assim, o acórdão do STF, especialmente o voto de Barroso, tensiona o princípio da presunção de inocência, presente no art. 5º, LVII<sup>415</sup>, da Constituição, e indica que a sua máxima efetividade significaria que nenhum efeito da sentença penal condenatória pudesse ser aplicado ao acusado até que ocorresse o trânsito em julgado. Contudo, argumenta, o ordenamento jurídico brasileiro não entende tal hipótese como uma máxima absoluta, fazendo relativizações e abrindo espaço para possíveis exceções. Portanto, esse princípio deve ser ponderado com a efetividade da lei penal, que tem como objetivos a prevenção geral e específica (desestimular atos delituosos da sociedade e do sujeito, respectivamente) e a

---

<sup>413</sup> Página 12 do voto do ministro Luis Roberto Barroso no HC 122.694.

<sup>414</sup> Página 13 do voto do ministro Luis Roberto Barroso no HC 122.694.

<sup>415</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, 1988.

proteção aos bens jurídicos (vida, dignidade humana, propriedade, etc.) tutelados pela esfera penal. Princípios que não estão expressos de forma taxativa na Constituição, como o da presunção de inocência, mas podem ser deduzidos dos princípios da razoável duração do processo e da segurança.

Os artigos do Código de Processo Penal acima mencionados, principalmente o art. 283, expõem a necessidade e a autorização da ponderação, haja vista as mencionadas exceções previstas por este dispositivo – prisão temporária, preventiva e prisão decorrente de flagrante delito. A relativização interna realizada pela própria norma mitigaria a sua eficácia e resultaria na possibilidade de prisão após a condenação em segundo grau, sem trânsito em julgado. A lei não pode abrir exceções e depois ser interpretada de forma absoluta. Além do mais, os princípios constitucionais citados levariam a uma relativização da própria norma. Nas palavras de Barroso, “acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário”<sup>416</sup>. O que ele próprio não parece ter feito, dado que as exceções à prisão antes do trânsito em julgado são buscadas na legislação infraconstitucional para justificá-la, já em caráter geral, como uma exceção permanente, na dimensão constitucional.

A interpretação constitucional das normas e do caso concreto indica que o “peso” do princípio da presunção de inocência é proporcional à fase do processo em que a decisão é proferida, ou seja, é reduzido com o passar das fases processuais, com as seguidas confirmações materiais da autoria e existência do ato delituoso. Assim, a presunção de inocência possuiria um peso maior na fase pré-processual, o que seria reduzido com a constante afirmação de culpa até que ela se extinga com o trânsito em julgado. Além disso, deve ser considerado o peso do princípio da eficácia penal, principalmente diante das estatísticas que evidenciam a pouca chance de sucesso na reversão de decisão condenatória em sede de Recursos Especial e Extraordinário, medidas jurídicas que permitem o julgamento do caso pelo STJ e STF, principalmente porque esses tribunais não podem reanalisar fatos e provas, reformando apenas questões de direito. O ministro enxerga o peso da presunção de inocência como mais leve do que o peso da efetividade e da credibilidade judicial, e assim conclui:

Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as

---

<sup>416</sup> Página 14 do voto do ministro Luis Roberto Barroso no HC 122.694.

estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.<sup>417</sup>

No acórdão, o STF entendeu que a determinação constitucional, a tradição jurídica e a letra da lei – o art. 283 do Código de Processo Penal – não eram válidos diante do seu ato interpretativo. Decide, assim, por suspender as normas e nesse vácuo criar uma nova determinação, “em outras palavras, não há regras (incluindo normas constitucionais de direitos fundamentais, como as que estão em jogo aqui) com um conteúdo essencial ou um núcleo capaz de prever a solução para casos futuros”<sup>418</sup>. Outro intérprete, como foi o caso de Gilmar Mendes, chegaria a uma conclusão distinta e determinaria que a presunção de inocência é um preceito que já tem suas mitigações previstas na lei ordinária. Não seria impossível, também, uma ponderação que reconhecesse a presunção de inocência como um dos princípios máximos do Estado de Direito, haja vista a seriedade da restrição de liberdade e a ideia de que mitigar o poder do Estado de interferir na liberdade das pessoas é um dos fundamentos primordiais do direito. Essa possibilidade é completamente crível, porque o sopesamento abre a possibilidade de que cada um “pese” o objeto de forma distinta, o que revela o fato decisivo: não são os princípios que pesam menos, ou as circunstâncias do caso que geram pesos aos princípios, mas os sujeitos que lhes atribuem pesos.

A técnica de ponderação desenvolvida por Alexy e empregada pelos tribunais na realização de interpretações constitucionais gera uma nova forma normativa. A norma completa, N, deixa de ser enunciada pela fórmula *se F é, S é permitido/proibido/ordenado*, e passa, então, a ser *se F é, S é permitido/proibido/ordenado, a menos que exista alguma motivação para que o intérprete, no caso específico, pondere sobre um princípio e ofereça outra norma*<sup>419</sup>. Outra possibilidade, mais simples e direta, é dizer: a menos que o soberano decida sobre a exceção. Juan Antonio García Amado conclui como consequência do uso dessa técnica interpretativa que

os direitos, os tão alardeados direitos que seriam a essência desse modelo de Estado constitucional, tornam-se rigorosamente provisórios, mesmo quando há uma norma legal que os desenvolve tentando maximizar (ou otimizar) seu escopo.<sup>420</sup>

O legislador, além de possuir uma legitimidade democrática – mesmo que problemática, como vimos – para a produção normativa, produz leis que são abstratas, incorporando exceções específicas quando pretende ajustar a norma às condições materiais ou

<sup>417</sup> Página 15 do voto do ministro Luis Roberto Barroso no HC 122.694.

<sup>418</sup> AMADO, op. cit., p. 52.

<sup>419</sup> Idem, p. 54.

<sup>420</sup> Idem, p. 70.

aos valores sociais. Assim, o número de exceções possíveis ou de limitações para cada regra é finito e previamente conhecido. O juiz, com base na ponderação, excede a norma. Ele excede a regra que marca a exceção à regra; ao suspender o direito, suspende a norma e a desloca para fora do campo jurídico. Abre um espaço em que é livre para criar outra norma, incluindo novamente a primeira ao referenciá-la, somente para suspendê-la outra vez em sua decisão. O legislativo e sua produção legiferante são controlados, nos termos e condições explicitados, de acordo com o projeto liberal de Estado, ainda que de acordo com a produção normativa de privilégios e não de direitos. É nesse sentido que o controle de constitucionalidade se coloca como um controle sobre o “perigo” democrático que, mesmo mitigado pela forma da representação, ainda se mostra como um horror ao projeto liberal e elitista de Estado.

A necessidade dessa fundamentação e técnica específica é uma decorrência da usurpação pelo judiciário do poder de criação normativa típico do legislativo, protegendo ou restringindo direitos apenas de uma parte da população. O juiz-intérprete deve, portanto, fundamentar, através da racionalidade, a não aplicação de uma norma com forma de lei e a criação normativa que executa em um procedimento próprio e específico, que supostamente garantiria menor discricionariedade. Racionalidade é, nesse contexto, o respeito às normas que formam o método da proporcionalidade, a ser executado pelo juiz quando exerce os atos interpretativo e decisório. No entanto, a própria demarcação de o que é um processo decisório racional ou irracional já é uma decisão, anterior e externa ao ordenamento jurídico. A teoria de Alexy, ao tentar definir o que é uma decisão racional através de uma decisão, é tautológica, “pois o termo ‘racionalidade’ e o termo ‘decisão’ representam o mesmo ideal, ainda que de maneiras diferentes”<sup>421</sup>.

Além da tautologia descrita, outra crítica necessária, abordada anteriormente apenas de forma indireta, recai sobre como Alexy busca fundamentar conteúdos jurídicos através de conteúdos jurídicos. Essa análise tem por base que as técnicas de interpretação constitucional, tanto a regra da proporcionalidade quanto a argumentação racional, são regras procedimentais, “conteúdos jurídicos mínimos capazes de guiar a atividade interpretativa”<sup>422</sup>, que têm por função declarar os valores que serão otimizados e aqueles que serão relativizados. No entanto, esses conteúdos jurídicos mínimos partem dos mesmos valores do sistema jurídico – racionalidade, igualdade, liberdade, participação, dentre outros – que querem declarar como válidos e otimizar. Novamente a teoria de Alexy recorre a uma tautologia para

---

<sup>421</sup> MATOS; SOUZA, op. cit., p. 303.

<sup>422</sup> MATOS; MILÃO, *Decisionismo e hermenêutica negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito*, 2013, p. 132.

fundamentar seu procedimento. Se a teoria da argumentação e a regra da proporcionalidade são conjuntos de “normas para a justificação de normas”<sup>423</sup>, o fundamento do sistema está confirmado *a priori* no método de confirmação. Alexy parte de um sistema normativo para fundamentar outro sistema normativo, sendo que ambos compartilham os mesmos conteúdos e valores. As normas que serão justificadas são o fundamento das normas procedimentais justificadoras. Trata-se apenas de um processo tautológico de confirmação dos dados dos quais já se parte. Assim, o que se busca é revelar os fundamentos dos princípios com base nos conteúdos jurídicos mínimos, que têm como embasamento os mesmos fundamentos, e confirmá-los através da interpretação judicial.

Esse conjunto de procedimentos e de normas de validação das normas jurídicas são a hipotética inovação do neoconstitucionalismo e do novo interpretativismo jurídico. Dimoulis, mais uma vez, consegue demonstrar que não há grande novidade nessa acepção:

a opção metodológica e a prática de recurso a princípios e outros elementos normativos caracterizados pela vagueza não apresentam o menor traço de inovação. Na história do direito ocidental, muitas são as referências teóricas e as práticas de interpretação flexível, casuística, criativa e até mesmo livre do direito. Basta pensar em termos tais como direito pretoriano, equidade, espírito da lei, analogia, direito livre para entender que a importância dada aos princípios jurídicos e ao papel-poder criativo do aplicador não constitui novidade.<sup>424</sup>

O autor faz remissão direta ao constitucionalismo do século XIX, no seio do qual havia forte produção teórica crítica à aplicação literal e maquinal das leis. Inclusive, alguns juristas indicam que o aplicador, principalmente o juiz, possuía competência legislativa a fim de resolver os conflitos sociais<sup>425</sup>. Mas essa análise pode ser expandida dentro da história do direito ocidental, que revela uma tradição interpretativa, com uma conhecida capacidade de criação normativa, para períodos anteriores ao oitocentista.

Autores como Ludovico Antônio Muratori (1672–1750), Alessandro Verri (1741-1816) e Pietro Verri (1728-1797) criticavam as práticas judiciais das quais eram contemporâneos. Registraram, assim, o abuso criativo dos juízes em seus atos interpretativos, enquanto sustentavam uma visão que opunha lei e interpretação<sup>426</sup>. Pietro Costa denomina esses autores, e o grupo a que pertencem, como reformadores radicais e indica que eles eram “perfeitamente conscientes do valor (que um teórico oitocentista chamará de) ‘criativo’

<sup>423</sup> ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1983, p. 225.

<sup>424</sup> DIMOULIS, op. cit., 2008, p. 12.

<sup>425</sup> DIMOULIS, op. cit., 2008, p. 12. O autor cita os seguintes autores e obras como referência ao mencionado posicionamento: Oskar Bülow (1837–1907), *Gesetz und richteramt*, 1885, na Alemanha; François Gény (1861–1959), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1889, na França; e Eugen Ehrlich (1862–1922) *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903, na Áustria.

<sup>426</sup> COSTA, Os “senhores da lei”. *Lei, interpretação e liberdade no iluminismo jurídico*, 2016, p. 746.

da interpretação”<sup>427</sup>. Eles veem o ato interpretativo como algo negativo, como a usurpação por parte do judiciário do poder legiferante típico do legislativo. O historiador e jurista italiano continua com o seu registro e evidencia esse processo de forma elucidativa. Mais uma vez, em suas palavras:

o juiz não pode ser, por sua vez, legislador; mas ele se torna tal se é deixado livre para interpretar a lei. Interpretar, de fato, significa, como escreve Pietro Verri, ‘apropriar-se do lugar de quem escreveu a lei’, ‘significa fazer o legislador dizer mais do que ele disse, e esse *mais* é a medida da faculdade legiferante que se arroga o juiz.<sup>428</sup>

Além da interpretação criativa enquanto característica da atuação do poder judiciário, suposta novidade do neoconstitucionalismo, está presente no pensamento sete-otocentista uma preocupação com a potência legiferante desse poder. Os iluministas designam o poder de criação normativa como um poder exclusivo do soberano, seja na figura do Rei ou do parlamento<sup>429</sup>, e vaticinam que a usurpação desse poder gera grande instabilidade e insegurança dentro do ordenamento jurídico. Assim, o contexto da dinâmica entre lei e interpretação que pode ser percebido hoje é muito semelhante ao iluminista: a interpretação, somada ao extenso conjunto normativo, resulta em poder excessivo dos juízes intérpretes, gerando arbitrariedade e incerteza, apontada desde então como um risco. Se hoje a técnica interpretativa é a ponderação, no contexto iluminista era a equidade, caracterizada como um dos principais veículos da desordem: a equidade “sempre quer dizer arbítrio, e arbítrio quer dizer nenhuma lei”<sup>430</sup>. Equidade e ponderação são vistas, cada uma em seu tempo, como o domínio da aleatoriedade e da incerteza, capazes de transformar a exceção em regra.

É interessante perceber que o excesso interpretativista gerou nos iluministas citados uma percepção de risco de anomia e consequente criação normativa. A arbitrariedade dos juízes intérpretes gerava um vazio normativo no qual as leis perdiam o sentido e a força que possuíam diante da constante inversão entre a regra e a exceção. É claro que não se trata de uma proto-teoria do estado de exceção; seria de um anacronismo assombroso indicar qualquer percepção nesse sentido. Trata-se apenas de uma noção semelhante quanto aos efeitos produzidos pela interpretação arbitrária dos agentes do poder judiciário. Encontram-se presentes, no iluminismo do século XVIII e no constitucionalismo do século XIX, continuidades com o supostamente inovador movimento neoconstitucionalista, que afirma

---

<sup>427</sup> Idem.

<sup>428</sup> Idem.

<sup>429</sup> Idem, p. 750.

<sup>430</sup> COSTA, op. cit., 2016, p. 745.



“pela enésima vez a antiga tese segundo a qual os órgãos jurisdicionais são os guardiões naturais do direito e dos direitos”<sup>431</sup>.

Apesar de também haver um variado quadro de descontinuidades, a tradição continua reafirmando a velha hipótese de que o caráter lógico-racional da interpretação judicial e a razão imparcial e objetiva do juiz são capazes de dar uma melhor interpretação às normas e controlar os abusos potestativos do povo, representado pelo soberano. O juiz perde a dimensão de poder neutro e imparcial, assumindo um caráter ativo e político a cada “interpretação-aplicação do direito”. A desejada posição de “razão técnica” se expressa cada vez mais em um protagonismo político. Assim, a lógica da participação e do consenso, já desativada pela mediação do voto e da representatividade, passa a ser ainda mais suprimida pela decisão técnica e “moralmente” capaz dos juízes intérpretes. O iluminismo indicava, em decorrência da legitimação democrática do poder, que essas decisões tinham que ser tomadas pelo legislativo ou pelo príncipe, reagindo às críticas registradas. A tradição interpretativa, por outro lado, vê o juiz como responsável por esse papel, devido à sua natureza pretensamente neutra, imparcial e sábia.

Hoje essa atuação parece estar mais ativa que nunca<sup>432</sup>. Embora o neoconstitucionalismo não evoque nenhuma grande novidade, ele configura a retomada de uma tradição antipositivista, caracterizada por recorrer a elementos externos ao direito a fim de direcionar a compreensão e a modulação deste. Ciente das críticas à tradição interpretativista, os neoconstitucionalistas incorporam os elementos antes externos ao ordenamento, mas deixam o seu conteúdo aberto à interpretação dos agentes. Os elementos incorporados são os mais diversos, todos definidos pelos juízes intérpretes diante dos casos concretos, com a proporcionalidade e a moral assumindo um acentuado protagonismo. Eles subtraem para si a competência das decisões políticas do legislador, com a consciência de que a prática resulta na concentração de poder nas mãos de um único corpo – o judicial<sup>433</sup>.

Os conflitos sociais são transformados em lides com a judicialização da vida, e normatizados através das decisões moralmente corretas do juiz<sup>434</sup>, ou seja, aquelas que podem ser racionalmente fundamentadas segundo seus valores e “pesos”. A conexão entre moral e direito é o desdobramento deste em uma “moral universalística procedimental”<sup>435</sup>, que, como observado, já é regida por normas previamente escolhidas a partir de uma decisão anterior,

---

<sup>431</sup> COSTA, op. cit., 2010, p. 254.

<sup>432</sup> DIMOULIS, op. cit., 2008, p. 6,11.

<sup>433</sup> POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretacion constitucional*, 1998.

<sup>434</sup> ALEXYS, op. cit., 2014, p. 314.

<sup>435</sup> Idem.

que define os conteúdos que irão determinar o procedimento moral. O direito se desdobra em si mesmo, haja vista que a fundamentação dessas normas são os valores escolhidos por uma decisão prévia<sup>436</sup> que parte dos valores já normatizados no próprio direito.

O método sugerido por Alexy admite que decisões que violam a ordem jurídica possam ser consideradas como corretas, desde que elas obedeçam aos procedimentos argumentativos e ponderativos, ou seja, desde que sejam racionalmente justificadas. “Alexy normatiza o discurso jurídico estabelecendo regras que ele mesmo desenvolveu como método para se chegar a uma argumentação que justifique moralmente certa decisão judicial”<sup>437</sup>.

É nesse contexto que o poder judiciário se sente livre e se anuncia como agente legítimo para assumir e evocar um protagonismo na vida pública e política social. Os conceitos de judicialização da vida e de ativismo judicial são utilizados para indicar essa interpretação protagonista que o poder judiciário exerce, governando através de suas decisões a vida política e social da comunidade. Os conceitos de judicialização e ativismo judicial são duas faces da mesma moeda, sendo distinguidos pelo respeito ou não aos limites da Constituição. A judicialização é uma consequência do constitucionalismo; é o cumprimento do projeto constitucional, a realização do papel determinado ao poder judiciário. O ativismo jurídico, por outro lado, é uma escolha política dos juízes em interpretar a Constituição de modo proativo, estendendo seu alcance e sentido para áreas não indicadas expressamente pelo constituinte<sup>438</sup>.

A judicialização importa no poder judiciário decidindo questões políticas ou sociais, cumprindo os limites constitucionais, que eram tradicionalmente decididas pelos poderes executivo e legislativo, instâncias políticas representativas, em decorrência da legitimidade democrática (mínima) que possuem. A judicialização envolve uma transferência (in)constitucional de poder. O judiciário deixa de ser um poder apenas técnico-especializado e se transforma em um poder político, evocando as competências dos poderes representativos.

O ativismo judiciário também é a ampliação do protagonismo judicial nas relações políticas e sociais. Os juízes invocam a missão constitucional de “concretização dos valores e fins constitucionais”<sup>439</sup> para interferirem além dos limites constitucionalmente previstos. É o uso da Constituição para a suspensão parcial da Constituição, para que a norma seja suspensa e nesse vazio normativo o judiciário crie normas através de decisões judiciais com força de

---

<sup>436</sup> MATOS; SOUZA, op. cit., p. 304.

<sup>437</sup> Idem.

<sup>438</sup> BARROSO, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, 2012, pp. 23-25.

<sup>439</sup> BARROSO, op. cit., 2012, p. 26.

40. Para Luís Roberto Barroso, o ativismo jurídico se manifesta de três formas centrais: a) a aplicação da Constituição de forma direta em situações não previstas expressamente em seu texto e sem depender de qualquer ação ou provocação do poder legislativo; b) aplicação de critérios não previstos constitucionalmente ou resultantes de interpretações normativamente criadoras de dispositivos constitucionais no controle de constitucionalidade dos atos normativos do legislativo; c) determinação ao poder público que pratique ou se abstenha de praticar atos relativos às políticas públicas.

Apesar das diferenças entre ativismo jurídico e judicialização, os dois movimentos denotam a expansão do sistema judicial com a invasão das esferas representativas do Estado – aquele movimento indicado no final do capítulo anterior. O judiciário evoca o poder de decidir politicamente, com a consolidação da prática na atualidade. Se no ativismo judicial o juiz intérprete age fora das suas abertas limitações constitucionais, na judicialização o ato interpretativo do juiz é realizado dentro dessas limitações, que incluem conceitos jurídicos abertos e princípios, como a moralidade, a eficiência e a impessoalidade, ou seja, limites que têm seu conteúdo definido pelo próprio poder judiciário. A justificativa racional e o respeito aos limites se mostram como formas de tentar omitir a natureza autoritária da decisão, segundo a qual a interpretação judicial, o exercício de ponderação, apenas se realiza através da violência que a funda e mantém a ordem constitucional ativa<sup>440</sup>. Esse “fetiche da justificativa racional das práticas de decisão do poder judiciário é, na verdade, um fetiche moral que envolve possibilidades de desenvolvimento claramente autoritárias”<sup>441</sup>.

A leitura de Souza, Matos e Amado é confirmada diante da postura das mais variadas cortes constitucionais, incluso aqui o STF que, na análise do pedido de criminalização da homofobia e transfobia, dentro da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 do Distrito Federal e o Mandado de Injunção (MI) 4733, está inovando penalmente, legislando de forma ativa e criando mais um crime, mais uma forma de o Estado intervir e limitar a liberdade dos sujeitos. As ações requerem que o STF, diante da omissão legislativa do Congresso Nacional, equipare penalmente os atos de homofobia aos atos de racismo, tipificados como crime pela Lei nº 7.716/89, cumprindo os mandamentos constitucionais expressos no art. 5º, incisos XLI (a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais), XLII (a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei).

---

<sup>440</sup> COVER, Violence and the word, 1985-1986.

<sup>441</sup> MATOS; SOUZA, op. cit., p. 304.

Os votos indicam que a homofobia passará a ser crime e a compor o rol de motivações torpes que qualificam outros delitos, gerando ampliação das penas. As decisões até aqui proferidas no STF, uma vez que o julgamento ainda está em curso, se dão “na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero”. A homofobia seria capaz de ofender “direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão”<sup>442</sup>.

O processo ainda está em andamento, sendo que quatro votos foram proferidos, os dos ministros Celso de Melo, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Roberto Barroso. O tema é de fundamental importância para o atual contexto político e jurídico brasileiro, às voltas com a eleição de um presidente e um congresso com discursos e posturas marcadamente homofóbicas. Os ministros apontam às discussões presentes na atualidade, principalmente à absurda noção de “ideologia de gênero” e veem que o papel contramajoritário do STF lhes dá uma missão civilizatória. Ou, nas palavras do relator Celso de Melo:

está em debate, uma vez mais, o permanente conflito entre civilização e barbárie, cabendo ao Supremo Tribunal Federal fazer prevalecer, em toda a sua grandeza moral, a essencial e inalienável dignidade das pessoas, em solene reconhecimento de que, acima da estupidez humana, acima da insensibilidade moral, acima das distorções ideológicas, acima das pulsões irracionais e acima da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática, deverão sempre *preponderar os princípios que exaltam e reafirmam a superioridade ética dos direitos humanos* (...).<sup>443</sup>

O STF assumiu abertamente o papel de última racionalidade do sistema, como se fosse um trunfo perante o horror contramajoritário. Esse pensamento também está presente no voto do ministro Luís Roberto Barroso. Este entende que, além do papel técnico e jurídico que as cortes possuem enquanto últimas guardiãs da Constituição, elas também desempenham um papel representativo, atendendo às demandas políticas e sociais quando o legislativo não o faz. Assim, possuem o paradoxal papel de representação contramajoritária, assumindo e realizando os interesses de uma parcela da população que não os terá resguardados pelo poder legislativo. O ordenamento jurídico, que não prevê a possibilidade de produção legislativa por parte do poder judiciário – em especial na seara penal –, é suspenso para que onze ministros criem uma norma jurídica com efeito geral, em nome da suposta representação que exercem devido ao privilegiado acesso à razão e à moralidade que os juízes-intérpretes possuem.

---

<sup>442</sup> Página 155 do voto do ministro Celso de Melo na ADO 26.

<sup>443</sup> Página 153 do voto do ministro Celso de Melo na ADO 26.

É exatamente esta a outra função que as cortes constitucionais possuem de acordo com Barros: esse papel iluminista, que lhes dá protagonismo político, como se fossem a vanguarda do progresso histórico. Através das cortes seria possível a prevalência de uma racionalidade iluminista, humanista e civilizatória, que resulta no avançar da história, desse “processo de superação de sentidos comuns equivocados”<sup>444</sup>. A Constituição<sup>445</sup> e a legislação regulamentadora<sup>446</sup> não indicam qualquer procedimento que permita ao STF, em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, inovar na legislação, seja criando uma nova norma ou ampliando o conteúdo das existentes. As possibilidades são a declaração de inconstitucionalidade, a suspensão de normas que por alguma razão tenham que ser revogadas e dar ciência ao órgão competente para que adote as medidas necessárias. Portanto, a inovação normativa é externa ao ordenamento, se dá à sua margem.

Se a inovação legislativa representa uma violação do sistema em qualquer situação, no direito penal há um agravante. A força e violência próprias do direito penal fazem com que o Estado de Direito tenha, ao longo da história, reforçado os limites do exercício desse poder. Junto da já relativizada e mitigada presunção de inocência, como demonstrado na análise do HC 126.292, o direito penal conta com o princípio da legalidade penal, regido pelo corolário “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”<sup>447</sup>, previsto na Constituição Federal, art. 5º, XXXIX (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal)<sup>448</sup> para controlar a atuação punitiva do Estado e da sociedade. A corte entende que esse princípio colidiu com os princípios da liberdade – autodeterminação sexual e de gênero –, igualdade, vida – diante do elevado número de fatalidades da população LGBT, principalmente de transexuais – e a integridade psicológica e física do ser humano<sup>449</sup>, além do princípio do livre desenvolvimento da personalidade.

Em um exercício de ponderação, Barroso entende que a realização e a proteção dos princípios da vida, liberdade, integridade e igualdade, diante do caso concreto sistematicamente violados, e ainda de forma extrema, leva ao dever de relativização do princípio da legalidade penal. A corte entende que a inércia do legislativo é uma expressão da democracia representativa; é resultado da visão política da maioria da população, impedindo

---

<sup>444</sup> Voto do Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento da ADO 26, presente às 1h11min do vídeo disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=>>.

<sup>445</sup> Art. 103, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil 1988.

<sup>446</sup> Art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99.

<sup>447</sup> Página 6 do voto do Ministro Celso de Melo na ADO 26.

<sup>448</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, 1988.

<sup>449</sup> Voto do Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento da ADO 26, presente às 1h05min do vídeo disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=>>.

que esses direitos fundamentais sejam protegidos. Como pontua Barroso, a característica típica dos direitos fundamentais é ser independente do alcance da vontade das maiorias, da força da democracia representativa. Assim, diante dos limites da democracia representativa, o STF assume a posição de legislador.

Os ministros defendem que não se trata de inovação normativa porque não se cria uma nova conduta, mas apenas se estendem os limites da discriminação racial aos casos LGBTQ+. Além do exposto, a previsão punitivista encontraria respaldo na Constituição, que indica em seu art. 5º, inciso XLI, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Embora a Constituição não expresse qual a natureza da punição, que pode ser cível, administrativa ou penal, a interpretação constitucional realizada pelos ministros Barroso, Fachin, Moraes e Celso de Melo indica que a punição deverá ter natureza penal pela relevância dos bens vida, integridade física e psicológica dos sujeitos. Repete-se o argumento da sistemática violação desses bens jurídicos, e acrescenta-se o argumento de que a Constituição não hierarquiza discriminações e sofrimentos. Assim, a punição penal de outras formas de discriminação, como o racismo, geraria uma inaceitável hierarquia<sup>450</sup>. Além de todo o exposto, Barroso indica que a importância e a relevância dos bens faz mais do que necessária uma punição de maior eficácia e força<sup>451</sup>, expandindo o direito penal. Novamente a eficácia do sistema jurídico e do controle que exerce sobre a comunidade, e não só sobre o Estado, é a palavra de ordem. Os dois casos analisados possuem uma semelhança, qual seja, a expansão do poder do Estado sobre a liberdade dos indivíduos, a redução ou a relativização de garantias básicas através de atos interpretativos que suspendem o Estado de Direito para que a norma seja criada nesse vácuo. A interpretação se equipara à lei, o fato se equipara a norma e a fronteira entre lei e interpretação constitucional que, como diria Barroso, normalmente é clara, fica menos nítida<sup>452</sup> e é eclipsada pelo estado de exceção permanente. Obviamente, não entendemos que a homofobia deva permanecer impune e que seja algo menos grave que o racismo ou o machismo. Apenas fazemos notar que qualificar tal ato como crime mediante a vontade soberana de onze ministros equivale a abrir a possibilidade de, no futuro, se realizarem as mais terríveis barbáries pela via soberano-judicial. O que importa aqui não é o *variável* tema – que eventualmente pode ter sentido libertário ou progressista (assim como

---

<sup>450</sup> Voto do Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento da ADO 26, presente às 1h05min do vídeo disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=>>.

<sup>451</sup> Voto do Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento da ADO 26, presente às 1h40min do vídeo disponível em: [<https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=>](https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=>).

<sup>452</sup> Voto do Ministro Luis Roberto Barroso no julgamento da ADO 26, presente às 53min do vídeo disponível em: [<https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=>](https://www.youtube.com/watch?v=zZBpYwxcmcE&feature=>).

pode não ter) –, mas a *permanente* forma excepcional com que ele se reveste no cenário judicial.

É possível afirmar, até pelo contexto, que as palavras de Barroso se aproximam de forma involuntária daquelas proferidas por Giorgio Agamben, que decreta que o estado de exceção é uma zona de indeterminação entre norma e fato. A interpretação e a produção normativa que o STF, e todas as instâncias judiciárias, realiza, atribuindo força de ~~lei~~ às suas decisões, só pode ocorrer diante dessa ausência de nitidez, dessa zona de indeterminação, na qual os atos do judiciário, independentemente da forma ou da ausência de qualquer legitimidade democrática ou procedimental, assumem a força de ~~lei~~. O judiciário age à margem da legalidade e da Constituição, enquanto ocupa o centro vazio dessas experiências. Esse *locus* contraditório é condição fundamental para o exercício de poder nos Estados de Direito; só nesse espaço exceptivo e anômico é possível suspender e criar direito, excluir e incluir a norma em cada ato. O judiciário se põe como fora-da-lei, haja vista não reconhecer os limites legais e constitucionais para sua atuação. Esses limites são constantemente suspensos, “afastados” pelos sopesamentos que aprofundam o ódio à democracia já característico do Estado Jurisdicional que opera a exceção interpretativa soberana.

## CONCLUSÃO

A conclusão de uma dissertação parece tornar o termo “conclusão” um pouco vazio, ou ao menos mudar radicalmente o seu sentido. Não é possível, de fato, concluir um trabalho que se fundamenta na construção de críticas à longa tradição liberal, como este espera ter realizado de forma direta. O objetivo é expor as contradições e contribuir para que as dúvidas quanto às sacras estruturas fundamentais e emancipatórias do Estado de Direito, *liberdade*, *poder judiciário* e *democracia* sejam bem fundamentadas e construídas. É criticar o incrível e tentar mostrar que essas estruturas operam como deveriam operar, que ao aumentar a distância entre população e poder, ou, ao ampliar privilégios econômicos e submeter pessoas desprivilegiadas às vontades de pessoas privilegiadas, ou ainda ao arbítrio do poder político, elas não se desviam do esperado; realizam o destino que lhes foi traçado. O trabalho objetiva expor o absurdo que é apostar no Estado de Direito para superar essas estruturas.

Eu poderia apontar, então, que este trabalho conclui que a tradicional impressão reformista, ou liberal, de que o Estado de Direito tem pequenos desvios mas que ajustando-o é possível superá-los não tem qualquer sustentação; que a origem e o conteúdo do núcleo do Estado de Direito, os direitos fundamentais e a democracia, operam como ferramentas de criação e manutenção de privilégios porque assim foram cunhadas e pensadas. Mas tal perspectiva é muito mais ampla e se conecta com várias outras. É necessário um trabalho muito mais amplo, que não se atenha somente ao liberalismo político e a uma perspectiva político-jurídica, mas exponha as dinâmicas econômicas e sociológicas que envolvem o projeto liberal de sociedade.

Os autores nos quais me baseio para construir a presente crítica, Giorgio Agamben, Andityas Matos, Antonio Negri e Michael Hardt, bem como os marxistas Domenico Losurdo e Ellen Wood, partem de perspectivas filosóficas distintas mas, como demonstrado, reconciliam-se na postura negativa que assumem perante o liberalismo e a divisão que este fomenta entre os que mandam e os que obedecem. O projeto de pesquisa pretendia expor em que medida os grandes trunfos do Estado de Direito, *liberdade*, *democracia representativa* e *direitos fundamentais* não foram suficientes para emancipar os sujeitos e tentar entender o que desviou o projeto radical de liberdade e democracia que os modernos e os liberais almejavam. Mas encontrei dados que demonstram que essas ideias são fundadas em um projeto de fomento aos privilégios e ampliação da distância entre os sujeitos e o exercício do poder político.



A pesquisa realizada no primeiro capítulo partiu, então, de um ponto de vista que enxergava o liberalismo político, e a liberdade cunhada por ele, como um sincero projeto de emancipação e liberdade, mas que em decorrência de desvios autoritários produziu um Estado de Direito no qual a liberdade se traduz em privilégios e não em direitos. Os textos de Losurdo, Marx, Negri e Hardt são diretos ao demonstrar que a liberdade enquanto direito nunca foi um projeto do liberalismo, mas uma ideia combatida por ele e que estava presente, por exemplo, no radicalismo francês e no abolicionismo haitiano.

A liberdade é reduzida aos termos contratuais das relações de troca, principalmente da troca entre produtor e expropriador. Além disso, desenvolvi naquele capítulo, com base em Domenico Losurdo, uma contraposição histórica entre a liberdade liberal e a escravidão e outras formas de exploração com elevada restrição de liberdade. O uso de autores tradicionais e fundadores da liberdade liberal demonstram que seu limite é diretamente ligado a classe e raça, que a liberdade é um fundamento para a propriedade, segundo o qual os sujeitos são livres para dela usufruir livremente, ainda que isso signifique a opressão e submissão da grande maioria despossuída, aqueles que têm apenas o próprio trabalho e nada mais.

O Estado de Direito é descrito como uma forma de organização social e política que possui como fundamento básico um otimismo normativo e um pessimismo potestativo. Fundamento compartilhado pelo liberalismo, tanto em sua face econômica quanto política, que em nome de um direito à liberdade cria restrições ao poder político, afastando de sua esfera as condições e relações econômicas criadas e estabelecidas pelos membros da comunidade. O Estado de Direito desloca para o campo privado essas relações, afastando qualquer possibilidade de interferência por parte da comunidade, enquanto sujeito político, sobre essas relações. Assim, cabe aos indivíduos, isoladamente, determinar suas relações econômicas e sociais – o que significa uma liberdade para que o poder econômico os explore e os submeta, desde que esteja presente a autonomia da vontade desses sujeitos.

O Estado atuaria como mero *vigia noturno*, minimizando sua ação às áreas de segurança, tanto do território quanto da propriedade dos indivíduos, e à garantia de cumprimento dos contratos. Ele opera como um mero garantidor das relações privadas e, portanto, das diferenças e hierarquias que ela gera. A liberdade é a possibilidade de livre-exploração do sujeito desprivilegiado, aquele que não possui propriedade, pelo sujeito economicamente privilegiado. A formação do Estado é justificada pela qualificação da liberdade, que em um hipotético estado de natureza se assemelha ao caos; é uma liberdade em indeterminação. A liberdade do Estado é aquela que limita a liberdade geral dos sujeitos mas garante uma liberdade social qualificada, sob cuja lógica a liberdade-propriedade é

socialmente protegida por uma autoridade. No Estado de Direito liberal essa autoridade é, ao menos retoricamente, a lei, representada pela Constituição e pelas normas e valores que a fundamentam, centralmente a liberdade-propriedade, sendo necessário submeter todas as instâncias e agentes do poder às normas e limites constitucionais.

O liberalismo somente reconhece a liberdade de uma sociedade quando nenhum poder é considerado absoluto, quer dizer, nenhum exceto os direitos que garantam uma proteção significativa à liberdade-propriedade. O poder deve ultrapassar um elevado conjunto de restrições legítimas, sustentadas por normas largamente aceitas, para invadir a liberdade-propriedade. Esse aceite amplo pela sociedade é o que diferencia a liberdade da escravidão; é a capacidade de poder definir as condições das relações que pratica, de determinar as leis que governam.

A escravidão aparece como oposição total à liberdade, mas ainda assim é o centro das relações produtivas dos EUA e de outros países liberais que são abastecidos com produtos e matérias-primas advindas de suas colônias, como ocorre na Inglaterra e na França. Tentei explicitar que a liberdade conviveu com a escravidão ao longo na época de ouro do liberalismo, existindo para autores liberais uma proporção direta entre a valorização daquela e a presença desta. A liberdade do liberalismo não pode ser caracterizada como uma garantia a todos os cidadãos, mas a uma parcela exclusiva deles.

A abordagem da formação do Estado de Direito e do conteúdo que o preenche, principalmente a liberdade-propriedade, núcleo valorativo do liberalismo, conduziu-me a essa percepção. Ao percorrer o caminho da formação desse valor, ficou evidente que não se trata de um direito, mas de um privilégio usufruído pelas elites econômicas e, em diversos casos, raciais do mundo liberal. O caráter de privilégio da liberdade se faz presente em duas dimensões: a primeira, como uma garantia exclusiva dessas classes, não estendida à maioria desprivilegiada ou às propriedades que não possuam o caráter excludente próprio da propriedade privada, como ocorreu com as propriedades comunais inglesas; a segunda, enquanto a capacidade de livre uso da propriedade, ainda que isso resulte na limitação da liberdade e na exploração dos indivíduos desprivilegiados em razão das relações privadas e das condições econômicas.

A garantia da liberdade-propriedade se divide em duas partes. É possível a divisão entre sua expressão negativa, usufruída enquanto uma garantia de que sua propriedade e campo de ação não serão restringidos pelo Estado, e a positiva, consubstanciada na capacidade de autodeterminação dos indivíduos. Apesar da divisão, elas se complementam, na medida em que a garantia de não intervenção do Estado resulta na liberdade de usar a

propriedade como forma de determinar suas relações sociais com os outros membros da comunidade. A tradição política indica, inclusive, que os sujeitos proprietários são aqueles com capacidade de realizar ações políticas. A propriedade é uma característica determinante para que os sujeitos tenham acesso às modificações e determinações do futuro da comunidade. A propriedade era determinante tanto para a manifestação política, definindo as ações do Estado através do conjunto normativo, quanto para a coerção econômica, decretando as regras dos contratos de aprendizado, servidão e trabalho assalariado, ou seja, as cláusulas da exploração dos indivíduos. O fim do voto censitário extingue a limitação formal que impedia a multidão despossuída de participar das decisões políticas, mas como consequência amplia a despolitização da propriedade e das relações econômicas. Reforça a já presente tendência de limitar as regras e parâmetros dessas relações à autonomia da vontade dos sujeitos que as compõem, como se não houvesse um interesse comunitário nos limites da propriedade e no seu uso social.

No contexto do Estado de Direito, a liberdade positiva pode ser traduzida na autonomia dos sujeitos, principalmente através da participação política, mas não limitada a ela. Uma expressão direta dela é a possibilidade de as pessoas se manifestarem na formação das leis que as governam, nos projetos políticos que determinam as relações e o destino da sociedade. Liberdade passa a significar a obediência a uma lei que prescrevemos a nós mesmos. A luta pela liberdade positiva no âmbito político passa a ser uma disputa pelo conceito histórico de democracia e sua realização. No entanto, o conceito somente foi absorvido pelo Estado de Direito com sua modulação representativa. Assim, como na liberdade negativa, desde o início o conceito foi cunhado para fomentar o que hoje é entendido como desvio. No primeiro caso, as opressões econômicas e, no segundo, a distância entre sujeitos e exercício do poder. A representatividade é pensada enquanto ferramenta capaz de garantir a manutenção da propriedade da minoria e, portanto, dos privilégios que dela decorrem.

A representatividade é a transferência do poder dos sujeitos, da autonomia, da capacidade de se “autonormatizar”, para um outro, geralmente selecionado dentre um grupo restrito de pessoas da elite. O sistema democrático presente no Estado de Direito liberal é esse oxímoro, que transforma participação política em omissão, presença em ausência. As opiniões e expressões políticas dos indivíduos são amplamente substituídas pelo interesse do povo, esse sujeito político uno, que anula todas as diferenças através da coerção e da força, e sua expressão totalizante de vontade. É a ficção do consenso político que a comunidade possui. O liberalismo vê a representação como a única possibilidade de realizar as expressões de

vontade da multidão, mas ao modulá-la transforma-a em povo, que não tem mais vontades mas um único “interesse público”, indicado e interpretado pela elite política, coincidentemente formada pela elite econômica.

Um tema que abordei de forma bem rápida, devido à objetividade da dissertação, é a produção de consenso e de voto. A opinião pública é produzida através de inúmeras ferramentas que supostamente visam a avaliá-la. A lógica da produção de necessidades, própria do mercado a partir século XX, é transferida para o mundo eleitoral. As discussões políticas não são pautadas em ideias ou projetos políticos que expressem desejos dos membros sociais, mas em peças publicitárias que produzem demanda nos eleitores e apresentam os candidatos como produtos únicos para atender tais demandas. A liberdade de expressão e de mídia, essencial no sistema liberal para combater e controlar esse fenômeno, tem suas bases modificadas, e não é mais medida pelo número de opiniões que podem ser lidas e às quais as pessoas são expostas; passa a ser mensurada pela liberdade de investir e capitalizar sobre o mercado midiático.

A representação é reconhecida como forma efetiva de distanciar a multidão das decisões e neutralizar o poder das pessoas através da simulação de participação abreviada na eleição, momento cíclico de transferência de poder da população aos governantes, de cisão entre os que obedecem e aqueles que decidem, ordenam. Todo poder emana do povo e dele é expropriado. A democracia representativa se confirma enquanto sucesso liberal e as pressões sociais pela inserção cada vez mais ampla de grupos de pessoas é atendida. Se no século XIX apenas o homem branco e proprietário poderia votar, até o fim do século XX a mulher negra despossuída também poderia.

No entanto, essa inclusão se revela como uma síntese disjuntiva: inclui para poder excluir. Se a eleição e a democracia representativa se traduzem em um sistema de transferência de poder político dos sujeitos para seus representantes, ele é a justificação da ausência dos sujeitos da comunidade no poder. Representar é evocar uma presença ausente, é tentar tornar presente aquilo que possui uma ausência insuperável e que só pode se apresentar através da mediação. O movimento que reduz os sujeitos reais, a multidão an-árquica, em povo, unidade ordenada, é repetido através da representatividade, que transforma a multiplicidade política na unidade do representante. É claro que não se quer dizer que a inclusão da mulher, do negro e da negra, dos ameríndios etc. são perdas políticas; muito pelo contrário, a possibilidade de expressão política é o reconhecimento dessas pessoas enquanto membros sociais e isso é inegavelmente um ganho. É necessário pontuar, no entanto, que esse ganho não é o indicado pela linda narrativa de progresso, inclusão e realização democrática.

Essas pessoas não passaram a ser protagonistas do próprio destino, nem a ter autonomia e liberdade positiva substancial – elas passaram a ter o igual direito de serem usurpadas do poder político que possuem. A ampliação da categoria *cidadão* é acompanhada por seu enfraquecimento, não apenas no sentido matemático, segundo uma lógica de que quanto maior o número de eleitores menos vale o voto, mas no sentido de alcance do poder político sobre as relações econômicas. A democracia representativa só é implementada mediante essas salvaguardas, diante da presença dos obstáculos normativos, das garantias constitucionais, de proteção à liberdade-propriedade.

A *demokratia*, sem a modulação da representatividade, é a possibilidade de a multidão se determinar com normas produzidas por ela e não por uma entidade externa e hierarquicamente superior. É a possibilidade de o sujeito *demos* se colocar de modo efetivo no campo político, que inclui aquelas pessoas que necessitam do produto do próprio trabalho para subsistir, atuar coletivamente para realizar coisas boas no reino público. Essa democracia é, desde o início, vista como o fim da civilidade liberal e de qualquer liberdade, por colocar em risco a liberdade-propriedade, transformando privilégio em direito. O resultado temido e visto, pelos liberais, como imediato em uma *demokratia*, é a politização da propriedade. Encaram-na como uma forma de poder e de coação, capaz de submetê-la aos desejos da maioria oprimida, reduzindo a produtividade da economia movida pela opressão social. O aparato estatal seria, assim, usado para interferir na propriedade privada e reduzir suas determinações sociais ou extinguir seu caráter privado.

A representatividade transforma a democracia em mero processo de consentimento e abstenção da multidão, obtido pelo respeito às regras de votação e pelo monopólio da maioria, fazendo com que ela acredite que apenas pode realizar algo através dos representantes que nomeia. Assim, as mudanças realizadas através do sistema político são dificultadas, ou impossibilitadas, pelo alargamento do espaço entre poder político e multidão. Outra face do liberalismo, que parte de uma leitura liberal das críticas radicais, entende que é possível reformar o sistema de dentro para fora, que o voto e a ocupação dos espaços políticos pelos desprivilegiados é capaz de mudar as relações econômicas e políticas, explorando essas fissuras. É nesse momento que o primeiro capítulo deve ser retomado: o caráter normativo e hierárquico da sociedade liberal protege as relações econômicas em nome da liberdade-propriedade, em nome da segurança e estabilidade normativa da Constituição, que sempre tem um guardião para protegê-la das violações.

No entanto, para efetivar a proteção nessas situações de ataque à ordem normativa, aos direitos fundamentais do Estado de Direito, o guardião, seja ele o poder executivo, o

legislativo ou o judiciário, necessita de um poder decisório que seja capaz de suprimir a própria ordem constitucional. O soberano decide quando é necessário que a ordem seja suspensa, quando os ataques aos direitos fundamentais ou aos princípios constitucionais autorizam tais medidas. Assim, a forma Estado de Direito, através de seus conteúdos, indica ainda mais uma barreira de autopreservação, não se importando com a suspensão parcial ou total das normas constitucionais total que a definem. Essa suspensão é chamada de estado de exceção.

Através de uma definição do estado de exceção e da demonstração de que hoje a governamentalidade se dá, em grande medida, através do poder judiciário, indiquei que este tem sido instrumentalizado como o soberano. Evitei ao máximo identificar o soberano somente com o poder judiciário, ou apenas com um dos poderes, por entender que ele assume no estado de exceção contemporâneo uma dinamicidade, tendo como característica identificadora antes a sua finalidade e conteúdo do que a forma de poder pela qual se expressa. O soberano é aquele que, diante de ameaças ao projeto liberal de Estado, decide sobre a exceção, decretando-a e legiferando no vácuo normativo que emerge da suspensão da lei.

O caráter permanente da exceção, tanto no sentido ontológico quanto cronológico, torna a presença do soberano e a suspensão normativa uma necessidade constante dos governos, que na contemporaneidade tomam o estado de exceção como paradigma. Nesse contexto, o poder judiciário se coloca como uma via efetiva do soberano, realizando cada vez mais a decisão sobre a exceção. Esse papel se dá a partir do maior protagonismo que esse poder passa a ter durante o século XX, da sua natureza supostamente neutra, do seu caráter técnico e da distância que ele possui em relação às manifestações democráticas. O judiciário, através da tradição constitucionalista, retomada recentemente pelas cortes ao redor do globo com o nome de neoconstitucionalismo, possui como missão institucional manter os valores e princípios previstos constitucionalmente, ainda que isso importe na anulação de leis e atos dos outros poderes. Ele é, na dinâmica liberal do Estado de Direito, o poder que consegue de forma mais natural exercer as operações próprias do estado de exceção, sem que necessite intervir ou requisitar a autorização de outra instância.

O trabalho partiu de um incômodo com a tradição interpretativista que permeia e domina a prática jurídica atualmente. As pesquisas prévias levaram em consideração os textos de autores como Andityas Matos e García Amado, nos quais a discricionariedade própria dessa tradição se apresentava como um arbítrio potestativo. Autores como Alexy e Dworkin geravam um maior incômodo diante do uso prático do primeiro e acadêmico do segundo.

Ambos partem de conceitos de justiça que se comunicam com a moralidade ou a correção, e se assemelham na centralidade que dão aos julgadores. Através desse incômodo iniciei o presente trabalho, tentando explorar uma relação entre esse decisionismo, marcado pela interpretação jurídica, e o conceito de estado de exceção. A pesquisa me levou para caminhos que revelaram raízes muito mais profundas, expostas nos primeiros capítulos, indicando que a função do judiciário é como último guardião institucional do projeto liberal. Nesse sentido, *último* não assume apenas um sentido sequencial, mas também de força: o guardião decisivo e definitivo, que opera com a exceção.

O uso das decisões do Supremo Tribunal Federal não tem a finalidade de comprovar uma sistematicidade descrita ao longo do terceiro capítulo, mas de evidenciar a sua existência, enquanto se demonstra como a exceção opera através dos tribunais. A recorrência da prática não é tão relevante quanto a sua centralidade, que foi o que busquei denunciar. A escolha das decisões teve como fundamento a atualidade e uma suposta contraposição ideológica. O *Habeas Corpus* 126.292 foi bem recebido pelos setores conservadores da comunidade, haja vista a cultura punitivista própria destes, e extremamente criticado pelos setores progressistas diante da redução das garantias dos sujeitos perante o Estado. A ADO 26, por outro lado, é bem recebida pelos setores progressistas, por estender a proteção penal sobre a liberdade de autodeterminação quanto ao gênero e sexualidade, e mal recebida pelo setor conservador, que entende que a criminalização pode representar um ataque à liberdade religiosa e aos valores tradicionais. Os progressistas e os conservadores aplaudem a ampliação do poder punitivista e violento do Estado, desde que a atuação se justifique perante seus valores e princípios; aliás, é isso que guia as decisões dos juízes: o atendimento aos valores pessoais, conectados a fatores raciais, sexuais, de gênero e classe.

A exceção funciona como uma ferramenta de manutenção do Estado de Direito e dos direitos a ele fundamentais, isto é, a liberdade e a propriedade liberais, garantindo os interesses de uma classe privilegiada que tem nas trocas e na exploração do indivíduo o exercício da sua força. A exceção atua como a radicalização da violência própria do Estado e da exequibilidade de suas decisões, tendo na teoria interpretativista, com as regras da ponderação ou proporcionalidade, mais uma das variadas ferramentas de ocultamento dessa violência.

Se em um primeiro momento o deslocamento das relações sociais e econômicas é realizado através do direito à liberdade negativa, em que o poder político é limitado por uma série de obstáculos normativos a interferir e regulamentar as relações de troca, e como a propriedade privada é usada para coagir os despossuídos, as relações de opressão e

exploração, em um segundo momento, são reafirmadas pela democracia representativa. Esta consegue criar barreiras praticamente intransponíveis entre a multidão e o exercício do poder político que, já limitado pelo conjunto normativo constitucional, guiado pela liberdade-propriedade, é concentrado nas mãos da minoria privilegiada através da simulação de presença das maiorias desprivilegiadas. A cidadania é exercida por todos, mas é enfraquecida em seu significado e tem sua expressão política reduzida à transferência do poder e da autonomia dos sujeitos. Esse conjunto se põe como limite constante, reduzindo as possibilidades de modificação do sistema pelas vias institucionais; mas se ainda assim o projeto liberal for posto em risco, a força da Constituição se faz valer através de seu decisivo guardião: o poder judiciário. Este, através de atos interpretativistas e das ferramentas de controle do risco democrático, suspende as normas ou retira delas a força de lei, afastando possíveis vitórias legislativas dos setores populares mas com a manutenção de sua forma de lei. As decisões controlam qualquer vitória democrática, não pela imposição legislativa ou pela declaração de uma nova era constitucional, mas pela mera desativação dessas conquistas. É uma máquina de constante autorreprodução e preservação, que através da inclusão promove a exclusão, através da democracia reafirma a autocracia e através da liberdade assegura a livre coerção da grande maioria dos sujeitos.

Diante dessa forma “laocoontica”, a pergunta que se levanta é: qual a possibilidade de emancipação? Quer dizer, diante desses mecanismos, há qualquer possibilidade? Para autores como Giorgio Agamben não há muito o que fazer; é impossível escapar da máquina, sendo a melhor alternativa a sua destituição. Torná-la inoperante e entender que qualquer operabilidade posterior necessita de uma violência instituinte e uma mantenedora. Mas talvez as palavras de Andityas Matos sejam mais alentadoras. O autor propõe uma possibilidade de desinstituição, uma forma de poder e de norma que não esteja preocupada com sua manutenção, mas com a realização democrática dos sujeitos da comunidade. Um poder que institui e desinstitui suas normas constantemente, sem o apreço pela segurança jurídica e pelas relações econômicas. Ele está ciente do risco que isso representa, mas insiste que é necessário fazer uma aposta, uma que não seja no sistema que literalmente destrói o mundo enquanto se autorreproduz e se sustenta. A aposta do autor é, na minha opinião, na potencialidade do ser humano e de uma comunidade sem hierarquias, sem uma força externa que imponha a norma, uma sociedade contra o Estado e a favor de vivências sociais horizontais. Mas isso já seria o objeto de outros textos e outras práticas.



## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *A comunidade que vem*. Lisboa: Editorial Presença, 1993.
- AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção e genealogia do poder. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 108. p. 21-39, jan.-jun. 2014.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2ed. São Paulo: Boitempo, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*. Belo Horizonte, UFMG, 2010.
- ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- ALEXY, Robert. Constitutional Rights and Proportionality. *Revus Online*, n. 22, 2014.
- ALEXY, Robert. Discourse Theory And Human Rights. *Legal Journal Law Of Ukraine*, n. 4, p. 83-104, 2013.
- ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica.” *Doxa: Cuadernos Filosofía del Derecho*, n. 5, p. 139-151, 1988.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2014.
- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.
- AMADO, Juan Antonio García. Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas. Trad. Andityas Soares de Moura Costa Matos e Brener Fidélis Seixas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 104, 2012. Disponível em:

<<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/152>> Acesso em: 20 fev. 2018.

AMADO, Juan Antonio García. *Sobre ponderaciones*. Debatindo com Manuel Atienza. Sucre: Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca, 2014.

ARENDT, Hannah. *On Revolution*. Londres: Penguin, 1990.

ATIENZA, Manuel. *A vueltas con la ponderación*, 2014. Disponível em: <<https://edwinfigueroag.wordpress.com/2014/09/24/a-vueltas-con-la-ponderacion-manuel-atienza-rodriguez-pdf/>>. Acesso em: 1 mai. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)thesis*, v. 5, n. 1, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. *Página pessoal do autor*. 10 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/02/Conferencia-homenagem-Alexy2.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, 2005.

BENJAMIN, Walter. *Origem do drama barroco alemão*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

BENJAMIN, Walter. Crítica da Violência: Crítica do Poder. In: BENJAMIN, Walter. *Documentos de cultura, documentos de barbárie: escritos escolhidos*. Seleção e apresentação Willi Bolle. Trad. Celeste H. M. Ribeiro de Souza et all. São Paulo: Cultrix, 1986, p. 160-175.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de História. In: BENJAMIN, Walter. *Magia e técnica, arte e política: ensaio sobre literatura e história da cultura*. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. 7.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 222-232.

BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham, Chrestomathia, Essays on Logic and Grammar, Tracts on Poor Laws, Tracts on Spanish Affairs*. Org. John Bowring. Indianapolis: Liberty Fund, Epub, 2010.

BENTHAM, Jeremy. *The Works of Jeremy Bentham, Scotch Reform, Real Property, Codification Petitions*. Org. John Bowring. Indianapolis: Liberty Fund, Epub, 2010.

BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: BERLIN, Isaiah. *Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

BERNSTEIN, Edward. *Ferdinand Lassalle as a social reformer*. Trad. Eleanor Marx Aveling. Nova York: Charles Scribner's Sons, 1893.

BLACK, John; HASHIMZADE, Nigar; MYLES, Gareth. *A dictionary of economics*. 3. ed. Oxford; Nova York: Oxford University Press, 2009.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book I: of the Rights of Persons. The oxford edition of Blackstone. Org. David Lemmings. Nova York: Oxford University Press, 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Norberto.; MATTEUCI, Nicola.; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, v. 1. Trad. Carmen C. Varriale, et. al. 11. Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BODIN, Jean. *Six Books of The Commonwealth*. Trad. Richard Knolles. Londres: University of London, 1903.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Senado Federal, 1969.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Censo do Poder Judiciário*. Brasília, 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 out. 1941.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 abril 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12 abril 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 6 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 12 abril 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26. Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional; Presidente Do Senado Federal. Brasília, DF, 20 de fevereiro de 2019. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>. Acesso em: 21 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: 126292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Autoridade Coatora: Relator do HC Nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 16 de maio de 2016. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 21 de abril de 2019.

BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. Org. Frank M. Turner. New Haven: Yale University Press, 2003.

CALHOUN, John C. *Union and Liberty: the political philosophy of John C. Calhoun*. Indianapolis: Liberty Fund, 1992.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARY, M. et al. *The Oxford Classical Dictionary*. Oxford: Clarendon, 1953.

CHOMSKY, Noam. *O Lucro ou as Pessoas?* Nova York: Seven Stories Press, 1999.

CONSTANT, Benjamin. *Mélanges de littérature et de politique*, Paris: Pichon Editier, 1829. Texto disponível com tradução em: <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1113078/f4.item.r=opulent.texteImage>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

CONSTANT, Benjamin. *The Liberty of Ancients Compared with that of Moderns*. Indianapolis: Liberty Fund, Epub, 2011.

COSTA, Pietro. Os “senhores da lei”. Lei, interpretação e liberdade no iluminismo jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 69, 2016.

COSTA, Pietro. Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica, versão da conferência proferida no Seminário “Il lato oscuro dei diritti umani. Dimensioni della soggettività moderna nello spazio globale tra imposizioni e negazioni” realizado na Università degli Studi di Macerata (Itália) em 26 de maio de 2011. In: MECCARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo (orgs.). *Il lato oscuro dei diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*. Madri: Universidad Carlos II de Madrid, 2014. Trad. Ricardo Sontag.

COSTA, Pietro. Diritti. In: COSTA, Pietro. *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritti*. Editado por FIORAVANTI, Maurizio. Roma-Bari: Laterza, 2002. Trad. Ricardo Sontag.

COSTA, Pietro. I diritti sociali: un diagramma del loro sviluppo. In: SANTALUCIA, Bernardo (sel. e org.). *Iuris quidditas*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2010. Tradução de Ricardo Sontag.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Pietro. Os direitos para além do Estado. A Declaração de 1948 e a sua retórica “universalista”. Trad. Ricardo Sontag In: COSTA, Pietro. *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo 10 dicembre 1948. Nascita, declino e nuovi sviluppi*. Roma: Ediesse, 2006.

COSTA, Pietro. *Diritti fondamentali (storia)*. In: *Enciclopedia del Diritto. Annali II, t. 2 (abusi di mercato – tutela dell’ambiente)*. Milano: Giuffrè, 2008.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação e democracia: ensaios de história do Pensamento Jurídico*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca, et al. Curitiba: Juruá, 2010.

COVER, Robert M. *Violence and the word*. New Haven: Yale, 1986.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2017.

DEENER, David. Judicial Review in Modern Constitutional Systems. *The American Political Science Review*, v. 46, n. 4, p. 1079-1099, 1952.

DIMOULIS, Dimitri. A introdução do controle de constitucionalidade difuso na Grécia: um caso de “ativismo judicial” na Europa do século XIX. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, jan.-jun. 2003.

DIMOULIS, Dimitri. Anotações sobre o “neoconstitucionalismo” (e sua crítica). *Faculdade de Direito GV*, São Paulo, n. 17, mar. 2008.

DRESCHER, Seymour. *From Slavery to Freedom Comparative Studies in the Rise and Fall of Atlantic Slavery*. Londres: Macmillan, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Political Judges and the Rule of Law, in A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy (org.). *Theories of Rights*. Oxford, 1984

ENGERMAN, Stanley L.; SOKOLOFF, Kenneth L. The evolution of suffrage institutions in the new world. *The Journal of Economic History of The Economic History Association*, Cambridge, v. 65, n. 4, 2005. Disponível em: <<http://economics.yale.edu/sites/default/files/files/Workshops-Seminars/Economic-History/sokoloff-050406.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2014.

FINLEY, Moses I. *Escravidão antiga e ideologia moderna*. Trad. Norberto Luiz Guarinello. Rio de Janeiro: Graal, 1991.

FINLEY, Moses I. *Democracy ancient and modern*. New Jersey: Rutgers, 2019.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1990.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*: curso dado no Collège de France (1977-1978). Ed. estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana. Trad. Eduardo Brandão. Rev. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FRANKLIN, Benjamin. *Writings*. Ed. J. A. Leo Lemay. Nova York: Library of America, 1987.

FRASER, Nancy. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.

FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRÉGROIRE, Henri. *De la noblesse de la peau: Ou Du préjugé des blancs contre la couleur des Africains et celle de leurs descendants noirs et sang-mêlé*. Grenoble: Jérôme Millon, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2004.

HAMILTON, Alexander. *Writings*. Ed. Joanne B. Freeman. Nova York: Library of America, 2001.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist*. Org. J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 2005.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. Commonwealth: an Exchange. *Artforum Magazine*, Nova York, p.48, 2009.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Labor of Dionysus: A Critique of the State-Form*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2003.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Commonwealth*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Commonwealth*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. Declaration. *Página dedicada aos autores*. Disponível em: <<https://antonionegriinenglish.files.wordpress.com/2012/05/93152857-hardt-negri-declaration-2012.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Empire*. First Harvard University Press, 2001.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Multitude: war and democracy in the age of empire*. New York: The Penguin Press, 2004.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Império*. Trad. Brílo Vargas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Multidão*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.



HARVEY, David. *The Limits to Capital*. Londres: Verso, 2006.

HAYEK, F. A. *Law, Legislation and Liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1998.

HAYEK, F. A. *New studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1990.

HAYEK, F. A. *The constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.

HOBBS, Thomas. *De cive: philosophical rudiments concerning government and society*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HUGHES, Robert. *The Fatal Shore*. Londres: Vintage, Epub, 2003.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JONES, A. H. M. *Athenian democracy*. Nova York: Praeger, 1953.

KALYVAS, Andreas. Democracia constituinte. Trad. Florência Mendes Ferreira da Costa. *Lua Nova*, São Paulo, n. 89, p. 37-84, 2013.

KANT Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KANT Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Editora 70, 2007.

KEYNES, John Maynard. *The collected writings of John Maynard Keynes volume VII: the general theory of employment, interest and money*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

LECKY, William. *Democracy and Liberty*, v. 2. Londres: Longmans, Green, and Co., 1889. Versão digital: Indianapolis: Liberty Classics.

LIPPMANN, Walter. *La cité libre*. Paris: Les Belles Lettres, 2011.

LOCKE, John. *Segundo Tratado do Governo Civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. Petrópolis: Vozes, 2011

LOSURDO, Domenico. *Contra-história do liberalismo*. Trad. 2006 Giovanni Semeraro. Aparecida: Ideias e Letras, 2006.

LOSURDO, Domenico. *Marx, a tradição liberal e a construção histórica do conceito universal de homem*. Rio de Janeiro/São Paulo: UFRJ/Unesp, 2004.

MARX, Karl. ENGELS, Friederich. *A sagrada família, ou, A crítica da crítica contra Bruno Bauer e consortes*. Trad. Marcelo Backes. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl. *Grundrisse: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política*. Trad. Nélio Schneider e Mário Duayer. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl. *Sobre a Questão Judaica*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2010b.

MARX, Karl. *O 18 do Brumário de Luís Bonaparte*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2017.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; RAMOS, Marcelo Maciel. Brazilian Legal Culture: From the Tradition of Exception to the Promise of Emancipation. *International Journal for the Semiotics of Law*, Dordrecht, n. 3, v. 28, p. 1-26, nov. 2015.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego Antonio Pierini. Decisionismo e hermenêutica negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. *Sequência*, Florianópolis, n. 67, p. 111-137, 2013.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SOUZA, Joyce Karine de Sá. Sobrevivências do nazifascismo na teoria jurídica contemporânea e seus reflexos na interpretação judicial brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Porto Alegre, p. 295-310, set.-dez. 2017.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Direito, política e símbolo: elementos para uma crítica do Direito Público Contemporâneo. *Crítica Jurídica*, Ciudad de México, n. 34, jul.-dez. 2012.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Direito. Hans Kelsen, estado de exceção e copa do mundo no Brasil. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 29, p. 1-23, jun. 2014.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Kelsen contra o estado. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (coords.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, p. 75-118, 2011.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. “ΝΟΜΟΣ ΠΑΝΤΟΚΡΑΤΩΡ? Apocalipse, exceção, violência. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 105. p. 277-342, jul.-dez. 2012.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A multidão contra o Estado: rumo a uma comunidade inapropriável. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 108. p. 145-183, jan.-jun. 2014.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia Radical e Utopia – Inapropriabilidade, An-arquia, A-nomia*. Rio de Janeiro: Via Verita, 2014.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Power, law and violence: critical essays on Hans Kelsen and Carl Schmitt*. Saarbrücken: Lambert, 2013.

MENDES, Gilmar. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributária, Constitucional, Administrativa*, v. 4, p. 23-44, 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf)>. Acesso em: 14 jan. 2019.

MOIN, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Massachusetts, and Londres: The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de. *The Spirit of the Laws*. Trad. Org. Anne M. Cohler Basia C. Miller Harold S. Stone. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

NEGRI, Antonio. Para uma definição ontológica da Multidão. *Lugar Comum*, Rio de Janeiro, n. 19-20, p.15-26, 2004.

NEGRI, Antonio. *Poder Constituinte: o conceito de uma crise*. Rio de Janeiro: DPeA Editora, 2003.

NINO, C. *Ética y derechos humanos: Un ensayo de fundamentación*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

OBER, Josiah. The original meaning of “democracy”: capacity to do things, not majority rule. *Constellations Journal*, v. 15 n. 1, Oxford: Blackwell Publishing, 2008.

PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Los Angeles: University of California Press, 1967.

POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon Press, 2001.

POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. t. 2. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretacion constitucional*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1998.

RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

RAZ, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Nova York: Oxford University Press, 1979.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. São Paulo: FGV, 2013.

ROSS, Carne. The kurd’s democratic experiment. *New York Times*, Nova York, opinion, 30 set. 2015. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2015/09/30/opinion/the-kurds-democratic-experiment.html>>. Acesso em: 6 abr. 2019.

ROSSITER, Clinton. *Constitutional dictatorship crisis government in the modern democracies*. Nova York: Routledge, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discourse on political economy and The social contract*. Trad. Christopher Betts. Nova York: Oxford University Press, 1999.

SANDEL, Michael J (ed.). *Liberalism and its critics*. Nova York: New York University Press, 1984.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia do Século XXI*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, p. 3-76, mai. 2003. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/rccs/1180>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

SCHMITT, Carl. *Legality and Legitimacy*. Trad. Jeffrey Seitzer. Londres: Duke University Press, 2004.

SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. *O nomos da terra no direito das gentes do jus publicum europaeum*. Trad. Alexandre Franco de Sá, Bernardo Ferreira, José Maria Arruda e Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

SCHMITT, Carl. *On the three types of juristic thought*. Trad. Joseph W. Bencisky. Londres: Praeger, 2004.

SCHMITT, Carl. *Political theology: four chapters on the concept of sovereignty*. Trad. George Schwab. Chicago: University of Chicago Press, 2005.

SEAGREAVE, S. Adam. How old are modern rights?: on the Lockean roots of Contemporary Human Rights discourse. *Journal of the History of Ideas*, v.72, n. 2, p. 305-327, 2011.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Political writings: including the debate between sieyès and tom paine in 1791*, Trad. Michael Sonenscher. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Exposição refletida dos direitos do homem e do cidadão*. Trad. Emerson Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

SMITH, Adam. *Lectures on jurisprudence*. New York: Evergreen Review, Epub, 2008.

SMITH, Adam. *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Chicago: University of Chicago Press, Epub, 1977.

SPENCER, Herbert. *The man versus the state, with six essays on government, society and freedom*. Indianapolis: Liberty Classics, 1981.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: livro I – leis e costumes*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: livro II - sentimentos e opiniões*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *American Institutions and Their Influence*, Trad. Project Gutenberg. Nova York: Project Gutenberg, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Tocqueville on America after 1840: Letters and Other Writings*. Org. Aurelian Craiutu. Trad. Jeremy Jennings. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Writings on empire and slavery*. Trad. Jennifer Pitts. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2001.

TUCKER, Josiah. *A series of answers to certain popular objections against separating from the rebellious colonies, and discarding them entirely: being the concluding tract of the Dean of Gloucester, on the subject of American affairs*. Londres: Raikes, 1776, Disponível em: <<https://archive.org/details/seriesofanswerst00tuckiala/page/n13>>. Acesso em: 28 fev. 2019

WALDROW, Jeremy. The Rule of Law as a Theater of Debate. In: DWORKIN, Ronald; BURLEY, Justine (eds.). *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Nova York: Blackwell, 2004.

WHITE, Lawrence H. Did Hayek and Robbins Deepen the Great Depression? *Journal of Money, Credit and Banking*, Ohio, v. 40, n. 4, 2008. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1538-4616.2008.00134.x>>. Acesso em: 4 abr. 2019.

WOOD, Ellen Meiksins. *Democracy against Capitalism: renewing historical materialism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

WOOD, Ellen Meiksins. *Peasant-citizen and slave: the foundations of Athenian democracy*. Londres: Verso, 2015.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ZUCKERMAN, Michael. *Almost Chosen People: oblique biographies in the american grain*. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1993