

# A INSUFICIÊNCIA DAS INSTITUIÇÕES E DA ATUAL CONCEPÇÃO DE ESTADO DE DIREITO PARA UMA ANÁLISE JURÍDICO-TRANSFORMADORA DA AMÉRICA LATINA

*Gladstone Leonel da Silva Júnior<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 O CONTEXTO INSTITUCIONAL E O DIREITO MODERNO: A CRÍTICA ONTOLÓGICA DESDE O OUTRO ; 2 A DINÂMICA DE DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DE DIREITO E A CRÍTICA À MANUTENÇÃO DO PARADIGMA POLÍTICO LIBERAL PARA A GARANTIA DE DIREITOS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

**Resumo:** O direito vigente foi articulado em um horizonte político liberal, onde suas instituições foram forjadas, ousando universalizar valores que sustentam este direito e suas instituições. Especialmente ao tratar da América Latina, as instituições foram constituídas em uma tentativa de adaptar a realidade às construções e concepções jurídicas Europeias e Estadunidenses. Uma análise ontológica do direito a partir dos povos latino-americanos, além de algumas experiências institucionais diferenciadas e construções de novas tópicas jurídicas nos fazem refletir sobre os rumos do Estado de Direito e da sua fundamentação liberal na América Latina. Algumas Constituições, como a Venezuelana e Boliviana questionam até certo ponto, as teorias clássicas eurocêntricas e os caminhos tortuosos que o direito percorre. Cabe avaliar as insuficiências das instituições desenvolvidas e da manutenção do Estado de Direito para inferir a atual dinâmica e possibilidades de desenvolver teorias próprias, garantidoras de direitos, e conformadas ao contexto jurídico e político latino-americano.

**Palavras-chave:** Estado de Direito, insuficiência institucional, paradigma político liberal, crítica ontológica, América Latina.

**Abstract:** The current law was articulated in a liberal political prospects, where its institutions were forged, daring universal values that support this law and its institutions. Especially when dealing of Latin American, the institutions were formed in an attempt to adapt to the reality constructions and legal concepts from Europe and the United States. An ontological analysis of the right from the Latin American peoples, and some different institutional experiences and constructions of new topical juridical make us reflect on the directions of the rule of law and the liberal reasons in Latin America. Some constitutions, such as Venezuela and Bolivia question to some extent,

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV); mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP/Franca; doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Eurocentric classical theories and tortuous paths that the right courses. It is responsible for evaluating the inadequacies of the institutions developed and maintaining the rule of law to infer the current dynamics and possibilities of developing their own theories, guarantor of rights, and conformed to the legal and political context of Latin America.

**Keywords:** Rule of law, institutional failure, liberal political paradigm, ontological critique, Latin America.

## **Introdução**

A concepção hegemônica do direito, na atualidade, é constituída a partir de um determinado Estado de Direito, amparado por teorias institucionais construídas ao longo da modernidade. O direito vigente foi articulado em um horizonte político liberal, onde suas instituições foram forjadas e desenvolvidas, ousando universalizar valores que sustentam este direito e suas instituições.

Assim, difundiram-se elementos e teorias que suportam estas concepções, como a tripartição de poderes propalada por Montesquieu (entre Executivo, Legislativo e Judiciário), o mecanismo de freios e contrapesos entre eles, o respeito à hierarquização normativa, a formalização dos direitos fundamentais, a representatividade democrática, o monismo estatal, etc. Talvez estes sejam as características mais contundentes de um Estado de Direito. Mesmo que modificado, devido aos percalços históricos, reconstruído sobre características de Estado Social, e, posteriormente, de Estado Democrático de Direito, a estrutura liberal permanece.

Independente da região específica, sobretudo ao tratar da América Latina, as instituições foram constituídas em uma tentativa de adaptar a realidade às construções e concepções jurídicas provenientes da Europa e dos Estados Unidos. O movimento inverso não ocorria, da reflexão jurídica a partir da realidade vivenciada, para a construção de um direito próprio e afim às características dos povos latino-americanos.

Atualmente, uma análise ontológica do direito a partir dos povos latino-americanos, além de algumas experiências institucionais diferenciadas e construções de novas tópicas jurídicas nos fazem refletir

sobre os rumos do Estado de Direito e da sua fundamentação liberal na América Latina.

Algumas Constituições, como a Venezuelana, Boliviana e Equatoriana, juntamente com o próprio *modus operandi* da política nesses países, questionam até certo ponto, as teorias clássicas eurocêntricas e os caminhos tortuosos que o direito percorre. Apesar de apresentarem um quadro constitucional e institucional, em parte, inovador, ainda caminham lentamente para uma construção de um novo paradigma político para o direito.

Cabe avaliar as insuficiências das instituições desenvolvidas e da manutenção do Estado de Direito para inferir a atual dinâmica e possibilidades de desenvolver teorias próprias, amplamente garantidoras de direitos, e conformadas ao contexto jurídico e político da América Latina.

## **1 O contexto institucional e o direito moderno: a crítica ontológica desde o Outro**

As instituições desenvolveram-se na modernidade com a clara lógica de garantir as independências individuais frente ao contexto social e político vivenciado. As ideias de respeito aos contratos, da manutenção do núcleo familiar e da propriedade, fortalecidas com a Revolução Francesa, compõem a tríade basilar do direito moderno. As liberdades civis são prevalentes nesse cenário frente a qualquer outra.

Benjamin Constant<sup>2</sup> sintetiza a diferenciação do que era entendido como liberdade na antiguidade do que vige na modernidade, ressaltando a importância, segundo ele, desta evolução histórica.

O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam

---

<sup>2</sup> Henri-Benjamin Constant de Rebeque, nasceu na Suíça, em 25 de outubro de 1767, viveu grande parte da vida em Paris, até 8 de dezembro de 1830, quando faleceu. Foi um pensador liberal, escritor e político, tendo como uma das suas principais obras “De la liberté des anciens comparée à celle des modernes” de 1819.

liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios<sup>3</sup>.

O pensador liberal escancara a função das instituições desde uma perspectiva hegemônica do Liberalismo nos países centrais. A característica ressaltada no indivíduo, não seria de sua perspectiva cooperadora, mas sua capacidade de influenciar. Diante destes elementos o direito recebe uma roupagem própria, justificando a criação do Estado de Direito. Este seria necessário para assegurar a liberdade política aos liberais, mesmo que esses se dediquem prioritariamente ao exercício de suas liberdades civis e interesses próprios.

A partir deste cenário, observa-se uma ontologia do direito difusora de teorias institucionais advindas com a modernidade. Assim, o direito moderno atua como mediador das relações sociais, dando um ar de normalidade ao sistema político vigente, o qual deverá remeter-se às normas nos momentos desta mediação.

Certamente, uma crítica ontológica do direito deve emergir para desmistificar esta construção social.

Aquilo que se apresenta cotidianamente não é ‘evidente’ por corresponder a alguma verdade objetiva, mas por adequar-se às formas de ser oriundas das relações sociais que mediam a formação de determinado tipo de sociabilidade.<sup>4</sup>

A forma jurídica, do mesmo jeito que a mercadoria no sistema capitalista, é passível de fetichização, prevê Pasukanis<sup>5</sup>. Como se sua inerência estivesse na rigidez normativa possibilitadora da

---

<sup>3</sup> CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: **Filosofia Política**. nº 2. Trad. Loura Silveira. Porto Alegre: L&PM, 1985, p. 15-16.

<sup>4</sup> SARTORI, Vitor B. **Lukács e a crítica ontológica ao Direito**. São Paulo: Cortez Editora, 2010, p. 14.

<sup>5</sup> Evgeni Bronislávovich Pasukanis viveu de 23 de fevereiro de 1891 até 1937. Foi um jurista soviético, membro do Partido Bolchevique, ainda hoje considerado um dos mais proeminentes teóricos marxistas no campo do direito, tendo como principal obra “*A teoria geral do direito e o marxismo*” de 1924.

calculabilidade e da segurança jurídica. Observa-se que a forma histórica do direito é materialmente determinada<sup>6</sup>.

Ademais, o direito moderno é concebido como algo já constituído, parte da totalidade do ser social e suas mediações coisificadas, aptas a reproduzirem o sistema. Negando assim, a exterioridade, o Outro, categoria aqui desenvolvida pelo pensador argentino radicado no México, Enrique Dussel.

O Outro, que não é diferente (como afirma a totalidade) mas distinto (sempre outro), que tem sua história, sua cultura, sua exterioridade, não foi respeitado; não se lhe permitiu ser outro. Foi incorporado ao estranho, à totalidade alheia.<sup>7</sup>

É uma necessidade de pensar o direito, de acordo com Dussel, que parte da exterioridade excluída da construção do direito moderno, dando lugar a uma novidade ôntica e jurídica. Um Outro, que configuraria o sujeito que está na periferia do sistema mundo, seguindo a visão dominante, e que deveria assumir o protagonismo de sua história, da construção de suas instituições e do seu direito.

O direito é só uma consequência do advento do que foi concebido como Modernidade, em que a Europa é elevada ao status de centro da história mundial. Hegel sustentava que “a história universal vai do leste para o oeste, pois a Europa é o fim da história universal (...)”,<sup>8</sup> de acordo com o pensador, como se a Europa moderna nada tivesse que assimilar das outras culturas, omitidas desta história mundial, a exemplo da

---

<sup>6</sup> Marx “(...) descobre, assim, o profundo vínculo interno existente entre a forma jurídica e a forma mercantil. Uma sociedade que é constrangida, pelo estado de suas forças produtivas, a manter uma relação de equivalência entre o dispêndio de trabalho e a remuneração, sob uma forma que lembra, mesmo de longe, a troca de valores-mercadorias, será constrangida igualmente a manter a forma jurídica. Somente partindo deste momento fundamental é que se pode compreender por que toda uma série de outras relações sociais reveste a forma jurídica”. PASUKANIS, E. B. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 28.

<sup>7</sup> DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação na América Latina**. Trad. Luiz João Gaio. São Paulo: Loyola, 1986, p. 58.

<sup>8</sup> HEGEL, G. W. F. **Filosofia da História**. Trad. Maria Rodrigues e Hans Harden. Brasília: UnB, 1999, p. 93.

América Latina. Sequer o “descobrimento” do continente é relevante para a constituição da modernidade.

Semanticamente a palavra “Modernidade” tem ambigüamente dois conteúdos: 1) Por seu conteúdo primário e positivo conceitual, a “modernidade” é emancipação racional. A emancipação como “saída” da imaturidade através de um esforço da razão como processo crítico, que abre a Humanidade a um novo desenvolvimento histórico do ser humano. 2) Mas, ao mesmo tempo, por seu conteúdo secundário e negativo mítico, a “modernidade” é justificação de uma práxis irracional de violência<sup>9</sup>.

Isto desemboca na geração um mito, segundo Dussel, em que esta sociedade moderna julga-se superior desde o loco onde está, ou seja, na Europa. Insiste-se em “vitimar o inocente (o Outro) declarando-o causa culpável de sua própria vitimação e atribuindo-se ao sujeito moderno plena inocência (...). O sofrimento do (...) (colonizado, subdesenvolvido) será o sacrifício ou o custo necessário da modernização<sup>10</sup>”.

Logo, este mito sacrificial de um racionalismo universalista deve ser superado, defendendo Dussel uma mundialidade transmoderna<sup>11</sup>. Necessário aproveitar o caráter emancipatório advindo com a racionalidade moderna e articulando-o à alteridade do Outro, latino-americano negado, em sua construção racional de instituições próprias.

Mesmo trazendo uma análise jurídica mais avançada, por meio dos pós-positivistas, como Ronald Dworkin, observa-se uma insuficiência no avanço de uma racionalidade jurídica desde o Outro. Em determinado momento ele apostará na racionalidade do sistema a partir do próprio juiz, do Judiciário ou outras premissas normativas e decisões judiciais. Mesmo a defesa constitucional que o pensador faz da “leitura moral”,

---

<sup>9</sup> DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: Conferências de Frankfurt. Trad. Jaime A. Classen. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993, p. 185.

<sup>10</sup> Ibid. p. 75-76.

<sup>11</sup> Contra o racionalismo universalista, não negaremos seu núcleo racional e sim seu momento irracional do mito sacrificial. Não negaremos então a razão, mas a irracionalidade da violência do mito moderno; não negamos a razão, mas a irracionalidade pós-moderna; afirmamos a “razão do Outro” rumo a uma mundialidade transmoderna. DUSSEL, 1993, op. cit., p. 24.

não representa toda a prática constitucional, nem supre as limitações apontadas<sup>12</sup>, além de não abandonar a perspectiva liberal.

O direito tão só como uma prática social interpretativa ainda é insuficiente para as respostas transformadoras almejadas. Dworkin chega a propor a analogia entre a dinâmica interpretativa e o que concebe como romance em cadeia<sup>13</sup>. Assim, ele analisa a prática jurídica como um dado e busca uma interpretação a partir disto. Contudo, o problema não é meramente interpretativo, mas ontológico.

Insiste-se em determinada ordem institucional, mantenedora de uma *potestas*<sup>14</sup> fetichizada, como “moldura comum de interpretação compartilhada entre pessoas de um mesmo contexto social”.<sup>15</sup> Uma interpretação eivada de valores e interesses individuais ou de grupos, como explicita Neil MacCormick em trechos de sua obra *Retórica e o Estado de Direito*<sup>16</sup>. Logo, ao tratar de uma sociedade, não é possível homogeneizar o contexto para aplicar o direito. Trata-se de sociedade heterogênea e dividida em classes, hegemônica por instituições concebidas sob a égide liberal. Logo, os *topoi* e os princípios aceitáveis também são geridos em cenários de prevalência de um projeto político

---

<sup>12</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. Introdução: a leitura moral e a premissa majoritária. In: **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo B. Cipola. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 1-59.

<sup>13</sup> “Um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante.” DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 276.

<sup>14</sup> “A necessária institucionalização do poder da comunidade, do povo (...)”. DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. Trad. Rodrigo Rodrigues. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007, p. 32.

<sup>15</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 8.

<sup>16</sup> “Tal interpretação envolve interesses e valores de grande importância para os indivíduos e grupos. Por isso, especialmente no contexto de um julgamento, ela é acompanhada por uma prática argumentativa, e por um processo de tomada de decisão entre argumentos rivais envolvendo questões de interpretação e de tomada prática de decisão. Ibid., loc. cit.

liberal no Estado de direito, inviabilizando a emersão do Outro, mantido na exterioridade do sistema econômico e jurídico.

As críticas contundentes ao direito e as suas instituições são feitas por teóricos brasileiros, desde a década de 50, podendo-se destacar o jurista Orlando Gomes<sup>17</sup>. Este condena as perspectivas pretensamente universais e insuficientes para a compreensão e funcionamento de uma sociedade complexa e diversa.

A monótona imagem de uma história universal em linha reta não satisfaz aos espíritos mais geométricos. Assim, para os que compreendem o processo histórico como o fluxo contínuo de fases sucessivas perfeitamente distintas e precisamente configuradas, tais desajustamentos entre as peças da máquina social só desapontam quando a folga é demasiado grande, tal como ocorre nestes dias tumultuosos. O Direito está tão envelhecido que parece exclusivamente feito de resíduos<sup>18</sup>.

Buscam-se contínuas saídas e inovações jurídicas, ainda sem a inclusão do Outro, e sem o questionamento da estruturação do que se entende por Estado de Direito. A crítica ontológica é necessária ao buscar a reformulação do que é entendido por direito e por seu paradigma vigente.

Herrera Flores propõe uma ontologia do direito com carga materialista forte, não se atendo aos valores em si para sua concepção, “(...) mas de acordo com modos de existência que tendam a criar e generalizar novos marcos de composição e interação “rizomáticos”<sup>19</sup>. Além disso, o fato de pensar novas instituições e um novo direito, requer aceitar a modernidade, não como modelo único eurocêntrico, mas “há muitas formações sociais que também situam em algum ponto de sua história um renascimento cultural que inaugura uma modernidade (...)”

---

<sup>17</sup> Orlando Gomes foi um dos mais consagrados juristas brasileiros, nascido em Salvador no ano de 1909. Atuou e elaborou suas obras nas áreas de direito civil, direito do trabalho e sociologia jurídica.

<sup>18</sup> GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 18.

<sup>19</sup> FLORES, Joaquin Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**. Os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 186.



sempre inaugurando algo novo.<sup>20</sup>” A ontologia do direito deverá partir deste Outro, da *hiperpotentia*<sup>21</sup> latino-americana situado na base da sociedade de classes, vitimado pela conformação liberal do Estado e do direito, e com isso forjada as instituições vindouras e até mesmo um novo paradigma.

## **2 A dinâmica de desenvolvimento do Estado de Direito e a crítica à manutenção do paradigma político liberal para a garantia de direitos**

O debate em torno do pluralismo jurídico é de suma importância na temática ora discutida, pois trata de desmistificar a propalada completude jurídica diante de situações que o sistema jurídico não consegue apresentar respostas adequadas, nem reconhecer grupos responsáveis por formulações jurídicas próprias.

A ideia de Estado de Direito remete à perspectiva de um poder político constituído e também limitado por amarras jurídicas previamente estabelecidas, entre elas e a Constituição. Assegurando, assim, garantias à indivíduos frente ao poder do Estado.

As pessoas podem ter, antecipadamente, razoável certeza a respeito das regras e padrões segundo os quais sua conduta será julgada, e sobre os requisitos que elas devem satisfazer para dar validade jurídica às suas transações.<sup>22</sup>

Norberto Bobbio<sup>23</sup> faz a distinção entre o Estado de direito e a doutrina Liberal do Estado.

O Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, ainda que nem sempre os

---

<sup>20</sup> Ibid., p. 22.

<sup>21</sup> “(...) é o poder do povo, a soberania e autoridade do povo (...). DUSSEL, 2007, op. cit., p. 100.

<sup>22</sup> MACCORMICK, Neil. op. cit., 2008, p. 22.

<sup>23</sup> Norberto Bobbio, nascido em 1909 e falecido em 2004, foi um filósofo, historiador do pensamento político e senador vitalício italiano. Escreveu grandes obras como o “*Dicionário de Política*”.

dois movimentos de emancipação coincidam histórica e praticamente.<sup>24</sup>

Inclusive, em um Estado Social de Direito ou Democrático de Direito, as características ínsitas à lógica liberal são mantidas, mesmo que de forma atenuada, conforme já disposto. Não é por acaso que as relações jurídicas estabelecem-se majoritariamente em uma dinâmica individualista, e na qual os direitos fundamentais, entre eles a liberdade, se mantêm na seara do formalismo, não garantindo direitos materiais à maioria dos povos.

A moldura liberal do pensamento jurídico dominante admite apenas os aspectos políticos da questão e repele seus termos sociais, apresentando a liberdade sob uma forma puramente abstrata, vazia de conteúdo social, aristocratizada num sistema de franquias, que interessa a uma minoria privilegiada<sup>25</sup>.

Diante de uma análise deste paradigma político do direito, compreende-se a própria lógica de construção jurídica inserida em um percurso histórico, em que determinados grupos sociais prevaleceram sobre outros e utilizaram-se do direito como instrumento de poder. “Os paradigmas definem o campo do saber científico, modelando o objeto da investigação, bem como os procedimentos metodológicos<sup>26</sup>”, assim, a concepção liberal tenderá atrelar toda a construção jurídica. Esta apreciação só tem sentido se o estudo considerar, principalmente, as novas etapas do desenvolvimento capitalista, preponderante para o delineamento da Ciência Jurídica.

Após o início do desenvolvimento capitalista, sobretudo, depois da Revolução Industrial, vigorou a concepção clássica de liberalismo político. Dessa forma, o Estado Liberal se fez presente com maior força na Europa, devido ao grande desenvolvimento econômico. Após o

---

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 18.

<sup>25</sup> GOMES, Orlando. op. cit., 1955, p. 6-7.

<sup>26</sup> MACHADO, Antônio Aberto. O direito e suas teorias. **Blog do Machado**. Franca, fev. 2011. Disponível em: <<http://blogs.lemos.net/machado/page/2/>>. Acesso em: 05 mar. 2011.

advento das lutas socialistas, ocorre um enfraquecimento do Estado Liberal e propõe-se um Estado Social, período em que emergem os direitos de 2ª geração, pautados na igualdade.

Os grandes responsáveis, de acordo com Paulo Bonavides, pela base ideológica do Estado Social foram Jean-Jacques Rousseau e Karl Marx. O primeiro com a teoria pura da democracia moderna e o segundo dando uma base científica ao socialismo, numa qualificada refutação as teorias capitalistas.<sup>27</sup>

Contudo, “o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo.<sup>28</sup>” Dessa forma vislumbrou-se a necessidade de criação do Estado Social de Direito, o qual estaria pautado em elementos democráticos e constitucionais. Neste tipo de Estado busca-se superar a contradição entre igualdade política e desigualdade social. No entanto, os percalços do Estado Social de Direito são evidentes, a partir do momento que ele busca compatibilizar o capitalismo ao bem estar social. Na prática, de acordo com Bonavides;

Ainda que institucionalizado no chamado Estado Social de Direito, permanece sempre sob este – representada por seus grupos políticos e econômicos mais reacionários e violentos – essa tendência e propensão do capitalismo ao controle econômico monopolista e à utilização de métodos políticos de caráter totalitário e ditatorial, visando a evitar, sobretudo, qualquer eventualidade realmente socialista.<sup>29</sup>

Assim, na prática, prevalece o próprio espectro liberal no paradigma político do direito. Após o início da década de 90, com o Consenso de Washington utilizou-se uma nova roupagem, conhecida como neoliberal, e agora, em um momento recente de crise, buscam reerguer os pilares do capitalismo com medidas intervencionistas praticadas pelo Estado.

---

<sup>27</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 1996.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 205-206.

<sup>29</sup> *Ibid.* p. 122-123.

Neste panorama é inviável a garantia de direitos para todo o povo. Prova disso é o relatório da FAO,<sup>30</sup> o qual aponta que um total de 1.020 bilhões de pessoas passaram fome em 2009, o que representa um número recorde. Na Ásia e no Pacífico calcula-se que cerca de 642 milhões de pessoas sofrem com fome crônica, 265 milhões na África Subsaariana, 53 milhões na América Latina e no Caribe, 42 milhões na África do norte e Oriente Médio e 15 milhões nos países desenvolvidos.<sup>31</sup>

Toda esta crise demonstra a insuficiência de um Estado de Direito, o qual tende a contribuir para um colapso social. Atualmente, na visão de alguns pós-positivistas é aceito, inclusive, propostas restritivas de eficácia contida de direitos fundamentais<sup>32</sup>, algo crítico em um cenário apresentado de perspectivas crescentes de fome e miséria. A partir do momento que as normas fundamentais são classificadas como programáticas, abre-se o precedente para a restrição das demais normas e não realização de seus preceitos.

Conforme destacado, no aspecto econômico deste paradigma liberal do direito, o que prevalece é a liberdade da empresa, a desregulamentação do setor produtivo, o valor da propriedade privada, a livre circulação de mercadorias, a “força” do mercado, etc. Para resguardar a segurança, calculabilidade e previsibilidade destas benesses econômicas devidamente concentradas, utiliza-se o direito, inclusive em sua forma coercitiva, ao usarem a força do Estado quando julgam necessário. No liberalismo, a igualdade é concebida como igualdade perante a lei, e a liberdade, como a possibilidade de todos em desenvolver e expressar sua existência individual. Não por acaso, que manifestações trabalhistas, grevistas, camponesas são criminalizadas ao invés de serem tratadas como políticas sociais. Ou seja, cerceiam a inovação trazida na perspectiva de constituírem a *hiperpotentia*.

Outro aspecto do paradigma político do direito é o quadro apresentado pela democracia representativa, onde “mudam-se as peças,

---

<sup>30</sup> Food and Agriculture Organization – Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação.

<sup>31</sup> Cf. 1020 millones de personas pasan hambre. **FAO**, Roma, 2009. Disponível em: <[https://www.fao.org.br/vernoticias.asp?id\\_noticia=814](https://www.fao.org.br/vernoticias.asp?id_noticia=814)>. Acesso em: 19 jun. 2009.

<sup>32</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

mas mantêm-se o tabuleiro.” Os representantes políticos são modificados a cada eleição, porém, mesmo com a renovação dos sujeitos, a transformação advinda das ações do Estado em prol da sociedade não ocorrem, ou acontecem simplesmente para manter a lógica, tida como democrática, estabelecida.

Ademais, é importante salientar que o modelo eleitoral representativo, pautado na atualidade pelas instituições preponderantes, contribui para assegurar a atual concepção do Estado de Direito. Certamente, ao propor um modelo que utiliza um método de votação individualizado frente a outro modelo, por exemplo, que venha a prezar por Assembleias coletivas com exposição de razões, poderia demonstrar que métodos diferenciados tem o potencial de gerar resultados diferenciados.

Os liberais viam a representação política como uma necessidade. Não poderiam abrir mão do poder político, justamente para garantirem as liberdades individuais e seus interesses.

O sistema representativo é uma procuração dada a um certo número de homens pela massa do povo que deseja ter seus interesses defendidos e não tem, no entanto, tempo para defendê-los sozinho.<sup>33</sup>

Ou seja, o tempo para os liberais deve ser priorizado para a garantia dos interesses particulares e o poder político deverá preservar isso.

Benjamim Constant ainda adverte os liberais que ignoram a relevância das instituições focando somente os negócios, sob o risco de não sustentarem seus privilégios.

O perigo da liberdade moderna está em que, absorvidos pelo gozo da independência privada e na busca de interesses particulares, renunciemos demasiado facilmente a nosso direito de participar do poder político.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> CONSTANT, Benjamin. op. cit., 1985, p. 23.

<sup>34</sup> Ibid. loc. cit.

A liberdade política, evidenciada hoje no ato do direito ao voto e ser votado, é um dos elementos do que conhecemos por democracia. Este sufrágio universal tão custoso em épocas de ditaduras militares atua hodiernamente, de forma preponderante como legitimador de um processo estanque em sua estrutura, mesmo diante de Constituições avançadas no aspecto social. Stephen Holmes trata dos pré-compromissos constitucionais, e os paradoxos existentes diante da democracia, salientando a dificuldade de conjugar estes elementos. Em trecho da obra ele anuncia que “Éste es un ejemplo notable de la paradoja de la democracia: los ciudadanos pueden aumentar su poder atándose sus propias manos.<sup>35</sup>” Cabe retomar que a palavra paradoxo, diferente de contraditório, admite a convivência dos institutos. Assim, os próprios pré-compromissos constitucionais resguardam, muitas vezes, uma situação de injustiça e manutenção de instituições já desgastadas.

A questão não é tão só modificar ou não modificar as normas sociais de uma geração para outra, mas questionar quem fará isso e para que. Enrique Dussel propõe a emergência de um Poder Cidadão. Este seria “a última instância fiscalizadora (que devesse ser a culminação de todo um procedimento permanente de participação dos membros da comunidade desde sua base) de todos outros Poderes e instituições<sup>36</sup>”. Talvez, esta ação potencializaria a legitimidade de pré-compromissos menos destoantes das demandas populares.

Na Constituição da República Bolivariana da Venezuela surge importante elemento novo, que poderá semear formas próprias de estabelecer pré-compromissos institucionais. O artigo 136<sup>37</sup> chega a

---

<sup>35</sup> “Este é um exemplo notável do paradoxo da democracia: os cidadãos podem aumentar seu poder atando suas próprias mãos.” (*Tradução Livre*). HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia**. Trad. Mônica Utrilla de Neira. Mexico, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 253.

<sup>36</sup> DUSSEL, op. cit., 2007, p. 70.

<sup>37</sup> *Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.*

*Artigo 136. O Poder Público se distribui entre o Poder Municipal, o Poder Estadual e o Poder Nacional. O Poder Público se divide em Legislativo, Executivo, Judicial, cidadão e Eleitoral. (Tradução Livre)*

estipular como parte do poder público nacional, o Poder Cidadão. A própria Constituição ainda estabelece as formas viabilizadoras do protagonismo popular com poder vinculante, o qual poderá mudar até a própria Constituição<sup>38</sup>. Mesmo que a simples mudança constitucional, ainda não seja suficiente para uma mudança social.

O referendo, a consulta popular, a revogação do mandato, o poder cidadão e o eleitoral (...), a maneira de escolher o juízes do Tribunal Supremo de Justiça do Poder do cidadão e organizações da sociedade civil, que um simples cidadão possa iniciar o processo para ditar uma lei, tudo isso nos indica um espírito político novo: o da participação cidadã em uma democracia em que é o povo que tem a soberania e pode exercê-la permanentemente, não só nessas erupções vulcânicas que são as eleições sexenais. A democracia representativa (que tende a ser um movimento de cima para baixo) deve ser articulada com a democracia participativa (como movimento fiscalizador de baixo para cima)<sup>39</sup>.

O Direito como qualquer coisa na atual sociedade, migra do campo político para o mercado. Os juristas, por vezes, deixam de lutar por Justiça e tornam-se colaboracionistas do sistema, não buscando modificar o que está estabelecido. Assim, os direitos passam a possuir mero efeito encantatório, prevalecendo tão só uma retórica esvaziada. Os meios são diversos na busca de uma construção jurídica diferenciada, caberá, a partir de concepções políticas e projetos de sociedade, optar por alguns, mesmo que custe a própria existência do que se concebe atualmente como Estado de Direito.

---

<sup>38</sup> *Artículo 70. Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros.(...).*

*Artigo 70. São meios de participação e protagonismo do povo no exercício de sua soberania, no político: a eleição de cargos públicos, o referendo, a consulta popular, a revogação do mandato, a iniciativa legislativa, constitucional e constituinte, o conselho aberto e a assembléia de cidadãos e cidadãs cujas decisões serão de caráter vinculante, entre outras.(...).* (Tradução Livre)

<sup>39</sup> DUSSEL, op. cit., 2007, p. 153.

## **Considerações Finais**

Está posto um enorme desafio para os juristas latino-americanos. Pensar e construir um direito, não para o seu povo, mas com e a partir dele. Tendo em vista toda uma história de submissão e importação de modelos exóticos à dinâmica cultural própria. Certamente, não é o caso de conceber instituições desde o que eram os povos originários destes continentes, mas a partir da lógica peculiar de reprodução social e com caráter emancipatório, em uma perspectiva de contraposição aos métodos e modelos dominadores.

Mesmo que seja possível construções jurídicas garantidoras com as instituições vigentes, observa-se uma insuficiência na garantia de direitos e um desgaste funcional. Em épocas anteriores, Orlando Gomes antevia esta inércia jurídica quanto às possibilidades de reflexão institucional.

A teimosa persistência no atual ciclo histórico de valores jurídicos que não sucumbiram com o nascimento da nova estrutura social possibilita a existência de instituições caducas, que só conseguem adaptar-se às novas condições mediante processos artificiais, quase todos de compulsão<sup>40</sup>.

O liberalismo permeador das concepções institucionais, sobretudo na América Latina, demonstra sua patente incapacidade de realizar as promessas da Modernidade ocidental capitalista. Logo, mesmo o que se concebe como Estado de Direito não poderá sustentar-se. Provável que será o momento de romper com as certezas jurídicas, seguranças de expectativas, e garantias meramente individualizadas. Apesar da dificuldade desta ocorrência partir dos próprios juristas.

(...) uma revisão ruptural dos paradigmas tradicionais (positivistas), que pudesse significar verdadeira “revolução científica” no sentido em que a entendeu Thomas Khun, é algo pouco provável, até porque os juristas não têm a tradição nem o ímpeto de afrontar os paradigmas da ordem

---

<sup>40</sup> GOMES. Orlando. op. cit., 1955, p. 19.



vigente, mesmo que essa ordem seja injusta e, portanto, ilegítima<sup>41</sup>.

Por isso, a crítica ontológica se faz necessária partindo da exterioridade, ou seja, do povo trabalhador vitimado e excluído capaz de forjar um novo projeto de sociedade e conseqüentemente de direito, exercendo a *hiperpotentia* e reconstruindo a história da América Latina.

### **Referências**

1020 millones de personas pasan hambre. **FAO**, Roma, 2009. Disponível em: <[https://www.fao.org.br/vernoticias.asp?id\\_noticia=814](https://www.fao.org.br/vernoticias.asp?id_noticia=814)>. Acesso em: 19 jun. 2009;

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 1997;

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

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: **Filosofia Política**. nº 2. Trad. Loura Silveira. Porto Alegre: L&PM, 1985;

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: Conferências de Frankfurt**. Trad. Jaime A. Classen. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993;

\_\_\_\_\_. **20 Teses de política**. Trad. Rodrigo Rodrigues. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007;

---

<sup>41</sup> MACHADO, Antônio Aberto. op. cit., 2011.

\_\_\_\_\_. **Filosofia da Libertação na América Latina.** Trad. Luiz João Gaio. São Paulo: Loyola, 1986;

DWORKIN, Ronald. Introdução: a leitura moral e a premissa majoritária. In: **O direito da liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo B. Cipola. São Paulo: Martins Fontes, 2006;

\_\_\_\_\_. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003;

FLORES, Joaquin Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos.** Os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009;

GOMES, Orlando. **A crise do direito.** São Paulo: Max Limonad, 1955;

HEGEL, G. W. F. **Filosofia da História.** Trad. Maria Rodrigues e Hans Harden. Brasília: UnB, 1999;

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitucionalismo y democracia.** Trad. Mônica Utrilla de Neira. Mexico, D.F.: Fondo de Cultura Econômica, 1999;

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito.** Uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008;

MACHADO, Antônio Aberto. O direito e suas teorias. **Blog do Machado.** Franca, fev. 2011. Disponível em: <<http://blogs.lemos.net/machado/page/2/>>. Acesso em: 05 mar. 2011;

PASUKANIS, E. B. **A teoria geral do direito e o marxismo.** Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989;

SARTORI, Vitor B. **Lukács e a crítica ontológica ao Direito**. São Paulo: Cortez Editora, 2010;

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2004;

VENEZUELA. Constituição (1999). **Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela**: promulgada em 15 de dezembro de 1999. Caracas: Talleres gráficos de la Asamblea Nacional, 2005.