

## **A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO: APONTAMENTOS SOBRE A POSSIBILIDADE DA TEORIA GARANTISTA COMO ALTERNATIVA**

**Marcelo Schmitt Gamba**<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O Desenvolvimento do Paradigma de Atuação do Poder Judiciário; 2 O Poder Judiciário Nos Países Periféricos; 3 A Teoria Garantista: Uma Resposta À Crise; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

### **RESUMO**

Este artigo analisa, com base na bibliografia especializada, os problemas da crise do Poder Judiciário Brasileiro comparando-os, posteriormente, à proposta e solução, que aqui se entende desta forma, dada pela teoria garantista de Luigi Ferrajoli. Para isto, o ponto de partida é entender a crise do Poder Judiciário não como uma crise essencialmente setorial, mas uma crise que acontece, sobretudo nos países periféricos, em razão de deficiências do próprio Sistema de Estado atual. Assim, analisando-se a presente crise, propõe-se, a partir da teoria garantista, buscar respostas e soluções, porém, sempre atento para não cair na crença de que esta é a única resposta possível, ou que ela isoladamente poderá corrigir todos os problemas de uma crise tão complexa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crise Estatal; Poder Judiciário; Teoria Garantista.

### **RIESUMO**

Questo articolo analizza, con base nella bibliografia specializzata, i problemi della crisi del Potere Giudiziario Brasiliano con una comparazione, posteriore, alla proposta di soluzione, qui capita da questo modo, regalata per la teoria garantista di Luigi Ferrajoli. Pertanto, il punto di partenza sarà capire la crisi del Potere Giudiziario no come una crisi specifica del Giudiziario, ma una crisi che succede, soprattutto nei paesi periferici, come conseguenza di una deficienza del sistema Statale attuale. Così, partendo della teoria garantista, si propone la ricerca di una risposta e soluzione, però, sempre atento per non cadere nella

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Campus São José. Atualmente é mestrando da Universidade Federal de Santa Catarina na área de História, Filosofia e Teoria do Direito. Endereço eletrônico: ms.gamba@hotmail.com

GAMBÁ, Marcelo Schmitt. A crise do poder judiciário: apontamentos sobre a possibilidade da teoria garantista como alternativa. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

credenza di che questa è l'unica risposta possibile, o che da sola potrà corrigere tutti i problemi di uma crisi così complessa.

**PAROLE-CHIAVE:** Crisi Statale; Potede Giudiziario; Teoria Garantista.

## **INTRODUÇÃO**

A evolução do Poder Judiciário, em especial nos países periféricos, como é o caso do Brasil, não se deu conjuntamente com a evolução social, o que acarretou enormes problemas na relação entre o Estado e o cidadão. Assim, o Poder Judiciário tem perdido crédito por não mais corresponder às reivindicações movidas pelos novos conflitos decorrentes das mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas.

Nesse sentido, a sociedade jurídica tem se mobilizado buscando novas concepções jurídicas que possam ser aplicadas na sociedade contemporânea. Tais buscas concentram-se na reformulação da função e da maneira de agir do Poder Judiciário e o estudo de seu verdadeiro papel dentro de um Estado Democrático de Direito.

A partir disto, pode-se pensar na teoria garantista de Luigi Ferrajoli como uma possível alternativa. Isso porque, tal teoria apresenta-se como um conjunto de princípios axiológicos racionalmente compartilhados, com a preocupação de evitar que o magistrado fique agindo de forma discricionária e sem limites. Por outro lado, não se trata de um aprisionamento do magistrado à letra da lei. Logo, permite analisar o Poder Judiciário e sua atuação de forma a buscar uma alternativa aos problemas identificados.

O presente artigo tem como objetivo específico analisar e demonstrar a amplitude da crise presente no Estado atual, e buscar, na teoria garantista de Luigi Ferrajoli, uma possível resposta e solução. Não se trata de encontrar a panacéia para todos os problemas causados. Mas de apresentar um passo que, jamais isoladamente, poderá auxiliar o jurista na tomada de ações de combate à crise.

GAMBÁ, Marcelo Schmitt. A crise do poder judiciário: apontamentos sobre a possibilidade da teoria garantista como alternativa. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Assim, a partir do método de abordagem indutivo e o método de pesquisa bibliográfico realizou-se uma pesquisa voltada sempre à bibliografia específica que continha imediata referência ao tema da crise do Poder Judiciário. Com isso pôde-se traçar o parâmetro da crise que assola este poder. Posteriormente, a presente pesquisa trabalhou comparativamente, analisando os problemas encontrados na literatura especializada e buscando, na teoria garantista de Luigi Ferrajoli, algumas respostas aos problemas identificados.

## **1 O DESENVOLVIMENTO DO PARADIGMA DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

O Poder Judiciário, enquanto um dos três poderes constituídos do Estado, passou por importantes modificações em sua trajetória. Atravessou três grandes períodos históricos no significado sociopolítico da função estatal: Estado Liberal, Estado Providência e Estado Atual ou Crise do Estado-providência.<sup>2</sup> A evolução do Estado, e as crises passadas por ele, influenciaram e influenciam sobremaneira a própria atividade jurisdicional, daí porque a importância do estudo do Poder Judiciário sempre levando em consideração a evolução e crises do próprio Estado.

Foi no Estado Liberal, que teve sua história traçada no século XIX até a primeira grande guerra, que se fortaleceu e iniciou a aplicação da teoria da separação dos poderes. Em razão disso, ocorreu o fortalecimento do positivismo. Apresentou-se, nessa época, um Poder Judiciário reativo, ou seja, baseado no princípio da inércia e em conflitos *inter partes* que geravam decisões aplicáveis apenas às partes em litígio. Além disso, esse período é caracterizado por uma atuação judiciária essencialmente, senão exclusivamente, exegética, devido à independência entre os três poderes.

---

<sup>2</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n.30, 1996. Disponível em: <<[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>>. Acesso em: 26/08/2009.

GAMBÁ, Marcelo Schmitt. A crise do poder judiciário: apontamentos sobre a possibilidade da teoria garantista como alternativa. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

Assim, nesta fase, as decisões eram tomadas de forma totalmente independente, na qual cada poder se restringia a sua parcela de atividade. Porém, a independência não caminhava por todas as áreas. Importante destacar que existia uma forte dependência econômica e financeira, sobretudo, no Poder Executivo que era o centro do poder estatal.

Portanto, neste período o Poder Judiciário pode ser caracterizado como um poder de mínimo peso político, ficando à margem dos debates sociais e políticos. Suas práticas podem ser traduzidas como: rotineiras, eticamente frouxas, mas tecnicamente exigentes. Assim, neste período o Poder Judiciário era o responsável pela legitimidade política dos outros poderes, pois fazia com que os ditames deles chegassem, sem distorções, à população.<sup>3</sup>

O Estado na fase liberal se apresenta pela fórmula Hobbesiana. Isto quer dizer que corresponde à instância axiológica da refundação do direito sobre o princípio da legalidade como garantia de certeza e liberdade. Com o surgimento deste princípio da legalidade e sua atuação – traduzida nas codificações – uma norma jurídica passou a ser válida não pelo seu conteúdo ou por ser justa, mas sim, exclusivamente, por ter sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa. Neste caso, o legislativo.<sup>4</sup>

Com o princípio da legalidade, a ciência do direito deixa de ser imediatamente normativa para ser cognoscitiva. Isto é, explicativa de um objeto: o direito positivo. Portanto, o direito se submete somente à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação.<sup>5</sup>

Com o advento do Estado Providência ocorreu o colapso da teoria da separação dos poderes devido à governamentalização da produção do Direito. Gerou-se,

---

<sup>3</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de Derecho*. p. 17: "Se trata de um cambio de paradigma que atañe a la forma, más que al contenido de la experiencia jurídica. Si comparamos El código civil de Napoleón o El código civil italiano com las Instituciones de Gayo, las diferencias sustanciales pueden parecer relativamente escasas. Lo que cambia es el título de legitimación, que ya no ES la autoridad de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción; no la verdad, sino la legalidad; no la sustancia, ES decir, la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos."

assim, um caos normativo com uma explosão legislativa e uma jurisdicionalização generalizada da realidade e da Justiça. Além disso, foi nessa época que se emanaram as conquistas legais de âmbito individual e coletivo. Assim, houve o choque entre os litígios individuais e os litígios coletivos, pois, a forma de tratamento passou a ser a mesma, mas, necessitava-se de uma estrutura de atendimento diferenciada.

Pode-se dizer, então, que nessa fase houve uma verdadeira revolução do Judiciário, visto que se iniciou o caminho do Poder Judiciário por uma via política, tendendo a transformar-se em um palco de decisões políticas, com uma visibilidade social e mediata aos tribunais, também ajudada pela coletivização da litigiosidade. Nesse sentido, verifica-se a verdadeira mudança de paradigma ocorrida no sistema de justiça do Estado Liberal, pois, o Poder Judiciário passa a assumir aqui o posicionamento de um poder político reconhecendo sua atividade política dentro da sociedade constituída. Tal fator se dá também pela conquista de novos direitos, em especial de segunda e terceira geração, que ainda não possuíam uma resposta adequada por parte das normas positivadas.

Com o nascimento do Estado Atual houve um aprofundamento da perda de coerência e da unidade do sistema jurídico. Isso ocorreu em especial por dois motivos: desregulamentação da economia e busca de uma regulamentação transnacional devido à globalização, chamada nova *lex mercatoria*.<sup>6</sup> Este novo direito trazido pela globalização que toma cada vez mais poder, mostra não só mais uma dimensão do caos normativo de natureza, agora, transnacional mas é, além disso, causa e consequência da erosão da soberania estatal, acarretando consigo a erosão do Judiciário na garantia do controle da legalidade.

Esta crise de soberania no Estado atual pode ser mais bem compreendida quando comparada com o modelo de soberania no Estado Liberal. Neste, com o surgimento das constituições, a soberania interna dos Estados manteve-se, por

---

<sup>6</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. p. 37: "Mas o processo de desregulamentação é contraditório, na medida em que a desregulamentação nalgumas áreas foi levada a cabo de par com a regulamentação acrescida de outras e, na grande maioria dos casos, a desregulamentação foi apenas parcial. Acresce que, paradoxalmente, depois de décadas de regulação, a desregulamentação só pôde ser levada a cabo mediante uma produção legislativa específica e por vezes bastante elaborada. Ou seja, a desregulamentação significa em certo sentido uma re-regulamentação e portanto uma sobrecarga legislativa adicional."

certo período de tempo, limitada e regulada pelas constituições escritas. Porém, com o desenvolvimento da sociedade e surgimento da nova *lex mercatoria*, passou a ocorrer a fuga dos cidadãos à tutela jurisdicional, isto é, não procura do Poder Judiciário interno para buscar vias em tribunais internacionais ou acordos.<sup>7</sup>

Esse fato ocorreu por diversos motivos, entre eles destaca-se:

- a) Não atração pelos sistemas rotineiros de justiça, com o desempenho dos tribunais realizado de maneira quantitativa, visto que esses obtiveram um real aumento da litigação<sup>8</sup>;
- b) Erosão da legitimidade dos tribunais devido à tendência dos juízes de se refugiarem nas rotinas e no produtivismo quantitativo quando deparados com casos novos e complexos, em especial com relação às novas tendências das relações sociais, civis e econômicas;
- c) Surgimento de uma nova área de litigação, direitos de segunda e terceira geração, como por exemplo, o Direito Ambiental, o que exige ainda mais preparo por parte dos magistrados.<sup>9</sup>

Desta forma, o Estado Atual encontra dois pontos de crise: um ponto interno, no qual o Poder Judiciário, devido ao seu atrasado desenvolvimento não mais responde adequadamente aos anseios da sociedade diminuindo cada vez mais sua função. E um ponto externo, que se dá com o surgimento de novos pólos de poder e a fuga, cada vez maior, dos jurisdicionados na busca de uma tutela supraestatal ou acordos que não estariam ligados diretamente ao Poder Judiciário interno. Conforme bem expõe Luigi Ferrajoli:

O Estado nacional como sujeito soberano está hoje numa crise que vem tanto de cima quanto de baixo. De cima, por causa da transferência maciça para sedes supra-estatais ou extra-estatais

---

<sup>7</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas.

<sup>8</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. O aumento da litigação merece importante análise para a verificação de até que ponto se trata de novos litigantes e não do uso mais intensivo e recorrente do Poder Judiciário por parte dos mesmos litigantes, os chamados *repeat players*.

<sup>9</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas.

(a Comunidade Européia, a OTAN, a ONU e as muitas outras organizações internacionais em matéria financeira, monetária, assistencial e similares) de grande parte de suas funções – defesa militar, controle da economia, política monetária, combate à grande criminalidade -, que no passado tinham sido o motivo do próprio nascimento e desenvolvimento do Estado. De baixo, por causa dos impulsos centrífugos e dos processos de desagregação interna que vêm sendo engatilhados, de forma muitas vezes violenta, pelos próprios desenvolvimentos da comunicação internacional, e que tornam sempre mais difícil e precário o cumprimento das outras duas grandes funções historicamente desempenhadas pelo Estado: a da unificação nacional e a da pacificação interna.<sup>10</sup>

Assim, é necessário uma dupla resposta para que se proponha o real desenvolvimento do Poder Judiciário para a solução da crise. De um lado, na tentativa de reaproximação e retomada das ações historicamente desenvolvidas pelo Poder Judiciário. De outro, a reconquista dos cidadãos e, por consequência, da soberania estatal.

## 2 O PODER JUDICIÁRIO NOS PAÍSES PERIFÉRICOS

Os tribunais nos países periféricos, devido às crises democráticas, políticas e institucionais que sofreram, não passaram pelos mesmos passos nas transformações verificadas nos países desenvolvidos. Isso se deu, em especial, pelas graves quebras democráticas, o que fez com que o Poder Judiciário ultrapassasse determinada etapa de evolução histórica, pela qual passaram normalmente os países desenvolvidos.<sup>11</sup> Tal fator é de extrema importância, para que se compreenda a verdadeira ação jurisdicional que, apesar do invólucro semelhante com o de outros países (ditos desenvolvidos), apresenta internamente ações e objetivos completamente diferentes.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 48.

<sup>11</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas.

<sup>12</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. p. 44: “[...] as trajetórias políticas e sociológicas do sistema judicial nos países periféricos e semiperiféricos são distintas das do sistema judicial nos países centrais, ainda que haja entre elas alguns pontos de contato. A análise comparada dos sistemas judiciais é, assim, de importância crucial para compreender como, sob formas organizacionais e quadros processuais relativamente semelhantes, se

Cita-se como exemplo do atraso na evolução dos sistemas de justiça nos países periféricos, em especial no Brasil, o início dos questionamentos ligados ao sistema de Justiça brasileiro, que iniciaram, de fato, somente nos anos 70. Entre os temas mais estudados estavam: sociologia jurídica, acesso à justiça, violência, vitimologia, política jurídica, entre outros. Certo é que não havia nenhum estudo específico ou sequer fazendo referência ao Poder Judiciário enquanto um dos poderes soberanos do Estado.

A partir destes estudos e somente em meados dos anos 70, iniciaram-se as buscas por alternativas ao positivismo dogmático e à aproximação do Poder Judiciário, enquanto um dos poderes soberanos do Estado, tomando a ação de um verdadeiro ente político do Estado.<sup>13</sup> Portanto, o atraso no desenvolvimento dos estudos relativos ao Poder Judiciário não só influenciaram, como foram determinantes na dificuldade de evolução do estudo da crise atual.

Importante destacar que, a crise que aqui se busca analisar, ou seja, a crise do Poder Judiciário é na realidade um dos reflexos de uma 'grande' crise. Esta dita 'grande' crise está abrangida por crises econômicas e democráticas, ou seja, crises do Estado Democrático de Direito, que se configuram como um complexo muito maior que a discussão exclusiva da atuação jurisdicional.<sup>14</sup> As conseqüências sociais desta crise são as piores possíveis: o aumento da pobreza, da informalização, bem como a percepção de que os mais necessitados são os menos atendidos, os que menos têm direitos e os que menos recebem, em valor, ajuda do Estado.<sup>15</sup>

Assim, o Poder Judiciário, como órgão em crise, necessita estabelecer uma nova forma de atuação. Para tanto é necessária a formulação de uma política<sup>16</sup>

---

escondem práticas jurídicas muito distintas, distintos significados sociopolíticos da função judicial, bem como, distintas lutas pela independência do poder judicial."

<sup>13</sup> SADEK, Maria Tereza. **Estudo sobre o Sistema de Justiça**. In: MICELI, Sergio (org.). *O que ler na ciência social brasileira*. São Paulo: ANPOCS; Ed. Sumaré; CAPES v. IV, 2002.

<sup>14</sup> FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995, 86 p. Disponível em <<<http://daleth.cjf.jus.br/revista/monografia/monografia03.pdf>>>. Acesso em: 06/09/2010.

<sup>15</sup> FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*.

<sup>16</sup> FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*. p. 70: "Essa concepção, como se vê, define a política na perspectiva de um conjunto de metas claramente formuladas, conectada com os meios racionalmente adequados para atingi-las. Portanto, ao enfatizar a necessidade de



hermenêutica capaz de harmonizar as interpretações existentes. Nesse sentido, deve-se levar em consideração uma justiça distributiva, porém, sem perder de vista o caráter corretivo. A grande questão seria: em que se basearia esta nova postura política hermenêutica do Poder Judiciário?

Pode-se cogitar pelo aumento da capacidade interpretativa do magistrado, porém este aumento remeterá a questionamentos a respeito da limitação desta flexibilização das interpretações e suas condições de eficácia, isto é: qual seria a capacidade e o limite interpretativo do juiz?

Esta segunda questão remete às críticas lançadas ao 'ultrapassado' sistema jurídico da busca pela lógica formal. Alargando-se o diapasão entre juristas que defendem o 'antigo' sistema e os profissionais que, com uma visão mais sociológica, buscam a reformulação do Poder Judiciário com o aumento de sua capacidade interpretativa.<sup>17</sup>

A magistratura brasileira, nesse ponto, passa por certa divisão interna. De um lado encontram-se os magistrados que defendem uma nova ação por parte do Poder Judiciário, ou seja, pelo aumento da capacidade interpretativa do juiz. Já, de outro lado, estão os adeptos do 'antigo' sistema, defendendo que o jurista não pode se misturar com o campo de trabalho das ciências sociais e filosóficas.<sup>18</sup>

Conforme já ficou demonstrado, o desenvolvimento do Estado, e neste sentido, do Poder Judiciário no sistema brasileiro, encontra-se atrasado com relação aos desenvolvimentos históricos – uma vez que o Brasil encontra-se entre os Países periféricos que não acompanharam o desenvolvimento histórico de forma contínua –. Como solução para isso, tem-se cada vez mais buscado uma politização deste poder, consolidando-se a nova imagem do juiz como sujeito

---

uma política hermenêutica – e, mais do que isso, de uma 'política judicial' –, o que se pretende é chamar a atenção da magistratura para a necessidade de tomar consciência tanto de seus dilemas e desafios, sem subterfúgios, preconceitos ideológicos ou idiosincrasias doutrinárias, quanto das alternativas possíveis para seu equacionamento e dos instrumentos hoje disponíveis na realidade social, econômica, legal e judicial do país”.

<sup>17</sup> SADEK, Maria Tereza. Estudo sobre o Sistema de Justiça.

<sup>18</sup> FARIA, José Eduardo. **JUSTIÇA E CONFLITO: Os Juízes em face dos novos movimentos sociais**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GAMBÁ, Marcelo Schmitt. A crise do poder judiciário: apontamentos sobre a possibilidade da teoria garantista como alternativa. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

ativo do processo político. Porém, com este processo de politização surgem novas concepções de legalidade, mais abertas/abstratas, com interpretações modernas e transformadoras, o que faz surgir diversos centros normativos e, com isso, se perde a unicidade do antigo sistema codificado.<sup>19</sup>

Apesar desta transformação, o paradigma ainda presente no Poder Judiciário brasileiro caracteriza-se por ter uma base 'hobbesiana'. Isto quer dizer que o Estado é responsável por sanar os problemas que ocorrem entre os cidadãos baseado em leis que, antes de cooperar com a evolução da sociedade em sentido de convívio social, visam à proteção individual. Portanto, leis que trabalham com o reconhecimento da liberdade negativa, antes da positiva, ou seja, com normas de caráter técnico-racional, que pretendem regular todos os possíveis acontecimentos sociais, na tentativa de que sejam todos abarcados pelo Estado.<sup>20</sup>

Outra tentativa de solucionar a crise do Poder Judiciário é a implementação de novas normas. Porém, ao contrário de minimizarem as conseqüências da crise, acabam por encorpá-la, uma vez que nunca abrangem a complexidade do sistema, não passando de mero acréscimo de novos fatores à crise.<sup>21</sup> Esta

---

<sup>19</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a democracia no Brasil.** In Revista da USP, *Dossiê Judiciário*, n. 21, p. 116-125, mar-mai/94. p. 123: "A terceira dimensão das transformações das estruturas normativas estatais - problemas de coerência interna do sistema legal é decorrência do crescimento da produção de normas e da sua instabilidade. Mesmo para o especialista, acompanhar o aumento da complexidade normativa, isto é, dar conta das mudanças legais, torna-se altamente problemático. O que dizer, então, sobre a capacidade dessas normas manterem um padrão de logicidade, integração e escalonamento minimamente orgânicos e coerentes? O direito atual rompe com os postulados de harmonia e homogeneidade da 'era das grandes codificações'. A idéia de unicidade do sistema jurídico é substituída por uma visão policêntrica, que admite a convivência de infinitos microssistemas normativos dotados de lógicas próprias mas dificilmente ajustáveis à pretensão de coerência do macrosistema".

<sup>20</sup> FARIA, José Eduardo. O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas. p. 28: "Nesse sentido, o Estado é a fonte central de todo o direito; este, enquanto técnica de organização da vida social, não é um fim em si, mas um simples meio; a lei é a sua maior expressão, formando um sistema lógico, coerente e hierarquizado de normas; e estas, ao estabelecerem uma relação de imputação entre atos ilícitos e sanções, dão origem a uma sucessão de deveres jurídicos - o elemento de toda ordem normativa; esses deveres, por sua vez, não têm qualquer significado moral: como as idéias morais estão acima de toda experiência e como seu conteúdo varia ao infinito, ao direito positivo importa apenas o estabelecimento de sanções como conseqüência do descumprimento das prescrições normativas. O fato ilícito não é, em si, um fato necessariamente imoral ou eticamente condenável; é, apenas e tão-somente, uma conduta contrária àquela fixada pela norma".

<sup>21</sup> FARIA, José Eduardo. O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas. p. 35: "Num sistema jurídico repleto de 'leis de circunstância' e 'regulamentos de necessidade' condicionado por conjunturas específicas e transitórias e por contextos heterogêneos, a generalidade da lei deixa de corresponder a uma equivalência das situações factuais a serem reguladas e a velocidade na produção normativa lega o Legislativo, Executivo e o Judiciário, como já foi dito anteriormente, a perder a dimensão exata da importância jurídica das regras que editam, dos comportamentos que regulam e dos casos que julgam, respectivamente."

hipertrofia legislativa – que já alcançou seus limites extremos – longe de ser uma solução coopera com a desvalorização e o descrédito, ainda maior, do sistema jurídico,

(...) uma vez que, quando os direitos se multiplicam, multiplicam-se na mesma proporção as obrigações; e estas, ao multiplicarem os créditos, multiplicam igualmente os devedores, num círculo vicioso cuja continuidade culminaria na absurda situação de existirem apenas devedores – todos evidentemente, sem direito algum.<sup>22</sup>

Logo, não pode ser encarado como uma resposta à crise, longe disso. Deve ser visto como um dos fatores dela, pois, com a perda de atuação do Poder Judiciário e do próprio Estado, a implementação de novas normas busca retomar esse crédito forçosamente. Neste sentido, há que se pensar em outra possibilidade de resposta à crise, que cresce com implementações de alternativas emergenciais equivocadas.

### **3 A TEORIA GARANTISTA: UMA RESPOSTA À CRISE**

Diante desta crescente crise se faz necessário pensar em maneiras alternativas ao paradigma que é apresentado, ou ao menos, como forma corretiva ao confuso sistema jurídico nacional. Para tanto, pode-se pensar a possibilidade de implementação da teoria garantista como conjunto de princípios axiológicos racionalmente compartilhados. Isso porque, esta teoria tem também a preocupação de evitar com que o magistrado fique agindo de forma discricionária e sem limites.

Alerta-se – por relevante – que o garantismo é visto, no âmbito e nos (bem delimitados) limites destas reflexões, como uma maneira de fazer democracia dentro do Direito e a partir do Direito. Como ‘tipo ideal’, o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do Direito. É evidente que o garantismo não se constitui em uma panacéia para a cura dos ‘males’ decorrentes de um Estado Social que não houve no Brasil, cujos reflexos arrasadores deve(ria)m indignar os lidadores do Direito, (...) No Brasil, ao contrário, onde o Estado Social foi um simulacro, o garantismo

---

<sup>22</sup> FARIA, José Eduardo. O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas. p. 35.

GAMBÁ, Marcelo Schmitt. A crise do poder judiciário: apontamentos sobre a possibilidade da teoria garantista como alternativa. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

pode servir de importante mecanismo na construção das condições de possibilidades para o resgate das promessas da modernidade.<sup>23</sup>

O garantismo é implícito ao estado de direito. Assim, a análise desta teoria dentro do Estado deve ser realizada em graus, ou seja, um elevado grau garantista ou um baixo grau garantista. Esse grau de presença da teoria garantista em dado Estado pode variar de acordo com o que se leva em consideração para o estudo. Para tal análise o que deve ser medido é o grau de invalidação e reparação idôneos, em termos gerais, para assegurar a efetividade dos direitos normativamente proclamados.<sup>24</sup>

O garantismo é, também, uma teoria jurídica, que procura realizar um paralelo de comparação entre validade e efetividade, como categorias distintas. Procura realizar uma aproximação entre o ser e o dever ser, isto é, entre sistemas normativos complexos garantistas, porém com práticas anti-garantistas. Assim, busca interpretar tal antinomia dentro de limites fisiológicos, mas fora de elos patológicos, que subsistem entre 'validez' e inefetividade das normas teoricamente apresentadas, e efetividade e invalidez das práticas realizadas.

Assim, o garantismo trabalha com essa perspectiva de antinomia entre a teoria e a prática. Não defende a fuga ou complementação desse sistema com novas normas, como uma eterna tentativa de fazê-lo inatingível e perfeito. Pelo contrário, apela para um posicionamento sempre crítico e de questionamento do magistrado sobre a validade e efetividade da norma de um dado sistema jurídico, buscando sempre demonstrar a fragilidade do sistema e não sua total confiança nele, como é característica dos sistemas paleopositivistas.<sup>25</sup>

A teoria garantista, com isso, apresenta um ponto muito importante para a noção de uma atividade judicial limitada e respeitadora da divisão de poderes. De fato, esta teoria bem apresenta a clara diferença entre a função jurisdicional, caracterizada por ser cognitiva de aplicação da lei, e a função administrativa, com característica decisiva e discricionária de respeito à lei. Tendo em vista tal

---

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione** – Teoria del Garantismo Penale. III Edizione, Bari: Editori Laterza, 1996.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione – Teoria del Garantismo Penale*.

GAMBÁ, Marcelo Schmitt. A crise do poder judiciário: apontamentos sobre a possibilidade da teoria garantista como alternativa. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

diferenciação e caracterização das ações jurisdicionais e administrativas, deve-se partir para uma reflexão teórica, que busque evitar com que tais funções se confundam, evitando que o juiz caia no céu de princípios.<sup>26</sup>

Dessa forma, a separação de poderes deve ser respeitada, porém, o magistrado não estará mais preso exclusivamente à letra da lei. Estará sim, condicionado a uma norma superior, qual seja a Constituição, e com base nela guiará toda a sua ação e sua análise das normas inferiores. Assim, o garantismo, partindo do princípio da legalidade e do princípio da jurisdicionalidade, sendo este a possibilidade de resposta à tutela dos novos direitos sociais, daria ao juiz o poder de aplicar o 'dever ser' do direito, ao invés de exclusivamente o 'ser', com observância às normas superiores.<sup>27</sup> Com isso, se daria a possibilidade de resposta à tutela dos novos direitos sociais, uma vez que, com observância das normas superiores – neste caso a Constituição Federal, por exemplo – o magistrado poderia aplicar o 'dever ser' contido naquela norma superior. Portanto, o garantismo visa formular técnicas para assegurar o máximo grau de efetividade aos direitos reconhecidos constitucionalmente.<sup>28</sup>

Para tanto, diferentemente das teorias positivistas dogmáticas, na teoria garantista deve existir quatro predicados, separados e autônomos entre si, quais sejam:

a) Justiça: que seria a resposta positiva a determinado critério de valoração ético-político (extrajurídico);

b) Vigência: caracterizado pelo respeito às formalidades de criação da norma;

c) Validade: caracterizado pelo respeito material da norma, ou seja, não contrariar nenhuma norma hierarquicamente superior;

---

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. **El papel de la función judicial en el Estado de Derecho**. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi: *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>>. Acessado em: 18/009/2010.

<sup>27</sup> CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade** – Uma abordagem garantista. 2ª ed. Campinas/SP: Millenium, 2007.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. *El papel de la función judicial en el Estado de Derecho*.

d) Eficácia: caracterizado pela observação e aplicação da norma pelos seus destinatários.<sup>29</sup>

Assim, a existência das normas que no paradigma paleo-juspositivista tinham se dissociado da justiça, separam-se agora também da validade. Logo uma norma formalmente válida pode ser substancialmente inválida pelo seu contraste com normas constitucionais.<sup>30</sup>

Verifica-se com isso que o garantismo, acompanhando a evolução do Estado, defende que o juiz não está simplesmente estrito a aplicabilidade de uma norma quando esta seja vigente (teoria normativista) ou eficaz (teoria realista). É necessário, além disso, que o juiz analise a validade, ou seja, a substância de uma determinada lei, tendo como base de avaliação a Constituição. O Juiz poderá, com isso, deixar de aplicar uma lei, ainda que vigente e até eficaz, por essa não ser válida. E se aplicá-la, mesmo que inválida, poder-se-á dizer que aquela decisão é válida com relação à lei, porém, nem por isso, aquela lei torna-se válida para dado ordenamento, uma vez que a eficácia da norma é um predicado separado e autônomo dos outros três predicados.

Assim, a teoria garantista admite a existência de normas válidas mas ineficazes, eficazes mas inválidas, ou, até mesmo, normas inválidas mas vigentes. Com isso, um sistema jurídico pode ter um grande número de normas garantistas, porém ter uma prática, pelo contrário, extremamente autoritária. Isso quer dizer que, para um sistema de garantias não basta a existência delas na Constituição – entendida como a norma superior de determinado ordenamento jurídico – mas, além disso, é importante a atuação do Poder Judiciário como órgão responsável

---

<sup>29</sup> CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade – Uma abordagem garantista.

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. *El papel de la función judicial en el Estado de Derecho*. p. 93-94: "Podemos entender el cambio de ubicación del juez frente a la ley que produce este nuevo paradigma: no sólo, como es obvio, de los tribunales constitucionales encargados del control de la constitucionalidad de las leyes, si no también de los jueces ordinarios que tienen el deber y el poder de activar dicho control. La sujeción a la ley y, ante todo, a la Constitución, de hecho, transforma al juez em garante de los derechos fundamentales, incluso contra el legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes que violan esos derechos. Esta censura es promovida por jueces ordinarios y es declarada por las cortes constitucionales. De hecho, ésta ya no es, como en el viejo paradigma paleoiuspositivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que sea su significado, si no sujeción a la ley sólo si es válida, es decir, si es coherente con la Constitución. En el modelo constitucional garantista, la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, si no una cualidad contingente ligada a la coherencia – remitida a la evaluación del juez – de sus significados con la Constitución. De ello se deriva que la interpretación judicial de la ley es también un juicio sobre la ley misma, donde el juez tiene la tarea de escoger sólo los significados válidos, o sea aquellos compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales que éstas establecen."

GAMBÁ, Marcelo Schmitt. A crise do poder judiciário: apontamentos sobre a possibilidade da teoria garantista como alternativa. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

pela efetiva aplicação de tais garantias para que o sistema seja verdadeiramente garantista. Daí extrai-se a importância da análise do desenvolvimento da atuação do Poder Judiciário em um sistema baseado na teoria garantista.

Conforme pode se verificar, a análise da validade ou invalidade de uma norma implica em uma abertura de discricionariedade do magistrado. Esse espaço de discricionariedade leva a um grau de ilegitimidade da autoridade judiciária, e é justamente neste fator que se encontra uma das mais importantes e diferenciadoras características do positivismo crítico apresentado pela teoria garantista. Assim, sua grande diferença com a teoria positivista dogmática, além da separação entre validade e vigência, é que enquanto a teoria positivista dogmática entende o sistema jurídico positivo como um sistema completo, coerente e unitário, portanto, sem falhas; o sistema positivista crítico – onde se encontra a teoria garantista de Luigi Ferrajoli –, aceita e admite as falhas. E mais, identifica a atuação jurisdicional com base nessa incoerência e incompletude, identificando-as e ajustando-as na busca da aplicação e efetividade das normas válidas.<sup>31</sup>

Portanto, a teoria positivista crítica aceita e admite as falhas, e mais, afirma que o sistema jurídico ideal de validade das normas e sua eficácia, ou seja, da completude e coerência do sistema jurídico nunca, ou dificilmente, será alcançável. E isso, não só pela complexidade com que os sistemas jurídicos trabalham, mas também pela constante mudança e transformação que passam os Estados e, conseqüentemente, o sistema jurídico como um todo. Por exemplo, com o surgimento de novos direitos e garantias, que não são, nunca, taxativos e acabados.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione – Teoria del Garantismo Penale*.

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Juspositivismo crítico e democracia constitucional. Positivismo crítico derechos e democracia.** In: Revista de Teoría y filosofía del Derecho, n. 16. Abril de 2002. Disponível em: <<[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16\\_01.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16_01.pdf)>> acessado em: 10/09/2010. p. 06: “*Estos vicios retroactúan en la ciencia del derecho, otorgándole un papel crítico y de proyecto ante su propio objeto que es ajeno a la razón jurídica del viejo juspositivismo formalista. Los mismos se traducen en la tarea, a la vez científica y política, de detectar las antinomias y las lagunas existentes y de proponer, desde adentro, las soluciones previstas por las técnicas garantistas de las que dispone el propio ordenamiento, o bien, en la tarea de elaborar y sugerir, desde afuera, nuevas formas de garantía idóneas para reforzar los mecanismos de autocorrección. Por ello he denominado juspositivismo crítico a la visión del derecho requerida por el constitucionalismo rígido, en oposición al juspositivismo dogmático, que tiende a ignorar la disociación entre validez y vigencia y, por lo*

Isso quer dizer que já não basta para uma norma ser formalmente válida para sua vigência/existência. Deve ser também substancialmente concordante com a constituição. Portanto, o papel da constituição em um Estado que se propõe garantista passa a ser não apenas a disciplina das formas de produção legislativa, senão também a imposição e obrigação de obediência a determinados conteúdos.<sup>33</sup> Consequentemente, há uma transformação de atuação que se relaciona com o papel da jurisdição que passa a ser a aplicação da lei, apenas se constitucionalmente correspondente.

Nesse sentido, a atividade jurisdicional com a teoria garantista passa a ser a aplicação da lei apenas se constitucionalmente válida. Logo, a interpretação e aplicação são sempre, por isso, também um juízo sobre a lei e sua constitucionalidade. O juiz, assim, tem o dever de censurar como inválida aquela norma que não seja possível interpretá-la em sentido constitucional.

Deriva, desta forma, para a cultura jurídica e para a jurisdição uma dimensão pragmática e uma responsabilidade cívica: reconhecimento das lacunas e antinomias, e a promoção de sua superação por meio das garantias existentes ou a projeção das garantias que faltem. Isto quer dizer que, se devem reconhecer as lacunas e antinomias, as quais serão combatidas com as armas das garantias asseguradas nas normas superiores.<sup>34</sup>

Disso extrai-se que as normas superiores são normas com relação às inferiores e as inferiores são fatos com relação às superiores.<sup>35</sup> Logo, o magistrado, não está preso a letra da lei, mas sim às garantias constitucionais, e com base nelas deve

---

*mismo, los vicios de legitimidad del derecho vigente. Precisamente, mientras el vicio de la incoherencia asigna a la ciencia jurídica y al resto de la jurisprudencia un papel crítico de frente al derecho vigente dirigido a identificar y remover las antinomias, el vicio de la falta de plenitud le confiere un papel innovativo, dirigido a promover la remoción de las lagunas mediante la introducción de nuevas normas y nuevas técnicas de garantía."*

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de Derecho*.

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Passado y futuro del Estado de Derecho*.

<sup>35</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade – Uma abordagem garantista*.



GAMBÁ, Marcelo Schmitt. A crise do poder judiciário: apontamentos sobre a possibilidade da teoria garantista como alternativa. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

agir. Portanto, ele não é o precursor de uma ideologia dos outros poderes, mas sim, o mais importante defensor de uma ideologia constitucional.<sup>36</sup>

Desta forma, o positivismo jurídico crítico pode ser entendido como uma alternativa à crise de atuação do Poder Judiciário, apresentando uma possibilidade intermediária entre a liberdade total e o limite irrestrito do magistrado à letra da lei.

Porém, conforme já foi salientado, a crise do Estado Atual apresenta outra característica importante de ser analisada para a busca de uma possível alternativa. Trata-se da crise de soberania do Estado Atual. Com relação a este segundo aspecto da crise, a teoria garantista defende que a única alternativa é a promoção de uma integração jurídica institucional, complementadora e corretiva desta já implementada integração econômica e política, visando limitar o absolutismo dos novos poderes.<sup>37</sup> E é esta uma análise de extrema importância na resposta da crise de soberania do Estado Atual, isto é, a resposta à influência dos diversos pólos de poder supraestatais que com seus mandos e desmandos mantém um sistema desigual e explorador.

Essa crise de soberania, conforme já se destacou, tem influenciado o desenvolvimento do Poder Judiciário em especial nos países periféricos que estão mais sujeitos aos poderes supraestatais. Como resposta para a garantia mundial de certa igualdade e não sujeição dos Estados menos favorecidos, propõe-se a constitucionalização universal.

Este passo não surge do nada, vem ao encontro do desenvolvimento das ações da Organização das Nações Unidas, que em sua carta de Declaração dos Direitos do Homem apresenta o primeiro exemplo de uma possível constituição – documento – supraestatal que vinculam os Estados e os obrigam a respeitarem determinadas garantias.<sup>38</sup> Uma tomada de atitudes neste sentido traria, mais uma vez, uma mudança de paradigma no desenvolvimento do Estado, que não

---

<sup>36</sup> Evidente que esta dita 'ideologia constitucional' deve ter embutida nela o respeito às desigualdades e às minorias, sempre existentes nas mais diversas sociedades.

<sup>37</sup> FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno.

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno.

teria mais nada do velho Estado nacional soberano, conservando apenas as formas e garantias constitucionais.

Assim, com base nesta alternativa poderia se pensar em uma Constituição para a América Latina, o que está de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil no seu art. 4º, Parágrafo Único que prevê a integração entre os povos Latino Americanos e a formação de uma comunidade Latino Americana de nações. Tal transformação de paradigma atribuiria aos estados uma garantia maior de preservação dos direitos constitucionalmente, e agora supraconstitucionalmente adquiridos. Assim, estariam os poderes estatais internos possibilitados e obrigados em coordenar sua legislação interna com as normas supraestatais estabelecidas, fortalecendo assim, a igualdade e harmonia entre as diversas nações mundiais.

Com esta ação, se responderia à crise da fuga dos jurisdicionados para a tutela supraestatal, possibilitando ao Poder Judiciário retomar sua legitimidade e se reaproximar da sociedade. Um exemplo atual destas transformações pode ser o vivido pelos 27 países integrados na chamada União Européia.

É claro que essa transformação não se dará de imediato nem a curto prazo. E neste sentido deve-se ser consciente de que nenhuma mudança de paradigma ocorreu de tal forma. Além disso, apenas com vontade política se poderá alcançar tal transformação. Conforme expressa o próprio Luigi Ferrajoli:

Certamente, a curto prazo, não há razão alguma para sermos otimistas, até porque as orientações das tendências da atual política interna e internacional estão indo em direção exatamente oposta: pense-se no predomínio, por exemplo na Itália, de culturas políticas que tendem à desvalorização das regras e dos contrapesos constitucionais em nome do poder absoluto da maioria; no esvaziamento do papel da ONU nas recentes crises internacionais por obra da iniciativa dos Estados mais fortes; no novo espaço tomado após o fim dos blocos, pelas políticas de poder; e no fechamento sempre mais rígido das fronteiras. E, todavia, acreditamos que devemos fugir das atitudes excessivamente céticas e resignadas que compartilham, com as atitudes dos defensores da ordem desigual existente, a mesma falácia realista: aquela falácia que, no direito internacional, chama-se de 'princípio da efetividade' e que remonta, como já lembramos, a Alberico Gentili e Hugo Grotius. Contra essa falácia, que prensa o direito ao fato, precisamos recuperar aquela

dimensão normativa e axiológica da ciência jurídica internacional, que já foi de Vitoria e de Kant. Num duplo sentido: reabilitando sua função planejadora e, ao mesmo tempo 'levando a sério' o direito, ou seja, reconhecendo que o direito é como o fazem os homens – e, portanto, todos nós, a começar por nós juristas, que não em pequena parte arcamos com sua responsabilidade – e, simultaneamente que o direito é um sistema normativo, de modo que as disposições e os comportamentos efetivos dos Estados em contraste com tal sistema não representam 'desmentidos' de suas normas, como muitas vezes lamentam os juristas e os cientista políticos realistas, mas sim 'violações', cuja ilegitimidade todos temos o dever de denunciar.<sup>39</sup>

Finalmente, a própria constitucionalização supraestatal pode ser vista como uma tentativa de imposição, ou ao menos, de facilitação da imposição dos grandes poderes aos países periféricos ou menos favorecidos. Daí porque, a importância no aprofundamento desta possibilidade de resposta à crise de soberania. Portanto, deve-se ter em mente que não se trata da panacéia do século XXI. É preciso o aprofundamento e discussão<sup>40</sup> de sua implementação, e acima de tudo a vontade política de todos os países, sejam eles considerados fortes ou fracos, na busca pela igualdade e tendo sempre, como ponto de partida e de chegada, o ser humano e seu desenvolvimento.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Atualmente, o paradigma formalista, presente no Poder Judiciário, tende a valorizar apenas valores técnicos procedimentais do Direito, limitando-se à letra da lei. Com isso, todas as ações possíveis para um jurista estão escritas e basta uma análise estritamente exegética para que o juiz alcance o sentido da lei.

Tendo em vista que o positivismo dogmático está latente tanto no pragmatismo jurídico quanto nos bancos acadêmicos, é ainda mais difícil o caminho à evolução da função jurisdicional para uma resposta mais válida aos anseios sociais. O Direito encontra-se, assim, amarrado, preso a uma tradição normativista,

---

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno. p. 59.

<sup>40</sup> Como de fato vem sendo implementado, por exemplo, com a UNASUL no âmbito dos países latino-americanos.

GAMBÁ, Marcelo Schmitt. A crise do poder judiciário: apontamentos sobre a possibilidade da teoria garantista como alternativa. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

legalista e racional de interpretação exclusivamente exegética, limitando o pensar do operador jurídico a um simples dizer a lei.

Luigi Ferrajoli, um dos principais representantes da filosofia do direito, é autor de inúmeras obras que possuem uma característica em comum: a formulação do que ele chama de um positivismo crítico, que apresenta a aplicação da teoria garantista do direito como única saída dos problemas criados pela crise. Com isso, o estudo da aplicabilidade da teoria garantista como conjunto de princípios axiológicos racionalmente compartilhados ganha relevo. Isso por que é proposta como solução para os problemas advindos da crise do Poder Judiciário, a qual atribui à função jurisdicional um papel de análise do conteúdo da norma, porém, evita a total discricionariedade dos juízes, com o reforço das garantias e, conseqüentemente, acentuação do caráter cognitivo, próprio da atuação jurisdicional.

De fato, esta transformação do paradigma de atuação do Poder Judiciário está longe de se esgotar. Há, ainda, uma longa história a ser traçada. Isso porque, a solução de uma tão complexa crise não se dará, conforme se salientou, com a simples mudança legislativa, que passou a ser algo fácil e rotineiro nos últimos anos.

Por fim, destaca-se que com este artigo não se pretendeu completar a discussão, mas apenas inserir um aspecto, uma possibilidade de reflexão. Até porque, conforme já foi salientado, não se trata aqui de encarar a teoria garantista como a panacéia para todos os problemas advindos da crise.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade** – Uma abordagem garantista. 2ª ed. Campinas/SP: Millenium, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a democracia no Brasil**. In Revista da USP, *Dossiê Judiciário*, n. 21, p. 116-125, mar-mai/94.

GAMBÁ, Marcelo Schmitt. A crise do poder judiciário: apontamentos sobre a possibilidade da teoria garantista como alternativa. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

CARBONELL, Miguel. (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil**: paradoxos, desafios e alternativas. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995, 86 p. Disponível em <<<http://daleth.cjf.jus.br/revista/monografia/monografia03.pdf>>>. Acesso em: 06/09/2010.

\_\_\_\_\_. **JUSTIÇA E CONFLITO: Os Juízes em face dos novos movimentos sociais**. 2. ed. rev, e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Juspositivismo crítico e democracia constitucional. Positivismo crítico derechos e democracia**. In: Revista de Teoria y filosofía del Derecho, n. 16. Abril de 2002. Disponível em: <<[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16\\_01.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16_01.pdf)>> acessado em: 10/09/2010.

\_\_\_\_\_. **Diritto e Ragione** – Teoria del Garantismo Penale. III Edizione, Bari: Editori Laterza, 1996.

\_\_\_\_\_. **El papel de la función judicial en el Estado de Derecho**. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi: *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. Disponível em: <<<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1695>>>. Acessado em: 18/09/2010.

\_\_\_\_\_. **Passado y futuro del Estado de Derecho**. In: CARBONELL, Miguel. (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. **A soberania no mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SADEK, Maria Tereza. **Estudo sobre o Sistema de Justiça**. In: MICELI, Sergio (org.). *O que ler na ciência social brasileira*. São Paulo: ANPOCS; Ed. Sumaré; CAPES v. IV, 2002.

GAMBÁ, Marcelo Schmitt. A crise do poder judiciário: apontamentos sobre a possibilidade da teoria garantista como alternativa. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.2, 2º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n.30, 1996. Disponível em: <<[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>>. Acesso em: 26/08/2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.