

## **A NEGAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO PELO ESTADO DE LEGALIDADE: DE CARRÉ DE MALBERG AOS NOSSOS DIAS**

---

*Carlos Eduardo Marcon\**

**Sumário:** 1 Introdução 2 Os ideais revolucionários e os direitos individuais 3 O Constitucionalismo e o Estado de Direito 4 Carré de Malberg e o Estado Legal 5 O aparente Estado de Direito 6 Estado Legal e violação de direitos fundamentais: um caso prático 7 O verdadeiro Estado de Direito 8 Conclusão.

**Resumo:** A proteção dos direitos fundamentais e a realização do ser humano têm sido alvo de frequentes debates na seara jurídica. Muitas políticas são adotadas, de forma a assegurar a maior gama de direitos possível. Contudo, busca-se a proteção, na maioria das vezes, por meio da positivação de direitos, primando pela legalidade, idolatrando a lei como a única solução para os problemas apresentados. Destarte, o que não está na lei, não está no mundo jurídico. Abandona-se a interpretação jurídica, a analogia e outras formas de solução das questões, aproximando o ordenamento jurídico de um Estado Legal, em detrimento do verdadeiro Estado de Direito. Traçar-se-á um comparativo entre essas duas vertentes, na tentativa de desvendar as facetas político-ideológicas que cercam a matéria, objetivando, finalmente, encontrar formas de realizar a cidadania e os direitos fundamentais em sua máxima expressão.

**Palavras-chave:** Estado de Direito. Estado Legal. Direitos fundamentais. *Constitucionalismo. Legalidade. Ideologia.*

---

\* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP. Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP. Servidor público federal do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

## 1. Introdução

A análise da evolução histórica acerca do Estado de Direito e do Estado Legal, desde Raymond Carré de Malberg até a atualidade, busca a formação de uma visão crítica sobre a tradição legalista, que prima pelo estrito pensamento de legalidade, em detrimento do caráter interpretativo do Direito.

Por óbvio, a lei é importante para a manutenção das relações entre Estado e administrados, bem como entre os mesmos. Porém, ela tem sido considerada como a mais importante forma de manifestação do Direito, preterindo o verdadeiro Estado de Direito, deixando inúmeras situações à margem de proteção.

Dessa forma, visa-se, com este estudo, desvendar as facetas ideológicas que dominam o ordenamento jurídico, de forma a atingir plenamente a essência e não meramente a aparência do Estado de Direito.

## 2- Os ideais revolucionários e os direitos individuais

Na Idade Média, de maneira geral, desenvolveu-se a ideia de limitação do poder estatal, protegendo os indivíduos das atuações arbitrárias. Esse pensamento trouxe o termo constitucionalismo de forma mais próxima ao conceito atual. Pode-se citar como antecedentes às declarações de direitos humanos fundamentais, na Inglaterra, a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, que assegurava alguns privilégios feudais aos nobres, assegurando a liberdade da igreja, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção, devido processo legal, entre outros. Contudo, era uma proteção parcial, visto que não abrangia todo o conjunto da população. Ainda na Inglaterra, a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of Rights*, de 1689 traziam proteção a alguns direitos de cidadãos ingleses, como proibição de prisão arbitrária, direito de petição e *habeas corpus*. No que tange à *Bill of Rights*, ainda que assegurasse alguns direitos (criação do direito de petição, liberdade de eleição dos membros do Parlamento, vedação de penas cruéis, etc.), tolhia outros, como a liberdade e igualdade religiosa. Em verdade, na Inglaterra, à época, os direitos eram a consequência da limitação do poder real e não a causa dessa limitação de acordo com a evolução jurídica (MARTÍNEZ, 1995, p. 139-144). Apesar da previsão, esses direitos não eram constitucionalizados. Entretanto, davam novo panorama ao termo constitucionalismo, que passou a estar ligado à defesa dos direitos fundamentais e não apenas à limitação do poder estatal.

Os direitos fundamentais foram incorporados e positivados por meio das Declarações da Virgínia, de 1776 e Declaração Francesa, de 1789, fazendo surgir, formalmente, o constitucionalismo moderno. A respeito desse ponto, Dallari (1985, p. 3), analisando a obra de Ferdinand Lassale, observa que em qualquer tempo, em todos os países, sempre houve constituição. A novidade surgida no século XVIII foi o surgimento da constituição escrita. Logo, a Declaração Americana fazia constar que todos os homens são livres por natureza e possuem direitos inatos, assegurada a liberdade e propriedade, além do devido processo legal, liberdade religiosa e de imprensa, limitando o Poder Estatal, entre outros. A Constituição dos Estados Unidos da América e suas dez emendas iniciais (1789/1791) seguiram esse pressuposto, garantindo a proteção de direitos fundamentais e estabelecendo a separação dos poderes, trazendo a existência de um Poder Soberano, pertencente ao povo, para o qual todos os órgãos e funções estatais devem obediência (Poder Constituinte Originário).

Por sua vez, a Declaração Francesa consagrou a proteção normativa dos direitos fundamentais, afirmando que toda associação política tem por fim a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, direitos estes limitados apenas para assegurar os mesmos direitos aos demais membros da sociedade. Na Constituição Francesa de 1791, prescrevia-se proteção à liberdade, igualdade, propriedade, segurança, associação política, reserva legal e anterioridade em matéria penal, presunção de inocência, liberdade religiosa e de pensamento (MORAES, 2003, p. 28). Esses dois textos limitavam, dessa forma, o poder do Soberano e dos tribunais, bem como o do próprio parlamento, que devia agir em conformidade com o texto constitucional – em conformidade com a lei. Os direitos inseridos eram direitos indispensáveis a todos os homens, hoje classificados como *direitos de primeira geração*.<sup>1</sup>

Historicamente, os direitos fundamentais de primeira dimensão são oriundos do movimento do constitucionalismo que, originalmente,

---

<sup>1</sup> Ainda que a expressão “geração” de direitos tenha emprego mais usual, é fundamental anotar o entendimento mais coeso sobre o tema, classificando como “dimensão de direitos”, posto que o reconhecimento de direitos é progressivo, cumulativo e complementar, e não possui caráter de alternância ou substituição, como a expressão “geração” pode trazer. Nesse sentido, temos SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; GERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. Há ainda outras expressões cunhadas para determinar a revelação progressiva de direitos fundamentais, quais sejam: “famílias de direitos”, “naipes de direitos”, “grupos de direitos”, conforme ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

exigia a separação dos poderes e a proclamação de direitos individuais em documento constitucional. Tal exigência baseava-se na ideia de que o Estado, sendo sujeito de direitos e obrigações, permitia o reconhecimento de uma esfera de autonomia individual, autonomia esta que podia ser exercida contra o Poder Público. Esses seriam os direitos de liberdade, ou prestação negativa do Estado, o qual o homem é considerado individualmente. Basicamente, era um direito contra o Estado, respaldado pela lei, ou seja, a lei como elemento garantidor dos direitos individuais.

Com o passar dos anos, os direitos individuais se ampliaram, fruto do desenvolvimento econômico e social. Assim, o Estado não deveria apenas se abster de intervenções desmedidas na esfera individual, mas também deveria agir ativamente para suprir as necessidades sociais e estruturais na busca da efetiva justiça social. Esse momento enseja o surgimento dos *direitos de segunda dimensão*, tais como assistência social, educação, trabalho e outros que busquem a liberdade real e igualitária. Anote-se que, nesse momento, a igualdade de fato ganha relevo.

Esse caminhar evolutivo chega, hodiernamente, à classificação de direitos de *terceira e quarta dimensões*, dirigidos à coletividade, de titularidade difusa ou coletiva, manipulação genética, entre outros. Note-se, assim, que o grande cerne do constitucionalismo é a efetiva proteção de direitos individuais, que tem se avolumado à medida da evolução social humana.

### **3- O constitucionalismo e o estado de direito**

Como já se afirmou anteriormente, as revoluções burguesas favoreceram o surgimento do constitucionalismo moderno, por meio das constituições escritas. O liberalismo, dessa forma, concedeu ao Direito a tarefa de limitação, instituição e organização do poder, disciplinando a atuação deste, resguardando, por fundamental e essencial, a liberdade e demais direitos do homem. Segundo Ferreira Filho (1988, p. 4), “tal Estado, submetido ao império do Direito, veio a ser chamado, já no século XVIII, de Estado de Direito”.

Caracteriza-se, sobremaneira, pelo reconhecimento de que o poder é limitado por um direito – feixe de liberdades – que preexiste à sua própria declaração solene, recobrindo o campo da autonomia da conduta individual. Ademais, este Estado constituído para garantir o Direito e os direitos procede por meio de leis, gerais, impessoais, iguais para todos, às quais os seus próprios órgãos se submetem.

Já na Inglaterra, a Revolução Gloriosa findou o Absolutismo Inglês, promovendo um rearranjo constitucional, do qual o rei foi reduzido a chefe dos negócios e instituiu um parlamento forte; este tinha, por função precípua, que controlar os atos do rei. O sistema do *rule of law* é antecedente direto e imediato do *Estado de Direito*.

A expressão “Estado de Direito” foi criada na Alemanha: *Rechtsstaat*. A partir de então, desenvolveu-se a doutrina do Estado de Direito, que tem como grandes colaboradores Kant, Von Mohl e Stahl (FERREIRA, Filho, 1988, p. 5). As Declarações de Direitos ocorridas com as revoluções burguesas enunciavam o mínimo irredutível do Direito, tal qual era concebido pelo pensamento liberal. Note-se que as declarações fizeram meramente reconhecer direitos já existentes, ou seja, não se tratou de criar ou determinar direitos, apenas fazê-los constar, para que a ignorância e o esquecimento não causassem as desgraças públicas.

Os direitos, inerentes ao homem pelo simples fato de ser humano asseguram prerrogativas de intangibilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, assentados essencialmente na igualdade entre os homens e em sua liberdade. As constituições escritas, destarte, são formas de limitar o Estado, que não pode agir contra esses direitos. Logo, como afirmado por Jefferson na declaração por ele redigida, “os governos são estabelecidos pelos homens para garantir os direitos naturais”, ou seja, a função do Estado de Direito é a garantia dos direitos dos cidadãos.

A criação das constituições, por obra do poder constituinte pré-estatal que expressa a liberdade de todos os homens, dá as diretrizes para a atuação estatal reta, impedindo, assim, a violação dos direitos do homem. “Por outro lado, esta reta organização põe o Estado a serviço da finalidade que o legitima, *a defesa desses direitos na vida social cotidiana*” [grifo nosso] (FERREIRA, Filho, 1988, p. 18-23).

Prossigue sua explanação, afirmando que:

Num Estado submetido ao Direito, a atuação do Poder tem como pauta a lei. Obedece ao *princípio da legalidade*. Entretanto, da legalidade decorre como princípio também a *igualdade*. E ambos, legalidade e igualdade, estão sob o crivo de uma justiça, daí o terceiro princípio, garantidor dos demais, o princípio da *justicialidade*. [com grifos no original].

Portanto, o Estado de Direito, em seu nascimento, amparado pelo constitucionalismo, apresentava, como requisitos, a estrita relação com a legalidade, aqui entendida de forma íntima com a liberdade individual, ao passo que a lei não poderia prejudicar ações individuais, a menos que

estas fossem prejudiciais à sociedade, pondo a regra como liberdade e a exceção como restrição. Não pode o Estado exorbitar sua atuação exigindo algo que não estivesse em lei.

No que tange à igualdade, esta é indissociável do Estado de Direito. Trata-se de uma regulação normativa dominada pelo senso de justiça, ou seja, proibindo o arbítrio e as decisões fundadas em privilégios pessoais ou discriminações. A lei deve ser igual para todos, estes devem ter o mesmo tratamento diante dela e os mesmos direitos por ela assegurados. Note-se que, originalmente, os ideais eram virtuosos, porém, seu desenvolvimento não foi acompanhado da desvinculação gradativa da força legalista. A exacerbção desses ideais acarretou na perda de sua eficácia, culminando no seu total desvirtuamento. Isso porque hoje se entende que, para que um direito esteja assegurado, ele deve estar positivado no Direito. Assim, não há direitos desvinculados da lei. O que não está posto, não está no campo do Direito. A legalidade e a igualdade ficaram presas ao plano teórico, numa verdadeira involução social. A proteção dos direitos quando exige vinculação legal, perde seu caráter democrático e deteriora o verdadeiro Estado de Direito, tão almejado historicamente. A seguir, veremos as origens dessa doutrina legalista, pioneiramente destacada por Carré de Malberg.

#### **4- Carré de Malberg e o estado legal**

Malberg foi o pioneiro na diferenciação entre o Estado de Direito e o que chamou de Estado Legal. Este último não trata de direitos sociais, tampouco coletivos. Trata, essencialmente, da relação entre administração pública, corpo legislativo e os indivíduos enquanto titulares de direitos individuais.

Embora inicialmente fosse amplamente divulgado o termo direito, ao invés de lei, na França, especialmente, houve uma conversão da terminologia empregada de forma a sujeitar o Estado à lei (BARROS, *Estado..*, 2009, p. 2). Em verdade, da própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 pode-se extrair o caráter supremo dado à lei, em substituição ao rei. Assim<sup>2</sup>:

Artigo 4º A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por

<sup>2</sup> Tradução da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, obtida em **A revolução francesa de 1789 e seus efeitos no Brasil**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110843>> Acesso em: 18 nov. 2009.

limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes *limites apenas podem ser determinados pela Lei*. Artigo 5º *A Lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.*

Artigo 6º *A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.*

Artigo 7º *Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser castigados; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da Lei deve obedecer imediatamente, senão torna-se culpado de resistência.*

Artigo 8º *A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.*

Artigo 9º *Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.*

Artigo 10º *Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contando que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei.*

Artigo 11º *A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei. [grifos nossos].*

Após a Revolução Francesa, a Administração Pública francesa se desenvolveu sensivelmente, de forma a privilegiar a administração nas suas relações com o particular. É uma doutrina protetiva que caracteriza a França como a “pátria da burocracia”, ou seja, a pátria da Administração Pública. Assim, só a lei pode determinar juridicamente a conduta individual, “convertendo o princípio da legalidade em arquétipo do Estado de Direito” (BARROS, *Estado...*, 2009, p. 3). É importante frisar que, nas suas origens, o Estado Legal não era de todo ruim. Perante a imparcialidade da lei, a igualdade e a vontade sem coerção estavam sob o manto da justiça formal. Assim, negava-se a exploração absolutista de déspota que reinava até então. Mascaro (2008, p. 33), em sua brilhante obra, contribui de forma peculiar ao afirmar que:

A lógica capitalista, pelo Estado burguês e pela legalidade, e não mais pela vontade do absolutista, torna-se plena e autônoma. A legalidade faz o papel

de garantidor perpétuo e filtro necessário da reprodução econômica, em lugar da permanente obtenção da vontade política. A história anterior do direito capitalista foi a luta pela montagem do sistema da legalidade. A partir de agora, a sua história é simplesmente a manutenção do próprio sistema, ou a sua reprodução a partir de si mesmo. Inaugurar-se-ão, a partir daí, os direitos humanos consolidados e garantidos pelo Estado.

O desvirtuamento dos fins – e dos meios – ocorreu ao longo do tempo, como se verá adiante.

O Estado Legal constitui uma forma especial de governo, diferente do Estado de Direito. Enquanto este último busca a proteção dos direitos individuais, por meio da execução das leis, vinculando a administração a exercer tal proteção, o Estado Legal relaciona-se exclusivamente com os termos de execução legislativa, se preocupando primordialmente com a legalidade da administração. O direito administrativo francês tem mais o escopo de regular a competência das autoridades do que reconhecer direitos individuais dos particulares contra o Estado. Ele disciplina o direito objetivo, não o direito subjetivo. Nesse sentido são os ensinamentos que profere Ferreira Filho (1988, p. 39):

O Estado Legal guarda o princípio de que, por meio da lei, é ditada a conduta dos particulares, que a lei é condição e limite da atuação dos órgãos públicos, todavia a encara como um instrumento para a realização de objetivos politicamente definidos.

Trata-se de verdadeira inversão, ao passo que não é mais o justo que conforma a lei, e sim esta que determina o justo. Destarte, a lei é a disposição de uma essência superior. É ela que determina e condiciona a realização dos fins estatais e não apenas estes, haja vista que também determina os limites da ordem jurídica geral estabelecida pela legislação (MALBERG, 1920, item 163). Indo além, Malberg afirma que a lei não apenas caracteriza o limite da atividade administrativa como também é a condição dela. Em suma a lei representa: o centro de um sistema ao redor do qual todo o ordenamento gravita, ao passo que os atos devem buscar a execução da lei, sendo autorizados pela lei, que representa a condição de existência dos atos.

Esse entendimento é corroborado pelo trecho a seguir exposto, no qual Malberg (1920, item 164) afirma:

O regime consagrado pelo art. 3 significa, pois, que a função administrativa se reconduz inteiramente, por definição mesma, a uma função de execução

das leis. Aqui não mais ocorre apenas o sistema de Estado de direito; mas a verdadeira denominação a dar ao Estado francês sob esse aspecto seria mais a de *Estado Legal*, quer dizer, um Estado no qual todo ato de poder administrativo pressupõe uma lei à qual ele se liga e da qual ele seja destinado a assegurar a execução.

Pode-se inferir, genericamente, que o Direito é a lei – e exclusivamente a lei. E sob esta óptica, analisando as palavras de Malberg, surge que a orientação do Estado legal dá-se no sentido de uma concepção política muito mais voltada para a organização dos poderes e subordinação administrativa à legislação do que à defesa dos indivíduos. Prima-se pelo funcionamento interno do aparelho administrativo sob a égide da lei, implicando na subordinação da administração ao Corpo Legislativo. Para Malberg, o Estado de Direito é estabelecido no interesse e para salvaguarda dos cidadãos, assegurando proteção de seus direitos e estatutos individuais; o Estado Legal, contraposto, orienta-se na direção de uma concepção política relativa à organização fundamental dos poderes, e sua submissão à lei que deve permitir quaisquer ações estatais.

Elucida ainda o autor francês que o sistema do Estado legal não vincula o legislador a um princípio de respeito ao direito individual que se lhe deva impor de maneira absoluta, não atingindo nem regendo senão a administração.<sup>3</sup>

Logo, no Estado legal, pressupõe-se que a lei possui poder inicial absoluto, do qual derivam os atos administrativos que devem, sobremaneira, assegurar a execução no sentido previsto na Lei. Kelsen, em sua doutrina exprime, indubitavelmente, a essência do Estado Legal. Para ele, o Direito é a norma estabelecida, posta no ordenamento jurídico, que dita a forma de condução individual. Na doutrina kelseniana, a norma legal é justa, o sistema jurídico (o Direito) faz por si só o justo.

A expressão do Estado Legal, em análise contemporânea a Malberg, mostra a fragilidade de um sistema baseado na adoração da lei. É de todo oportuno trazer à baila o entendimento de Ferreira Filho (1988, p. 45-46), ao afirmar, brilhantemente, que a lei no Estado Legal se reduz a mero instrumento político. Deixa de ser uma garantia para se tornar um meio de realização política, um elemento de programa político. Não se legitima por ser justa ou buscar a justiça, mas sim por ser a expressão da vontade política do “povo”. É essencial destacar que o povo, raramente, tem sua

---

<sup>3</sup> Ressalte-se a brilhante contribuição do tradutor, ao complementar que, desta forma, o regime francês não alcança a legislação como deveria alcançar em um Estado de Direito pleno, ou seja, não há seu completo desenvolvimento.

vontade manifestada na edição legislativa. A vontade popular, contudo, é imensamente invocada pelos governos para fundamentação de seus atos. Indo além, destaca o mestre:

O legislador, nesta concepção, *cria* a lei. Mas nela não vê senão um *instrumento*. É ela destarte reduzida a elemento secundário, que não tem importância por si, nem em si, mas sim em vista da finalidade. Tal finalidade é um *bem*. Este, porém, é como tal identificado – racionalizando-se o que nem sempre é racionalizado – pelo caráter político. Ou seja, como passo para a realização de um programa, intuitiva ou racionalmente estabelecido.

Tal bem, por sua vez, é dentre muitos que, como estrelas numa constelação, fazem o *bem político*, para não empregar a expressão bem comum. Sim, porque esta última expressão está vinculada a uma separação das divergências individuais, a uma conciliação ou depuração que deixe prevalecer o que interessa a todos sem exceção. Ora, hoje, com a difusão das ideologias do combate – como o marxismo – se abandonou a idéia de que é possível esse bem comum ‘neutro’. Prevalece a noção de que sempre um grupo – o mais das vezes referido como ‘classe’ – impõe seus interesses aos demais. Toma conta do Estado, o que o faz servo de seus propósitos. Melhor se ajusta a esta concepção a idéia de *bem político*, subentendendo-se aí um bem politicamente imposto em decorrência de uma visão partidária. Bem político que, consagrado pelo Governo, se torna, numa presunção absoluta, a vontade popular.

Assim, a lei se politiza. Quer dizer, ela ganha o caráter de medida política adotada pelo Governo (definida pela maioria política e enquadrada partidariamente) para alterar a sociedade no sentido que este grupo entende bom. [...] Consequentemente a lei, politizada, apresenta uma face claramente partidária. [com grifos no original].

O desvirtuamento do Estado Legal deturpa a legalidade, consolidando a desigualdade real sob a aparência de igualdade formal e justa. Desta forma, Mascaro (2008, p. 35) afirma:

A democracia formal é o embuste do poderio econômico, a igualdade perante a lei é forma perversa da desigualdade real, de classes, a liberdade perante a lei é a abstração das impossibilidades existenciais. (...) A legalidade que amarra e completa o ciclo da reprodução econômica capitalista, vai se chamar, ao lado da cidadania e da democracia na política, justiça.

A seguir, ver-se-ão as manifestações da doutrina legalista na sociedade contemporânea.

## 5- O aparente estado de direito

É notório que as relações entre sociedade civil e sociedade política estão integradas de forma permanente, podendo inclusive alcançar uma forma bem peculiar de entrelaçamento. O que por vezes não raras ocorre é a dominação de determinada classe política sobre a sociedade civil de forma geral, gerando um novo conceito de Estado, o qual, como afirma Wolkmer (2003, p. 71), “se alteram predomínio de classe, modos de consciência e criações ideológicas”. Há uma falsa correlação entre o Estado de Direito e princípios democráticos, bem como com o consenso público. A modernidade eleva a legalidade à expressão de uma racionalidade universal, racionalização do direito.

Destarte, o que Wolkmer (2003, p. 72) destaca de forma precisa é a ocorrência de uma verdadeira “estadolatria”, ou seja, o visível enfraquecimento da sociedade civil em benefício imediato do aparelho político estatal. Representa-se a superioridade – prioridade – do Estado sobre o Direito, numa doutrina de supremacia da administração sobre o administrado, e da lei sobre o direito individual.

Ainda que haja uma estreita relação entre Direito e política, a ordem legal deve se pautar pelos conceitos de justiça e moralidade, organizando e justificando o poder de uma sociedade. A legalidade, dessa forma, não pode representar meramente uma conduta ou realidade compatível com a existência de um corpo legislativo, com de fato tem sido.

Mascaro (2008, p. 82) afirma que a legalidade, no caso brasileiro, se desenvolveu por meio da estruturação econômica, política e social nacional, que aperfeiçoou um Estado soberano apenas no seu sentido formal, mas que busca, sobremaneira, os lucros de uma sociedade capitalista que descamba para o caráter coronelista. Trata-se, para ele, do direito na realidade de capitalismo periférico brasileiro que explicaria a forma de atuação do Estado nos tempos de hoje.

Veja-se a situação presente: trata-se o Estado de Direito como um dispositivo de verificação de respeito ao Direito estabelecido, considerando-se apenas as expressões contidas nas esferas normativas, determinantes de deveres e direitos dos sujeitos, de forma a condicionar o cumprimento das atividades dentro da ordem estabelecida. Por certo essa concepção é necessária ao bom e harmônico convívio social, mas não pode ser rígida a ponto de desprezar direitos não expressamente abrangidos nos textos legais, tampouco ser um instrumento de simples executoriedade. O fato é que o Estado hoje tem sido utilizado como empreendedor político.

É exatamente isso que se verifica na prática. Não há mais qualquer consideração do campo social, ou seja, das condições pessoais, históricas, classes sociais, diferenças individuais, expectativas e necessidades diversas. Não há associação com a realidade da sociedade. O que efetivamente existe é o formalismo que aparentemente traduz os conceitos de necessidade e neutralidade, pelo respeito ao texto legal que, em tese, também é neutro e necessário. Aparência hipócrita de justiça encobre a realidade social desigual e oprimida. “Trata-se da legalidade como peso institucional de controle, não só na tecnicidade da circulação mercantil, mas politicamente, maximizando a exploração econômica. [...] Trata-se, ainda mais, da própria supressão do Estado de direito [...]”. (MASCARO, 2008, p. 93).

Não obstante esse atamento ao texto legal é indiscutível, também a perda de eficácia e confiabilidade nos partidos políticos na Administração Pública e no legislativo de forma geral. Há tempos a sociedade está descrente na representatividade parlamentar. Os representantes populares pouco ou nada têm representado seus eleitores. Há um verdadeiro desencanto político, devido ao descumprimento das promessas eleitorais, ao esvaziamento do valor dos mandatos políticos, especialmente na crescente distância entre as propostas feitas à época das campanhas eleitorais e as decisões políticas tomadas. Cada vez mais a classe dominante permeia o cenário político, moldando e emoldurando as decisões à sua conveniência. Assim,

Instrumentalizam a legalidade a benefício da dominação de classe, seja por meio do controle das instituições e daí manejando as ferramentas da legalidade de acordo com seus interesses, seja por meio de ações nos limites da própria legalidade, ou seja, por meio da sua recusa. Os privilégios de classe recebem, assim, ou respaldo legal ou na efetividade social ignoram mesmo a legalidade, no caso da universalidade desta. (MASCARO, 2008, p. 100).

Nesse mesmo sentido, tem-se o pensamento de Chauí (1993, p. 54-55):

É uma sociedade na qual as leis formam armas para preservar privilégios e o melhor instrumento para a repressão e a opressão, jamais definindo direitos e deveres. No caso das camadas populares, os direitos são sempre apresentados como concessão e outorga feitas pelo Estado, dependendo da vontade pessoal e do arbítrio do governante. Situação que é claramente reconhecida pelos trabalhadores quando afirmam que ‘a justiça só existe para os ricos’ e que também faz parte de uma consciência social difusa, tal como se exprime num dito muito conhecido no país: ‘para os amigos, tudo; para os inimigos, a lei’. Como consequência, é uma sociedade na qual as leis sempre foram con-

sideradas inúteis, inócuas, feitas para serem violadas, jamais transformadas ou contestadas. E onde a transgressão popular é violentamente reprimida e punida, enquanto a violação pelos grandes e poderosos sempre permanece impune.

Ainda que se alegue a existência da democracia, ela é, na prática, uma falácia, ao passo que o processo democrático se exaure com o início dos mandatos. O desrespeito aos direitos individuais e, principalmente, aos ideais dos representados que elegem os membros do jogo político demonstra a absoluta falta de comprometimento das elites, e exprimem o autoritarismo excludente e antidemocrático que efetivamente vigora no país.

Justifica-se tudo com base na legalidade. Contudo, como elucida brilhantemente Eros Grau (2005, p. 169),

O nosso drama está em que a *legalidade* e o *procedimento legal* resultam, inúmeras vezes, perversos e violentos. [...] O Estado autoritário, no entanto, inúmeras vezes se manifesta travestido de Estado de Direito. Sob a aparência de sujeição ao domínio da lei atua um Estado que lança mão da *legalidade* como instrumento de opressão e opróbrio [com grifos no original].

Isso se deve ao fato de que a lei, de forma genérica e para a grande maioria da população, é um dado abstrato da sua realidade. É falacioso falar em direito à liberdade quando o indivíduo mal tem condições para subsistir e, nesse sentido, a legalidade de nada minimiza ou soluciona os problemas. Ainda que haja estrito cumprimento da lei, não haverá atingimento dos objetivos sociais essenciais ao desenvolvimento de um verdadeiro Estado de Direito. Não é a execução da lei que garante a democracia e a justiça social e sim políticas públicas eficazes e efetivamente preocupadas com o indivíduo.

É de todo oportuno, ainda, citar o entendimento de Eros Grau ao tratar do paradoxo do direito administrativo que é um defensor dos direitos individuais, mas desde início atesta a supremacia do interesse público. Porém o interesse público não deveria ser o interesse social? Este não pertence ao corpo social, à sociedade? Entretanto, o que é observado é justamente o contrário: a Administração Pública, sob a mascarada alegação de interesse público, usurpando os interesses sociais em nome próprio, a bem dizer, em nome da política dominante. As disputas envolvendo administrado e administração, desde o início, determinam vantagens à última, que goza de prazos especiais – muitas vezes, senão todas, utilizados em caráter protelatório –, sem contar a presunção de legitimidade dos

atos administrativos que inúmeras vezes são desprovidos de moralidade, eficiência e impessoalidade.

A legalidade, que inicialmente tinha condão de proteção dos particulares contra a atuação estatal, não pode receber esta mesma leitura na atualidade. Não é meramente a separação de poderes e oposição à ação descontrolada e desvirtuada do Estado; Este evoluiu, a sociedade se desenvolveu e hoje ele exerce também, senão principalmente, a função de agente social, desenvolvendo e fornecendo prestações aos particulares. É a função social do Estado que tem sido evidentemente desvirtuada pela doutrina da legalidade. Nesse sentido, Eros Grau traz à baila a conclusão da insuficiência da concepção da legalidade para prover a garantia dos direitos individuais. Afasta-se por completo a essência dos fins públicos e dos direitos individuais, primando pelo mero cumprimento da lei. Ainda:

A política da legalidade, desta sorte, conduz à neutralidade axiológica do direito e à anulação do direito de resistência contra o direito ilegítimo. O que importa, desde a perspectiva instalada na consagração do princípio, tal como ainda atualmente concebido, é que as normas jurídicas sejam rigorosamente cumpridas. Importam os *meios*, à custa dos *fins*. Por consequência, a legalidade assume o caráter de dogma [...] passa a funcionar como estereótipo e, de imediato, como mito do liberalismo burguês [com grifos no original]. (EROS GRAU, 2005, p. 175).

Por evidente, essa manifestação da ideologia legalista, rigorosamente contrária ao Estado de Direito, se concretiza na produção legislativa formal, ou seja, respeitando essencialmente a forma em detrimento da lei material. Independe o conteúdo da lei, o que se busca é o condicionamento das formas, eivando o sistema normativo de seu caráter protetor dos direitos fundamentais. É uma manifestação esvaziada e enormemente utilizada para justificar situações concretas nitidamente injustas. Explica-se o direito pela lei e tudo que não estiver formalmente nela inserido não é direito. O direito precisa estar posto no Direito que é pressuposto de sua existência.

Essa concepção aprisionada pela lei acarreta o engessamento do Estado de Direito, este por sua essência não pode ser fechado e fixo. Os direitos se dimensionam de formas distintas e progressivas, motivo pelo qual deve haver um sistema flexível para legitimar a ordem jurídica. A verdadeira democracia não se amarra em concepções formais, ela se molda aos desígnios populares, se consubstancia no pleno exercício de direitos, e devem ser assegurados pelo Estado sem amarras.

O que se nota, contudo, é a falácia da representação parlamentar que não exprime senão os interesses particulares de classes dominantes, mitigando os interesses coletivos dos representados. Os parlamentares estão a serviço das concepções ideológicas e, por meio destas, mascaram a realidade política, conformando-a aos interesses dominantes. Barros (2007, p. 250) afirma que “os desígnios da elite política negam a sociedade política pelo corporativismo político. É a política pela política: *a politicância gerando a politicatura*” (com grifos no original). Além disso, dada a interferência do Estado nos domínios econômico e social, a lei, frequentemente, é uma vantagem obtida por um grupo social em relação aos demais. Assim, “substitui-se a luta pelo Direito pela luta pela Lei”. (FERREIRA, Filho, 1988, p. 47).

Não obstante, a mora parlamentar é outro obstáculo à plena realização democrática. É sabido que a criação legislativa não acompanha a evolução social. Ademais, as leis elaboradas, após lento e conturbado processo legislativo, apresentam inúmeras imperfeições, haja vista o despreparo das pessoas envolvidas, associado ao conservadorismo social que anula as iniciativas mais profundas ou arrojadas. Os debates políticos são, em sua maioria, infrutíferos, representações absolutas de artifícios políticos protelatórios. Outrossim, a politização das leis fere, inclusive, a racionalidade do Direito, gerando leis irracionais, inúteis, perigosas, ou meramente uma letra morta – que Ferreira Filho traz como leis de papel. Ademais, há uma verdadeira proliferação legislativa, que pouco ou nada inova no ordenamento jurídico, aumentando a quantidade das leis, sem se preocupar com a qualidade das mesmas.

Eros Grau (2005, p. 185) denomina isso de inflação normativa, ou hipertrofia da regulação normativa. O ordenamento jurídico, como um todo, assemelha-se a uma colcha de retalhos desarmônica, haja vista a enorme quantidade de leis para regular as situações jurídicas. Não se utiliza a interpretação. Quaisquer controvérsias, pelo entendimento majoritário, devem ser solucionadas pela introdução de uma nova norma. Transformou-se o Direito na expressão da lei de forma indissociável, desprezando a realidade social. Ainda que a segurança jurídica dependa de certas normas-parâmetro para condicionar o sistema, a realidade é um fato de todo complexo, muito veloz, que carece de adequação das normas jurídicas, ou seja, uma conformação interpretativa que conjugue direito posto e fatos sociais. Entretanto, esse viés tem sido constantemente desconsiderado.

A lei tem representado cada vez menos a vontade soberana do povo, culminando no desrespeito a princípios e direitos fundamentais básicos. O que sempre ocorre é a aparência democrática, e não a essência, quando o Estado foge ao que lhe determina a Constituição, descumprindo o princípio básico de realizar a justiça social como condição essencial da democracia substancial (BARROS, *Essência...*, 2009, p. 7). Existe no país a necessidade de normas positivadas para que direitos sejam preservados. Este é um grave equívoco, acreditar que a alteração do texto da lei poderia solucionar o problema de descumprimento do Direito. Pelo contrário, tal fato gera efeitos exatamente opostos.

O pior de tudo vem como decorrência. É o desprestígio da lei. Instável, vantagem passageira, expressão partidária, instrumento de interesses, não pode alcançar, como não alcança, o respeito. Muito menos a veneração que antes recebia. Como venerá-la quando exprime a vitória de interesses ocasionalmente favorecidos pelo quadro político, em detrimento de interesses tão ponderáveis como os triunfantes, que são esmagados? Como venerá-la, quando é uma vantagem que se obteve caro, ou uma desvantagem – ressentida como injusta – que se combate, ou se contorna, quando não se viola ostensivamente? (FERREIRA, Filho, 1988, p. 48).

A lei não basta para proteger direitos. Ademais, ela pode, facilmente, se tornar uma manifestação das políticas eleitorais em detrimento das políticas públicas. É essencial a atuação da Justiça Constitucional para compatibilizar a produção legislativa com o respeito aos direitos fundamentais. Mas Direito não é apenas lei. Direito está integrado no processo social.

A Carta Magna de 1988 é um exemplo da exacerbação legalista. Norma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, apresenta diversos artigos exaltando a lei, afirmando a indispensabilidade dela para existência dos direitos. Apenas do art. 5º da Constituição Federal, podemos extrair:

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 seguintes termos*:

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude *da lei*;

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, *na forma da lei*, a proteção aos locais de culto e suas liturgias;

VII – é assegurada, *nos termos da lei*, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

- XXXII – o Estado promoverá, *na forma da lei*, a defesa do consumidor;  
XXXV – *a lei* não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;  
XXXVI – *a lei* não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;  
XLI – *a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais*; [grifos nossos]

Estes são alguns exemplos, extraídos de um único artigo, da sublimação da lei no nosso ordenamento. Trata-se de um dos artigos mais importantes de nossa Carta Constitucional, que deu ao texto o caráter de “constituição cidadã”. Veja-se que, pelo *caput* e incisos supra descritos, há a conformação de toda norma à supremacia da lei. Não há espaço, em tese para aplicação da interpretação como forma de coesão entre as normas. Apenas a lei, soberana, tem o poder de conformar a esfera individual, assegurando direitos que se nela não estiverem previstos não estarão na órbita jurídica. A lei passa a ser mero ato formal e sua supremacia nada tem a ver com o seu conteúdo, mas sim com sua positivação e a com a autoridade editora.

A manifestação do legalismo torna-se ainda mais evidente com a crescente atividade legislativa pelo Executivo. Medidas provisórias e leis delegadas exemplificam a tendência de tornar o Poder Executivo o principal encarregado de fazer valer a “vontade política do povo”. Veja-se, nesse caso, o enorme desvirtuamento do Estado de Direito, ao passo que o Executivo se veste, aberta ou disfarçadamente, da roupagem política, estando muito mais submetido às influências partidárias, coligações majoritárias, interesses eleitorais, etc. Assim, cria-se um novo Estado, onde tudo pode, desde que se guardem apenas as aparências e sejam observadas as formalidades, multiplicando-se direitos especiais – de classes especiais – decorrentes da politização da lei, em absoluto detrimento da igualdade, dos direitos individuais e do verdadeiro Estado de Direito.

Assim, o aparente Estado de Direito nada tem a ver com aquele Estado de Direito em sua essência. Mascaro (2008, p. 122) afirma que se instaura uma legalidade como se universalidade fosse, mas que, em verdade, não passa de privilégios, criando uma visão da lei limitada, sem considerar, tampouco condicionar, o campo material da vida social, reduzindo o direito a mera questão técnica. No mesmo sentido, Thompson (2009, p. 80-89) se vale das formas de operação da ideologia para justificar, de forma ímpar, as relações de dominação e privilégios,

Quando relações estabelecidas de poder são sistematicamente assimétricas,

isto é, quando grupos particulares de agentes possuem poder de uma maneira permanente, em grau significativo, permanecendo inacessível a outros agentes, ou a grupos de agentes, independentemente da base sobre a qual tal exclusão é levada a efeito.

Para ele, um dos modos de operação da ideologia, que se pode relacionar ao pensamento de Mascaro, é a legitimação pela universalização,<sup>4</sup> ou seja, estratégia por meio da qual acordos institucionais, que servem a interesses de alguns, são apresentados como se a todos servissem, ou seja, a legalidade é tratada como universalidade e não o é. Barros (2007, p; 158) também se manifesta a esse respeito, afirmando a existência de táticas e práticas ideológicas que reduzem e esquematizam o direito mascarando a realidade.

Esse aparente Estado de Direito, aqui caracterizado, continua se aperfeiçoando e se formalizando de forma progressiva, reduzindo o Direito a mera técnica legalista, legitimando o poder e a exploração social, segmentando o corpo social em dois lados exponencialmente distintos: o lado dos que vivem sob o direito real – classes dominantes – e o lado dos que vivem na injustiça e absoluta carência. A legalidade, nos dias atuais, não é mais o discurso original de respeito à lei para evitar o arbítrio estatal; pelo contrário ela representa a: realidade exploratória protegida pelo desvirtuamento do Direito na plena realização de direitos parciais e privilegiados. Comanda-se o Estado sob a égide da lei. Mas também se comanda a própria lei.

## **6- Estado legal e violação dos direitos fundamentais: um caso concreto**

Em face dos argumentos apresentados, verifica-se a vulnerabilidade dos direitos fundamentais que ficam à mercê do legalismo. Para embasar tal posicionamento, passemos à análise de um caso concreto que comprova a dominação do Estado de mera legalidade sobre o verdadeiro Estado de Direito.

Nesse ínterim, temos as famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo. O art. 226 da Constituição Federal traz, no *caput*, que a família é a base da sociedade. Essa previsão é um enorme avanço, ao passo que transfere o elemento basilar da sociedade do indivíduo para a família,

---

<sup>4</sup> Segundo Thompson, os modos de operação ideológica podem ser resumidos em cinco categorias, não excludentes de outras formas, a saber: legitimação, dissimulação, unificação, fragmentação e retificação. Cada um desses estratagemas pode apresentar diversas formas de manifestação ideológica.

assegurando especial proteção do Estado. Contudo, nos parágrafos desse artigo, o texto constitucional não trouxe expressamente a previsão de famílias homossexuais, tampouco vedou sua constituição. Quando o Texto Magno trouxe no § 3º a previsão de união estável entre homem e mulher, não afastou a possibilidade de construção doutrinária e jurisprudencial acerca da união estável homossexual. Notamos que, sob a égide da Constituição anterior, caso similar ocorreu com as famílias havidas fora do casamento, no qual doutrina e jurisprudência criaram a figura do concubinato. Desse modo, a previsão constitucional não é taxativa, é meramente exemplificativa devendo, para solução desse problema, ser aplicada a interpretação constitucional.

Questiona-se severamente se as relações havidas entre pessoas do mesmo sexo seriam semelhantes – e merecedoras da respectiva proteção – ao casamento, à união estável, ao concubinato, à sociedade de fato ou simplesmente um nada jurídico traduzido por relações sexuais “imorais” desprovidas de qualquer caráter ou proteção jurídica. O artigo 1723 do Código Civil traz:

é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. §1º: A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente; §2º: As causas suspensivas do art. 1523 não impedirão a caracterização da união estável.

O referido artigo tem tido interpretações distintas. Por um lado, lê-se o artigo como taxativo, do qual as uniões estáveis abarcadas pelo legislador seriam apenas aquelas existentes entre homem e mulher. Em sentido oposto, o artigo tem sido lido de forma meramente exemplificativa, permitindo interpretação extensiva, de modo que as uniões estáveis abarcariam aquelas entre pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidos os requisitos básicos como ânimo de constituição de família, compartilhamento de vida e planos, entre outros.

Sob uma leitura taxativa, o Código Civil de 2002 baseia-se no referido artigo constitucional, determinando o âmbito familiar exclusivamente para união estável entre homem e mulher. Para os que se valem desse entendimento, haveria necessidade de uma lei expressa, autorizando as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Sem a lei, não há direitos, ou seja, as situações fáticas reais, decorrentes, sobretudo, da evolução social, não são merecedoras de proteção. Apenas a lei, soberana, poderia solucionar a questão.

O problema poderia facilmente ser resolvido pela interpretação, sob a óptica da unicidade constitucional, ou seja, a consideração dos princípios gerais adotados pela Constituição que pregam a vedação da discriminação de qualquer natureza. Necessário também lembrar que o §2º do art. 5º da Carta Magna afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Ademais, a Constituição não precisaria autorizar expressamente o que se pretende, ante a meridiana conclusão de que aquilo que não é proibido é naturalmente permitido.

O que se verifica, na prática, é que muitos atos do poder público não são permeados por esse conceito de unicidade, tampouco consideram a vontade do povo, ou seja, desrespeitam o fundamento máximo do ordenamento. Muitas vezes, os direitos de uma minoria política economicamente dominante são assegurados em detrimento absoluto dos direitos da população, fugindo do real objetivo Estatal. Segundo Gebran Neto (2002, p. 22),

As modernas técnicas de hermenêutica, os caminhos da retórica e principalmente a vontade política (considerada tanto como a vontade do poder público, quanto como a vontade do poder legislativo e exigência da própria sociedade) nem sempre têm servido para dar efetividade àquilo que foi pretendido.

De tal discussão restam as pessoas prejudicadas que cumprem os requisitos necessários à união estável e, por serem de mesmo sexo, tem sua pretensão definida por valorações pessoais e julgamentos morais, podendo haver tratamentos extremamente diferentes para casos idênticos. As questões patrimoniais, a possibilidade do pedido de alimentos, a instituição de bem de família e outros aspectos relevantes ligados à constituição familiar são desprezados, criando situações notoriamente desiguais e injustas. Quando se trata de união estável, seja homossexual, seja heterossexual, fala-se numa relação caracterizada por requisitos, a saber: a) publicidade: a união é mantida com a transparência que qualquer outro relacionamento normal goza. A relação pode ser discreta, mas deve ser notória; b) continuidade: forma-se com o tempo, numa noção de estabilidade; c) durabilidade: é um conceito vago, demonstrado no caso concreto, mas que significa a intenção de compartilhamento de vida por longo período; d) objetivo de constituir família: empenho e esforço mútuo para concretização de sonhos em comum, buscando o bem-estar. Além dessas características, a união estável pressupõe deveres, tais como

lealdade (entendida como honestidade, comprometimento, sinceridade, fidelidade, etc.), respeito e assistência mútua. Dessa forma, não se busca considerar quaisquer relações de envolvimento afetivo ou sexual como uniões estáveis, mas apenas aquelas que cumpram esses requisitos, ou seja, que demonstrem o objetivo familiar. Para tanto, independe o sexo dos companheiros, podendo ser de sexos opostos ou não.

Por vezes não raras, as famílias das pessoas envolvidas, que agiam com total desprezo e discriminação em face às uniões, são aquelas que disputam judicialmente os bens com o companheiro que efetivamente colaborou para a formação do patrimônio, tendo sua pretensão concedida em detrimento do parceiro.

A doutrina legalista e a jurisprudência mecanicista aguardam a produção legislativa – se é que haverá – para decidir os casos concretos. Na tentativa de regulamentar a situação em 1995 foi apresentado pela então deputada federal Marta Suplicy o Projeto de Lei, sob número 1.151, que instituiu a união civil entre pessoas do mesmo sexo. O referido projeto jamais foi votado em plenário. Posteriormente, houve apresentação de um substitutivo ao projeto, buscando a regulamentação da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, ao contrário da instituição da união civil homossexual. Em 2001, foi proposto pelo deputado Roberto Jefferson o Projeto de Lei 5.252, com intuito de criar e disciplinar o pacto de solidariedade, que poderia ser registrado por duas pessoas quaisquer, independente do sexo. Por acordo de lideranças, não houve deliberação acerca do mesmo. Em março de 2009 foi proposto pelo deputado José Genuíno e outros deputados, o Projeto de Lei de número 4.914, substitutivo ao de número 1.151 supra mencionado, que inclui no Código Civil o artigo 1.727A, aplicando às uniões de pessoas do mesmo sexo as disposições do Código Civil no que toca à união estável, exceto quanto à regra do art. 1.726 que permite a conversão da união estável em casamento.

Na ausência de disposição normativa expressa, a questão fica sob análise da jurisprudência no caso concreto. O envolvimento de questões morais, conservadorismos e outras polêmicas geram enorme insegurança jurídica. Isso porque as decisões jurisprudenciais são as mais opostas possíveis. O Estado do Rio Grande do Sul é, há tempos, considerado inovador na matéria. As primeiras decisões que reconheceram direitos aos casais homossexuais encontram-se nesse Estado. Inicialmente, merece grande destaque o entendimento de que as varas de família são os órgãos competentes para a discussão de direitos e deveres oriundos dessas uniões. A partir desse entendimento, outras decisões de enorme contribuição

passaram a conceder direitos aos homossexuais, com previsão analógica de união estável. Cronologicamente, a primeira decisão no sentido de assegurar direitos a casais homossexuais data de 1996, na esfera federal, em ação ordinária que buscava autorização para inclusão de parceiro homossexual como dependente de plano de saúde.<sup>5</sup>

Enquanto o Rio Grande do Sul dá mostras da realização do verdadeiro Estado de Direito, o Rio de Janeiro decide, majoritariamente, no sentido do Estado de mera legalidade, negando reconhecimento às uniões entre pessoas do mesmo sexo, por ausência de previsão legal.<sup>6</sup> Cite-se o conteúdo de uma das decisões:

A equiparação da relação homoafetiva com a instituição da família não se mostra admissível enquanto o texto constitucional, bem como o direito infraconstitucional (art. 1.723 do Código Civil), referirem expressamente que a entidade familiar é formada por um homem e uma mulher. Pretensão de interpretação extensiva do parágrafo 3º do art. 226 da CF/88 impossível.

Ainda que à luz da legislação formal não se encontre contemplado em texto específico o fato social, essa lacuna não é suficiente para impedir a aplicação de regras justas, equânimes e proporcionais, lastreadas nos fins últimos da Constituição. O intérprete deve guardar vínculo com a excelência do discurso normativo constitucional, auxiliando as normas constitucionais a obterem sua máxima eficácia. Deve-se, indiscutivelmente, lutar contra subjetivismos que reduzam a acepção de juridicidade, por meio de arbítrios irracionais que aplicam o legalismo (uma única resposta correta, baseada na lei), em detrimento do constitucionalismo (melhor resposta para o caso concreto, baseado nos direitos individuais – realização do Estado de Direito).

Destacam-se as considerações de Freitas (2007, p. 334) sobre o assunto: “A fidelidade maior há de se verificar no zelo pela preservação dos princípios que mantenham o sistema em contínua legitimação, sem que a aspiração ilegítima da única resposta inocule arbítrios não universalizáveis”.

<sup>5</sup> Destacam-se, na justiça gaúcha, as decisões: *Ação ordinária n. 96.000.2030-2, Agravo de Instrumento n. 599075496, Apelação Cível n. 70002355204, Apelação Cível n. 598362655, Apelação Cível n. 70001388982, Apelação Cível n. 7000548881-2, Apelação Cível n. 70009550070, Apelação Cível 70012836755, Apelação Cível 70021637145*, entre outras.

<sup>6</sup> Neste sentido: *Apelação Cível 2005.001.28033, Apelação 2005.001.28842, Apelação Cível 2005.001.44730, Apelação Cível 2006.001.45903, Apelação Cível 2006.001.08192, Apelação Cível 2006.001.09083, Apelação Cível 2006.002.17965, Apelação Cível 2007.001.04634*, entre outras.

Discriminação deve ser proibida quanto à raça, cor, etnia, descendência, sexo, status econômico, língua, religião, crença, opinião política, nacionalidade, orientação sexual, identidade de gênero, idade, deficiência ou qualquer outra forma de distinção. As limitações ao reconhecimento das uniões homossexuais são desarrazoadas e incorretas, pois excedem o âmbito e função da atuação estatal na sociedade moderna que deve ser proteger os indivíduos e assegurar-lhes direitos.

## **7- O verdadeiro Estado de Direito**

Hodiernamente, já se fala que o Direito não é meramente a lei. Nossa tradição legalista nos leva a esse pensamento estrito de legalidade, mas o Direito reveste-se de forte caráter interpretativo. Acredita-se que o viés interpretativo seja a mais importante forma de manifestação do Direito. A Lei de Introdução ao Código Civil, no art. 4º, elucida que o juiz, no caso de omissão legislativa, decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. Nota-se, destarte, que a interpretação do juiz, nesses casos, é que efetivamente define a lei.

A legalidade enquanto possibilidade para um Estado de Direito deve assentar-se na neutralidade axiológica e na universalidade de princípios promotores do pleno desenvolvimento humano, assegurando os direitos individuais de forma abrangente e realizadora.

Verifica-se hoje uma tendência de transformar o verdadeiro Estado de Direito em mero Estado de legalidade, ou seja, fazendo valer exclusivamente o texto posto de forma restritiva. É notório, porém, que as normas moldam os fatos e estes moldam aquelas, numa verdadeira dialética de integração. O ordenamento jurídico é um sistema dinâmico que interage com a realidade fática que visa a regular. Se não é possível que as normas jurídicas prevejam ou contenham todas as transformações naturais ocorridas numa sociedade – mudanças como alteração de valores, avanços tecnológicos, alterações ideológicas – o sistema constitucional necessita conter meios ou mecanismos capazes de acompanhar essas evoluções. Tal procedimento é absolutamente fundamental para manter a coesão e eficácia do sistema constitucional.

Como ensina Barros (2007, p. 245-246), a Constituição (e todo o ordenamento jurídico) é:

Uma decisão política que tende a alcançar a vida social em toda a sua amplitude: não só ordenar estritamente a política, mas ordenar politicamente a economia, a família, a educação, a cultura, o esporte, o lazer e outras matérias sociais.

[...] Estabelece políticas, entre as quais sobressaem as políticas públicas. [...] As políticas públicas visam *planificar para plenificar*. Se verdadeiras, buscam superar por uma democracia substancial, econômica, a democracia puramente formal, eleitoral. [com grifos no original]

No mesmo sentido leciona brilhantemente:

A lei deve se integrar com formas de autêntica participação do povo, comedindo a democracia substancial pela justiça social, esta sendo comedida, por sua vez, por uma equânime distribuição entre todos da riqueza produzida pelo trabalho de todos. É só nesse sentido que o Estado de legalidade pode ser um autêntico Estado de direito: convertendo-se constantemente em *Estado de legitimidade* [grifo nosso] (BARROS, *Essência...*, 2009, p. 10)

A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe ao sistema jurídico brasileiro a “constitucionalização” dos direitos fundamentais, exteriorizando a máxima do constitucionalismo, representada pelo estabelecimento expresso de grande gama de direitos fundamentais ao ser humano. Ademais, estabeleceu garantias reais e eficazes aos direitos fundamentais, individuais e coletivos. Pela primeira vez os direitos fundamentais foram tratados com relevância e adquiriram status jurídico adequado.

Considerando a alta mutabilidade social, sem a concomitante alteração legislativa, visto que o processo de mudança social é muito mais célere que o processo de alteração das normas, a interpretação é ferramenta essencial para a correta aplicação da norma no tempo, moldando-a às atuais situações fáticas, com objetivo de atender às necessidades sociais nos casos concretos. É um processo de todo complexo, que envolve atualização dos modelos jurídicos por meio, também, de fatores sociais, culturais e individuais daquele que interpreta a norma. Necessita-se, sobremaneira, de vivências para que se possa entender e aplicar, no mundo real e concreto, o significado dos conceitos jurídicos. A Constituição Federal há de ser sempre interpretada, pois somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas e momentâneas se encontrará o melhor sentido da norma jurídica em confronto com a realidade. Não se pode considerar verdadeira a crença em normas constitucionais de sentido único e objetivo. As cláusulas constitucionais possuem conteúdo aberto e principiológico, intimamente dependente da realidade social.

Nesse sentido, é de todo oportuno trazer à baila a classificação de Canotilho (1993, p. 318) acerca das regras de interpretação constitucional. Primeiramente, define a Constituição como um sistema aberto que

sofre interferências de elementos externos e em constante comunicação com o sistema fático, restando caracterizar o perene processo de desenvolvimento e mutação. O autor declara ainda que para a correta conformidade das normas constitucionais à realidade social é indispensável que a interpretação siga princípios, como o: “princípio da unidade constitucional” (a interpretação deve ser realizada de maneira a evitar contradição entre as suas normas), “efeito integrador” (na resolução dos problemas, deve-se sempre buscar os critérios que favoreçam a integração e reforço da sociedade e unidade política), “máxima eficiência” (à norma constitucional, deve-se dar o sentido que maior eficácia lhe conceda), “harmonização” (coordenação e harmonia dos bens jurídicos conflitantes a fim de evitar o sacrifício total de uma das normas em detrimento da outra), “força normativa da Constituição” (entre todas as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que assegure maior eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais).

É e deve ser objetivo primordial da interpretação constitucional a justiça, equidade, equilíbrio de interesses, razoabilidade, segurança jurídica, harmonização, proteção efetiva da liberdade, igualdade social, atingindo resultados satisfatórios. Deve-se frisar que a aplicação das regras interpretativas deve almejar, sobretudo, a compatibilização do texto constitucional com as finalidades precípuas nele declaradas, assegurando a maior aplicabilidade dos direitos e garantias. A aplicação da norma deve, sobremaneira, realizar finalisticamente os mandamentos constitucionais. Barroso e Barcellos (2003, p. 107) afirmam que “a valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética”. Nesse caso, podemos dizer que há aproximação do verdadeiro Estado de Direito.

A interpretação constitucional é um meio moderno e eficaz de alteração do Texto Magno, conformando-o à realidade, sem necessidade de alteração expressa no texto da norma. Não é preciso haver uma norma editada para ter um direito preservado. Muitos direitos são diariamente violados, apesar de haver texto normativo expresso. Não é a produção legislativa e a observância fiel da lei – estado legal – que contribuirá para o atingimento de uma sociedade mais justa.

Note-se a Constituição dos Estados Unidos da América: ao longo de mais de 200 anos o texto constitucional é o mesmo, mas não se pode afirmar, de forma alguma, que a Constituição seja a mesma. A imutabilidade da letra da lei não caracteriza a imutabilidade dos princípios abarcados pela

literalidade. Destarte, no que tange aos negros, o texto constitucional já foi invocado para garantir a escravidão, para promover a libertação dos escravos, estabelecer a segregação racial<sup>7</sup> e restrições aos direitos dos negros, e por fim, para selar a efetiva igualdade jurídica de oportunidades e tratamento. Nenhuma mudança formal aconteceu, o que se verifica é a alteração pela via interpretativa dos dispositivos constitucionais, de acordo com a realidade fática existente. Essa interpretação constitucional serve, sobremaneira, para manter a coerência e eficácia do sistema constitucional, auxiliando, ainda, na determinação dos seus limites. Com tal exemplo, verifica-se que o que efetivamente mudou foi a forma de interpretar e analisar a mesma letra legal, conformando a Constituição com a realidade social. Bastos e Meyer-Pflug (2007, p. 151), nesse sentido, ensinam que as constituições não são axiologicamente neutras, ou seja, os textos postos procuram elementos em ideologias distintas, com valores que respondam às aspirações sociais de determinado momento.

Não apenas a Constituição, mas as normas positivadas, de forma geral, são produzidas de acordo com as ideologias de determinado momento. O que não pode ocorrer, num Estado de Direito, é a prevalência de ideologias políticas das classes dominantes que deturpam a representação parlamentar, criando normas em seu benefício em detrimento de toda a sociedade. O ordenamento jurídico é uma totalidade em perene dinamismo e as regras do direito, ao serem criadas, possuem um motivo e um sentido. Porém, há fatos supervenientes que carecem de adequação a essas normas, devendo os operadores do direito ajustar os modelos jurídicos às necessidades de um mundo cada vez mais complexo por meio de interpretação estrutural, vivenciando-a. É de todo oportuno trazer os ensinamentos de Bastos (2001, p. 58), *in verbis*:

O direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O direito é mais que isto: é conjunto significativo, é unidade de sentido, é valor incorporado em regra.

<sup>7</sup> Essa alteração constitucional, por meio interpretativo, pode ser ilustrada, simplificada, pelo caso **Brown vs. Board of Education**, envolvendo a XIV Emenda Constitucional (consagradora do direito à igualdade). Mesmo após essa emenda, leis estaduais que estabeleciam segregação racial em escolas públicas foram consideradas válidas e compatíveis, pois às escolas de negros eram oferecidas as mesmas condições ofertadas às escolas de brancos, ou seja, havia igualdade de tratamento. Posteriormente, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou tais leis inconstitucionais. Não houve alteração no texto da Emenda, apenas mudança no viés interpretativo da mesma, ou seja, não foi necessária uma lei para resolução justa da controvérsia.

Esse é o verdadeiro Estado de Direito. O conceito de justiça constitucional deve estar ligado à preocupação com o respeito à pessoa na vida social. Como todas as pessoas humanas têm o mesmo valor, a justiça consiste em manter a igualdade nos casos concretos. Não basta afirmar com palavras que todos são iguais, devendo-se ter uma ordem social em que todos “possam” ser iguais.

Nossa Constituição, já no Preâmbulo, traz uma carta de intenções com proclamação de princípios. Como alude Moraes (2004, p. 51):

Apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, consequentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem.

Daí inferem-se os grandes fins da Constituição, que devem ser aplicados para dissipar obscuridades, em aplicação conjunta com o texto constitucional. Nesse diapasão, é de todo oportuno citar os ensinamentos de Silva (2006, p. 22), ele afirma que o conteúdo do Preâmbulo Constitucional determina que:

O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. Assegurar tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu exercício. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, como objeto de assegurar, tem o efeito imediato de preservar ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção de destinatários de normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico. Os valores supremos, expressamente enunciados, são os direitos sociais, os direitos individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

As previsões constitucionais, em especial aquelas tangentes aos direitos fundamentais, não são meros enunciados teóricos. Possuem força normativa, devendo servir de princípios conformadores na atuação do poder público em todas as esferas. Deve, indubitavelmente, haver compatibilidade entre democracia e Estado de Direito, com objetivo precípuo de preservação dos direitos fundamentais. O sistema normativo não deve conter preceitos que contrariem a realidade social. Deve ter coerência com a realidade para que seja viável, sob pena de os dispositivos constitucionais tornarem-se meras afirmações teóricas, desmoralizadas e desprovidas de eficácia. Torna-se uma posição hipócrita enraizar conceitos

na ordem constitucional e depois fazê-los letra morta. Não é a letra da lei que garante a eficácia dos direitos. Este é um grave equívoco, acreditar que a alteração do texto da lei pode solucionar o problema de descumprimento do Direito.

As disposições normativas devem ser construídas não num senso restrito e rígido, mas de maneira ampla e liberal, de forma a considerar as mudanças e propósitos sociais, não se atrofiando, mas permanecendo flexível o suficiente para ir ao encontro das questões socialmente emergentes. A democracia não pode sobreviver num sistema que não proteja, de maneira eficaz, os direitos e garantias fundamentais. O conceito de justiça deve ser absolutamente independente de caprichos e intolerâncias. Deve haver a defesa dos interesses de todos na observância da Constituição e não na defesa dos interesses de determinados grupos. É dever precípua do Estado remover os óbices que impeçam a realização individual da dignidade humana.

Para o atingimento dos verdadeiros objetivos de um Estado de Direito, é fundamental que a Constituição seja lida, aplicada, interpretada e realizada conforme o texto posto. Assim, deve-se assegurar a liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, como determina o preâmbulo da Carta Magna. Devem ser perseguidos os objetivos de uma real, e não apenas teórica, sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais, promovendo o bem de todos sem quaisquer formas de discriminação. É essencial que o texto, muito belo e justo na teoria, seja posto em prática. Não se pode sustentar que a lei aja sozinha, pelo contrário, deve-se encarar o ordenamento jurídico como um todo, com regras e princípios que confluem para um só fim: a realização humana na plenitude de seus direitos.

Não existem respostas únicas; existem respostas melhores. É fundamental a existência de articulações e argumentos decisivos que transcendam os limites do direito posto, conformando a realidade social e a realidade normativa num viés abrangente e acolhedor. Só assim, existirá o verdadeiro Estado de Direito.

## **8- Conclusão**

O processo de redemocratização brasileira, ocorrido na década de 1980, trazia esperanças e tentativas de instituição da legalidade social, especialmente ligadas à reconquista das garantias formais e políticas

gravemente violadas no período da ditadura militar. A Assembleia Constituinte funcionou como uma colcha de retalhos, na qual cada grupo social queria incluir seus direitos, de forma a ter a proteção constitucional. A Constituição cidadã, pelas palavras de Ulisses Guimarães, foi um marco profundo no sistema constitucional brasileiro, sem dúvida. Uma enorme gama de direitos ganhou caráter constitucional, de eficácia imediata, com garantias legais de preservação desses direitos.

Contudo, o que tinha tudo para ser uma verdadeira representação democrática acabou descambando. A democracia política não conseguiu, efetivamente, estabelecer um Estado de Direito com instituições capazes de se aperfeiçoarem de forma imparcial. O coronelismo e o domínio político regional estavam presentes nesse processo de democratização. As alianças, os acordos, os arranjos de interesses macularam o processo de criação da nova Constituição, que já nasceu, apesar de formalmente mais benéfica, materialmente prejudicada.

A presença da política de classes, oligarquias e práticas de corrupção cada vez maiores afronta imensamente a democratização e a aproximação do Estado de Direito. Os mecanismos de controle e as limitações postas na Constituição ganharam caráter de letra morta, ao passo que o Executivo pode legislar a seu bel prazer, de forma muito mais livre, atendendo às exigências da classe eleitoreira (daqueles que realmente o elegem).

A universalização dos direitos individuais tem caráter estritamente formal. Forma esta que não subsidia e sim amarra. O que parece ter ocorrido é a aparente transformação daquilo que em nada mudou, ou seja, aparentes e benéficas mudanças no sistema dos direitos individuais, mas essencialmente as mesmas mazelas, violações e desrespeitos de outrora. Os direitos humanos se esvaem e perdem sua eficácia por meio da própria legalidade, que serve à classe hierarquizada. Cidadania real e direitos individuais são privilégios de poucos – dos que mandam e desmandam no sistema social que permanece preconceituoso, excludente e autoritário.

A soberania da lei, a exacerbação da legalidade e o atamento às formas legais representam uma verdadeira impossibilidade de exercício da cidadania e realização individual. É imperioso que o ordenamento brasileiro se torne menos escravo das amarras da lei para que, só assim, possa realmente se aproximar do Estado de Direito verdadeiro, protetor e garantidor, possibilitando a realização humana em sua justa plenitude.

## DENYING THE RULE OF LAW FOR THE STATE OF LEGALITY: FROM CARRÉ DE MALBERG TO OUR DAYS

**Abstract:** *The fundamental right's protection and the human being's realization have been the subject of frequent debates in legal area. Many policies are adopted in order to achieve the widest possible range of rights. However, the search for protection occurs most often by legal recognition of rights, striving for the legality, idolizing the law as the only solution to the problems presented. Thus, what is not in law is not in the legal world. Legal interpretation, analogy and other ways of solving the issues are abandoned, bringing the law to a Legal State rather than the true rule of it. It will be delineated a comparison between the two sectors in an attempt to unravel the political and ideological facets that surround the field, aiming eventually to find ways to achieve citizenship and fundamental rights in their fullest expression.*

**Keywords:** *Rule of law. Legal State. Human rights. Constitutionalism. Legality. Ideology.*

### REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição Dialética para o Constitucionalismo**. Campinas: Millennium, 2007.

**DIREITOS Humanos:** Paradoxo da Civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

**ESSÊNCIA e aparência.** Aula ministrada no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 22/09/2009.

**ESTADO de Direito.** Aula ministrada no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 13/10/2009.

BARROSO, Luís Roberto, BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios. in: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais:** considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvi-

mento e atualização das normas constitucionais. in: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CHAUÍ, Marilena. **Conformismo e Resistência**. São Paulo: Brasiliense, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional 'versus' a única resposta correta. in: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.) **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KASHIURA JUNIOR, Celso Naoto. **Crítica da Igualdade Jurídica**: Contribuição ao pensamento jurídico Marxista. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MALBERG, Raymond Carré de. **Contribution à la Théorie Générale de L'État**. Tradução de Sérgio Resende de Barros do capítulo A Função Administrativa. Paris: Librairie de la société du Recueil Sirey, 1920.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral**: Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Recebido: abril/2010.

Aprovado: outubro/2010

