



## DA TIRANIA DA MAIORIA À TIRANIA DA NORMA FUNDAMENTAL

FILHO, Maurício Fontana<sup>1</sup>; TONEL, Rodrigo<sup>2</sup>;  
HAMMARSTROM DOBLER, Guilherme<sup>3</sup>;  
EHMKE, Diego Paes<sup>4</sup>; NETO, Alfredo Copetti<sup>5</sup>.

**Resumo:** As maiorias fazem a lei, não as minorias. Desta proposição deriva a investigação a seguir concernente ao quão abrangente deve ser o alcance legislativo de uma maioria e quais as proteções inflexíveis que devem circundar as minorias. Se por um lado uma democracia formal é realizada pelo poderio das maiorias, a democracia substancial, por outro, abarca o rol de limites e ela impostos. Assim, através de normas fixas cujo conteúdo sensível deve ser estipulado com demasiado cuidado, a maioria política se encontra subordinada à garantia de direitos, o que significa dizer que um legislador ordinário jamais poderá alterar normas hierarquicamente superiores, mas pelo contrário, tem seu poder de criação moldado pelas mesmas. A norma fundamental é tanto um bem como uma maldição: limita o legislar, mas é fonte de poder arbitrário e inflexível.

**Palavras-chave:** Estado de Direito. Garantismo. Poder.

**Abstract:** The majorities make the law, not the minorities. From this proposition derives the following research concerning how comprehensive the legislative reach of a majority should be and what inflexible protections should surround minorities. If on the one hand a formal democracy is held by the power of the majorities, substantial democracy, on the other hand, embraces the list of boundaries and it imposes. Thus, by means of fixed norms whose sensitive content must be stipulated with great care, the political majority is subordinated to the guarantee of rights, which means that an ordinary legislator can never change hierarchically superior norms, but on the contrary, he has the power to created by them. The fundamental norm is both a good and a curse: it limits legislation, but it is a source of arbitrary and inflexible power.

**Keywords:** Rule of law. Garantismo. Power.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ, RS; bolsista Fapergs no projeto de pesquisa “Direito e Economia às Vestes do Constitucionalismo Garantista”. Email: mauricio442008@hotmail.com

<sup>2</sup> Aluno da graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Email: tonelr@yahoo.com

<sup>3</sup> Biólogo, discente de Medicina Veterinária, *Arizona State University* – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: ghammars@asu.edu

<sup>4</sup> Acadêmico do 10º Semestre de Enfermagem, Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. Integrante do GIEEH - Grupo Interdisciplinar de Estudos do Envelhecimento Humano e do ENFAS – Grupo de Pesquisa Enfermagem no Contexto de Atenção Integral à Saúde. E-mail: diegopaes.ehmke@gmail.com.

<sup>5</sup> Pós-doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutor pela Università degli Studi Roma Ter – UNIROMATR. Professor do Centro Universitário das Cataratas (UDC). Email: alfredocopetti@yahoo.com



## INTRODUÇÃO

Através da apropriação de poder por vias legais e democráticas, líderes de regimes Fascista e Nazista chegaram ao poder para, em seguida, suprimir a democracia e direitos individuais, mantendo-se no poder e utilizando-se deste de maneira absoluta (FERRAJOLI, 2014b).

Para Carl Schmitt (2009) deve ser concedido poder absoluto ao governante em casos excepcionais, isso porque as normas jurídicas só deveriam deter validade em *situações normais*, do contrário, ou seja, quando em momentos críticos, o soberano deveria se sobrepor à validade das normas jurídicas. Em tempos anormais, cabe ao governante desativar a validade da norma e combater sua concepção abstrata de *inimigo*, o qual oferece risco à saúde do Estado.

O fim da norma fundamental é impedir que tiranos absolutos sejam eleitos e se sobreponham à direitos vitais à saúde dos mais fracos. O caráter imutável do direito fundamental elenca determinados princípios como além do alcance de qualquer governante ou maioria política (FERRAJOLI, 2014b).

O efeito do pós-guerra proporcionado pelos movimentos Fascista e Nazista tomou a forma de mudanças na rigidez constitucional, o que significa dizer que uma carta constitucional que antes era flexível, podendo ser mudada por um legislador ordinário, passara a ser rígida, tendo a alteração de seu conteúdo dificultado. As fontes normativas também passaram a ter um filtro constitucional, o qual reduziu o poder virtualmente absoluto detido pelas maiorias e governantes, sujeitando a ambos à norma fundamental (FERRAJOLI, 2014b).

O modelo de Estado de Direito garantista (FERRAJOLI, 2011) visa limitar todas as esferas de poder<sup>6</sup>, sejam elas estatais ou individuais, por meio da norma fundamental, a qual possui hierarquia superior, se sobrepondo às leis ordinárias, o que significa dizer que, segundo Luigi Ferrajoli (2015, p.54) “[...] qualquer lei, mesmo que formalmente vigente, é sempre suscetível à invalidação quando o seu significado for considerado conflitante com a

---

<sup>6</sup> Norberto Bobbio (2011) em *Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política* conceitua poder como sendo a capacidade de determinar o comportamento dos outros, seja na esfera política, econômica ou moral.



constituição.” O alcance das maiorias se mostra restringido, seja em âmbito privado, pela *autonomia negocial*, seja em âmbito público, pela *autonomia política*<sup>7</sup>.

## **METODOLOGIA**

O presente estudo utilizou-se do método bibliográfico, mediante pesquisa em materiais, livros, e dissertação, obras filosóficas e jurídicas, as quais possibilitaram a compreensão do tema.

## **RESULTADOS E DISCUSSÕES**

### **Por um conceito de Tirania da Maioria**

Para John Locke (2012) no momento em que um contrato social é estipulado, o indivíduo aceita sujeitar-se às decisões das maiorias, desde que, é claro, estas respeitem o chamado *equivalente racional*, o que significa dizer que uma decisão política será apenas considerada válida quando os limites determinados pela lei natural forem resguardados. Em outras palavras, se uma norma viola a vida, a liberdade e os bens individuais, esta norma será considerada inválida.

De acordo com Benjamin Constant (2007, p.174-175) os direitos individuais são constituídos por tudo aquilo que independe da autoridade política legislar sobre. No momento em que eu não machuco outras pessoas, não devo, em decorrência, ser impedido de prosseguir com meus hábitos e interesses; se o for haverá tirania da maioria. Isso porque “existem grandes regras básicas que todos os poderes apropriadamente constituídos têm que ser incapacitados de tocar. Tais poderes juntos, entretanto, têm que ser capazes de fazer qualquer coisa que não contrarie essas regras”.

Desta maneira, a tirania da maioria se refere ao quantitativo político se sobrepondo àquilo que não lhe cabe discutir, analisar ou mudar. A liberdade política, que toma a forma do uso de maneira não extremada ou viciosa do meio político é a garantia da liberdade civil (CONSTANT, 2007), enquanto que a *autonomia política* é um direito-poder que toma a

---

<sup>7</sup> *Autonomia* é o termo utilizado por Luigi Ferrajoli (2011) para se referir a uma lacuna na liberdade que representa o poder. A liberdade política possui um poder atrelado a si chamado de tirania da maioria; na liberdade econômica, da mesma maneira, há um poder atrelado a si chamado acúmulo de riquezas. Philippe Kourilsky (2013) segue a mesma lógica ao amalgamar o direito à liberdade ao dever de *altruidade*, ou seja, ele reconhece a existência de lacunas na liberdade às quais adere possibilidade de responsabilidade subjetiva individual universal.



forma da transcendência de liames que não devem ser superados; na liberdade política existe uma lacuna, a autonomia, um poder que deve ser limitado (COPETTI NETO, 2016).

No momento em que uma sociedade emite ordens antagônicas aos princípios fundamentais da boa convivência, ordens que vão além do razoável e acerca de assuntos os quais não deveriam se intrometer e as executa, ela pratica uma tirania social que escraviza a si mesma. O poder democrático que faculta liberdade política aos homens pode, assim como libertá-los, torná-los servos de seus próprios preconceitos e vícios (MILL, 2011).

Existe um limite para a interferência legítima da opinião coletiva na independência individual e, descobrir esse limite e protegê-lo contra o desejo ardente de alguns por vê-lo restrito às suas inflexíveis formas de pensar é indispensável para a proteção do indivíduo isolado e de suas individualidades (MILL, 2011).

### **Da verdade na maioria**

O fato de uma maioria tomar corpo e decidir em uma democracia não conota, de maneira inexorável, que a decisão seja virtuosa ou moral. Só porque a vontade da maioria é a fonte suprema do poder político não significa dizer que não poderá ser um poder canalizado de maneira arbitrária. Em outras palavras, não há verdade na maioria simplesmente por esta ser quantitativamente superior (HAYEK, 1994).

*As maiorias estão sempre certas* é o grito que ecoa, mesmo que minimamente, sob a forma do pressuposto ideológico de um sistema democrático, em razão de premiarem-se as maiorias consolidadas enquanto que o indivíduo sozinho encontra-se em posição desfavorável (KARSTEN; BECKMAN, 2013).

A relação entre existirem muitas pessoas que creem veementemente em alguma doutrina e estarem certas em decorrência de seu número expressivo se mostra como erro de pensamento, afinal, maiorias já acreditaram em tópicos contemporaneamente ultrapassados como serem os animais imunes à dor, ser a Terra plana, ser um rei o representante de Deus na Terra e serem negros, judeus e mulheres naturalmente inferiores em decorrência às suas características naturais (KARSTEN; BECKMAN, 2013).

É inegável que os indivíduos devem se submeter à decisão da maioria, mas isso não significa que tudo deve estar ao seu alcance ou que as maiorias sejam infalíveis. As maiorias representam os mais fortes, não os mais sábios; pode até ser injusto permitir que as maiorias decidam, mas seria ainda mais injusto permitir que minorias o fizessem. Quando a sociedade tem de tomar uma decisão, maiorias ou minorias terão de triunfar (CONSTANT, 2007).



Um sistema democrático demanda quantidade objetiva de eleitores, enquanto que se assenta apenas subjetivamente em sua qualidade. Em outras palavras, prima-se pela ideia de que um homem não pode ter mais erudição do que muitos homens, afinal, não há um requisito qualitativo para o exercício político, enquanto que o requisito quantitativo mínimo se mostra presente (MILL, 2011).

As majorias são as verdadeiras donas da sociedade, detendo o poder de impor seus deuses, seus costumes e seus valores. São grupos de homens escolhidos para impor uma concepção de bem, um juízo de valor ávido de preponderar, não apenas excluindo os demais, mas reprimindo qualquer dissidência através da tirania da opinião. A morte da individualidade pode se dar através do império de valores tanto moral quanto legal, e o meio democrático ilimitado é uma forma viável de se alcançar isso (WALZER, 2008).

### **Do direito à informação**

A tirania da maioria se dá no momento em que se divide o pensamento político em grupos baseados em seu número quantitativo, enquanto que os grupos que ainda não tomaram corpo são ignorados e têm suas vozes abafadas pelos *verdadeiros candidatos*, ou seja, aqueles sustentados pelo maior número (WALZER, 2008).

Para Michael Walzer (2008) o Estado deve possuir o poder de impedir que majorias promovam o que Karl Jaspers (2013) chama de *Oligarquia de Partidos*, o que significa dizer um controle do poder político por grupos preestabelecidos de maneira a monopolizá-lo em detrimento dos cidadãos. Assim, o Estado, por meio de sua intervenção, daria uma voz aos grupos ainda não corporizados, de maneira a informar o eleitor e combater a tirania dos grupos majoritários.

O número inexpressivo de um grupo tende a fomentar sua exclusão de debates anteriores às eleições, o que restringe o ponto de vista democrático às castas dominantes e já consolidadas, fazendo da democracia um sistema de governo de cartas marcadas e meramente formal (WALZER, 2008).

Na eleição à presidência dos Estados Unidos da América, em 2016, o sistema democrático impediu a participação de dois candidatos à presidência, Gary Johnson (Partido Libertário) e Jill Stein (Partido Verde), aos três principais debates televisionados, o que já se tornara um costume de exclusão dos partidos minoritários. O primeiro debate, ocorrido em 26 de setembro (AHMANN; WALSH, 2016), o segundo, ocorrido em 9 de outubro



(RICHARDS, 2016) e o terceiro, ocorrido em 19 de outubro de 2016 (STRAUSS, 2016) foram assistidos por pessoas em todo o mundo.

Trata-se de candidatos que representaram uma parcela ínfima dos eleitores e, em razão disso, foram impedidos de se pronunciar nos três debates presidenciais mais importantes do ano por não atingirem uma quota mínima de 15% dos votos. É raro que um partido minoritário tenha acesso aos debates presidenciais norte-americanos, o que só aconteceu uma vez, em 1992, por meio do candidato Henry Ross Perot (PETERSEN, 2016).

Ao ser restringido às ideias consolidadas e preestabelecidas, o eleitor, eleição após eleição, estará feliz ao operar a superfície diversificada da democracia, mas sua materialidade será unívoca. O sistema democrático, ao excluir partidos da oportunidade de serem informativos, está a agir em fomento do formalmente diverso e materialmente unilateral (WALZER, 2008).

O comitê de classes dominantes oferece purpurina a um homem faminto, fazendo-o esquecer de que, muitas vezes, a diferença é palpável entre o que a sociedade quer e o que a sociedade precisa. Até mesmo antitéticos. Isso porque a sociedade não possui todos os fatores, toda a informação disponível, mesmo que acredite que o tenha, para fazer juízo de valor acerca de quem merece seu voto (WALZER, 2008).

### **Sobre a Norma Fundamental**

Ao se assegurar poder ilimitado às majorias seria o mesmo que colocar o bem-estar das minorias na boa vontade questionável das primeiras (CONSTANT, 2007). Para Edmund Burke (2016) assim como para Constant (2007, p.633) quando os homens agem em corpo, a liberdade se torna um poder, devendo este ser limitado sob a pena de as majorias exercerem sobre as minorias dos cidadãos a mais cruel das opressões sempre que prevaleçam. A liberdade é poder apenas na medida em que for visualizada como liberdade coletiva, mas jamais como liberdade individual. Isso significa dizer que aqui há respaldo apenas em relação à *autonomia política*, mas não em relação à *autonomia negocial*, afinal, “a liberdade [individual] só é poder no sentido de que o escudo é uma arma”.

Segundo Constant (2007, p.65) o problema não se encontra na aristocracia, na democracia ou na monarquia, mas pelo contrário, “a condenação tem que ser à extensão do poder e não àqueles que foram com ele investidos. É contra a arma e não contra a pessoa que a manuseia que precisamos lutar. Existem coisas pesadas demais para as mãos humanas”. O



problema não se encontra nas escolhas feitas pelos eleitores, mas no poder sem obstruções de seus representantes.

É através de uma constituição de difícil mutabilidade e de instituições de garantia que limitem qualquer esfera de poder que é formado um modelo de democracia constitucional garantista. São duas as concepções de democracia que se encontram inerentes à democracia constitucional: a) a democracia formal, que toma a materialidade de uma democracia política (direitos políticos) e de uma democracia civil (direitos civis); b) a democracia substancial, que toma a materialidade de uma democracia liberal (o que não é permitido decidir) e da democracia social (o que não é permitido não decidir) (COPETTI NETO, 2016).

Em outras palavras, a democracia formal remete à liberdade do povo de legislar, enquanto que a democracia substancial remete aos limites ao poder, isto é, limite às lacunas que espreitam a liberdade. Através do direito fundamental, elenca-se tudo aquilo que deve se encontrar distante do alcance de qualquer modificação (FERRAJOLI, 2014b).

A *esfera do indecidível* contempla tudo aquilo que rompe com a onipotência política das maiorias; tudo aquilo ao que é vedado decidir sobre (liberal), assim como tudo aquilo que é obrigatório decidir sobre (social). Essa esfera, presente através das normas fundamentais, as quais são, segundo Ferrajoli (2011, p.21), “[...] direitos indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransponíveis e personalíssimos”, suscita uma série de questionamentos perigosos e complexos sobre a sua substância.

Constant nos diz sobre a materialidade do direito fundamental:

A maioria pode apenas fazer leis para as questões sobre as quais a lei tem que se pronunciar. Naqueles casos em que a lei não precisa fazê-lo, o desejo da maioria não é mais lícito que o da menor das minorias. [...] A maioria é juiz quando age dentro de sua competência, e se transforma em facção quando excede seu papel. **Não existe força externa que impeça a maioria de sacrificar a minoria, ou que evite que um punhado de homens, que se autoproclama de maioria, controle todos. Por conseguinte, é vital que se compense a inexistência dessa força externa com princípios fixos dos quais a maioria jamais se desvie** (CONSTANT, 2007, p. 84-85, grifo meu).

Assim também afirma Friedrich August Von Hayek (1994) dizendo que o que tende a impedir a chamada tirania da maioria ou movimento de *facção* de Constant (2007) é o empreendimento de um programa que implique em limites ao poder do eleitor e de seus representantes, o qual se dá através de normas fixas.

É ao conteúdo destes princípios fixos que Constant (2007, p.90) indaga: “Como pode o poder ser restringido a não ser pelo próprio poder? ” Ao ser limitado o poder das maiorias



através da norma fundamental, está-se a conferir poder à segunda. Quem limita o poder daquele cujos poderes restringem poderes? Quem vigia o vigilante? Quem cuida do cuidador? Como inspecionar aquilo que se encontra intocável? Quem limita o direito fundamental? (BOBBIO, 2015).

A proposta de Ferrajoli (2011, p.25) compreende que “[...] os direitos fundamentais vêm de fato a se configurar [...] a garantia de interesses e necessidades de todos estipulados como vitais, ou exatamente ‘fundamentais’ (a vida, a liberdade, a sobrevivência) – tanto às decisões de maioria quanto ao livre mercado.”

A existência de uma *esfera do indecidível* significa dizer que todo o governo eleito democraticamente será submisso a determinados princípios preestabelecidos sob a forma do direito fundamental. A abrangência da *esfera do indecidível* fomenta a sobreposição de políticas valorativas e inflexíveis ao modelo de governo e ao indivíduo sob a justificativa de haver na liberdade uma lacuna rotulada de *autonomia* (FERRAJOLI, 2011).

Ferrajoli (2011, p.93) dirá que “[...] se queremos garantir um direito como ‘fundamental’ devemos subtrair-lo da disponibilidade política e da disponibilidade do mercado.” Pois bem, passemos a inquirir sobre a substância da norma fundamental, a qual se encontrará distante das garras da democracia, do mercado e do indivíduo.

É claro que, se de um lado o direito fundamental impede a tirania da maioria e do governante, de outro tiraniza o indivíduo com a possibilidade de um conteúdo arbitrário inflexível. A norma fundamental não limita a liberdade, mas sim a *autonomia*, ou seja, o poder; em outras palavras, a norma fundamental limita apenas o que Ferrajoli (2014a) conceitua como poder e protege apenas aquilo que o mesmo conceitua como liberdade. Os termos *liberdade* e *poder*, na doutrina Garantista, são compartimentos estanques, presos às suas definições premeditadas.

No momento em que considero o liberismo uma liberdade, como crê Hayek (1994)<sup>8</sup>, e não um poder, como crê Ferrajoli (2014a), estarei a propor que o direito fundamental limita a liberdade, e não o poder. A mesma lógica serve para as majorias, as quais deverão prestar

---

<sup>8</sup> Em *O caminho da Servidão*, Friedrich August Von Hayek (1994) difunde a ideia de que a intervenção do Estado na economia é o mesmo que intervir na vida privada das pessoas, afinal, somos mais ou menos livres na medida em que dispomos de recursos financeiros mínimos para satisfazer nossas vontades; a abstração do que significa o termo *mínimo* é dever individual, não estatal. Seguindo esta lógica, a intervenção trataria indivíduos qualitativos como quantitativos ao tentar propor uma concepção de igualdade substancial; isto é, para o Estado, o essencial pode ser educação, saúde e segurança, mas para um indivíduo pode compreender castelos, empresas bilionárias, etc. Assim, pessoas diferentes devem ter o poder de elencar o seu conceito de grau mínimo essencial para usufruto de uma qualidade de vida razoável, e não o Estado.





submissão ao império dos conceitos de *liberdade* e *poder* prescritos no cerne das normas fundamentais.

A norma fundamental oferece limites às esferas de poder, erigindo sobre si tudo aquilo que deve ou não ser decidido; uma esfera perigosa, isso porque restringe a diversidade política enquanto que promove um conceito de bem previamente estabelecido e unilateral (FERRAJOLI, 2011).

O caráter inflexível do direito fundamental pressupõe a arrogância da certeza que, sob os seus pilares a sociedade, individual e coletivamente, se erguerá de maneira razoável. Que certezas são essas? A separação entre direito e moral (FERRAJOLI, 2014a) ocasiona, como corolário, a morte do conservadorismo político; a *autonomia política* mutila os interesses das maiorias, enquanto que a *autonomia negocial* rompe com o liberismo.

A norma fundamental se assemelha à vontade geral de Jean-Jacques Rousseau (2014), no sentido de que um conceito de bem comum específico passa a ditar as regras e legitimar as ações sem margem para dissidência. O *tudo pelo bem comum* evoluiu para o *tudo pela dignidade humana universal*.<sup>9</sup>

Se para Rousseau (2014) a vontade geral significa o governo da nação através do bem comum, o qual se sobrepõe ao bem-estar particular de maneira a exercer uma autoridade ilimitada sobre a existência individual, para Constant (2007) a vontade geral deve ser guiada pelo bem comum, mas não em detrimento do particular, e muito menos a qualquer custo. É aqui que tomba o *direito à sobrevivência* de Ferrajoli (2011).

O modelo de direito fundamental de Ferrajoli (2011), reconhecido pelo próprio como paternalista, se mostra como sendo uma ordem suprema que toma o monopólio de violência dos Estados como um meio ávido de promover tanto a submissão individual e estatal, quanto a do mercado aos seus juízos de valor previamente estabelecidos. O Deus-Normativo, o imperador do liberal-socialismo ininterrupto e eterno, o autoritarismo dos mais fracos toma o rosto da norma fundamental.

Os direitos fundamentais de Ferrajoli (2011), assim como a vontade geral de Rousseau (2014) forçam uma concepção unívoca de liberdade goela abaixo, deixando um leve

---

<sup>9</sup> Este é o fim proposto pela teoria Garantista, a efetivação de um mínimo material relativo à dignidade e à subsistência individual. Em outras palavras, o acúmulo de riquezas de poucos é elencado como inviável frente à necessidade de sobrevivência de muitos. Neste sentido, *da tirania da maioria à tirania da norma fundamental*, afinal, se o interesse inicial era combater a tirania da maioria, em decorrência e através do direito fundamental fora proposta a possibilidade de tomar de poucos tudo aquilo que satisfará os fins de muitos. Em outras palavras, as maiorias devem ser restringidas em questões políticas, mas jamais em questões econômicas (COPETTI NETO, 2016).



gosto de servidão e fraqueza moral. Afinal, o paternalismo garantista pressupõe a incapacidade individual, isto é, pressupõe homens-massa<sup>10</sup> ao invés de homens-excelente<sup>11</sup> (ORTEGA Y GASSET, 2016). O indivíduo solitário apto a tomar uma decisão é aquele que se encontrará em prejuízo quando tutelado por normas que visam apontar o caminho *certo* a ser percorrido. Que os deixem à mercê de suas próprias individualidades e escolhas ao invés.

Um direito fundamental à vida me impede arbitrar sobre o meu próprio corpo; um direito fundamental à sobrevivência me impede de arbitrar sobre meus próprios bens; um direito fundamental à liberdade me impede de ser materialmente livre. Nada tornaria mais palpável o *roubo bélico* de Franz Oppenheimer (1922)<sup>12</sup> do que a ideia de um *fisco mundial* (FERRAJOLI, 2011) e de um governo federado mundial (FERRAJOLI, 2014a), as quais me fazem tremer de medo, dada a antítese à filosofia moral de Wilhelm Von Humboldt (2004).<sup>13</sup>

A confusão de Ferrajoli (2014a, p.795) ocorre no momento em que julga ser o Estado de Direito social algo benéfico e ausente de toda e qualquer lesão. O que ocorre é uma antítese entre Estado de Direito liberal e Estado de Direito social. “[...] o Estado de direito liberal deve somente não piorar as condições de vida dos cidadãos, o Estado de direito social deve ainda melhorá-las; deve não somente não ser para eles uma desvantagem, mas, outrossim, ser uma vantagem.”

O Estado de Direito liberal preserva a *liberdade potencial*, isto é, uma liberdade formal que necessita de um meio para materializá-la; o Estado de Direito social incide sobre a *liberdade efetiva*, isto é, a liberdade provida de um meio ávido a consumir seu exercício - a

---

<sup>10</sup> Na obra *A rebelião das massas*, José Ortega y Gasset (2016) expõe o homem-massa não como um homem financeiramente pobre, mas culturalmente. Em *Apologia de Sócrates*, Platão (2013) demonstra que a morte de Sócrates foi consequência de sua exposição de sábios-ignorante, isto é, homens-massa, os quais beiravam sua realidade grega. Eram mestres em uma determinada arte e, em decorrência a isso, entendiam estar em posição propícia a opinar em uma infinidade de outros segmentos, posição esta supostamente legitimada pela posse de seu conhecimento específico, ao que Sócrates enxergava como errôneo. Desta maneira, o homem-excelente não se confunde jamais com o homem-massa.

<sup>11</sup> O homem-excelente é o oposto do homem-massa, no sentido de que não apenas sabe que não sabe, mas transcende os liames de sua consciência terrena: trata-se de um homem que compreende a limitação de si em determinado plano e sujeito a determinados efeitos (ORTEGA Y GASSET, 2016).

<sup>12</sup> Em *The State*, Franz Oppenheimer (1922) elenca o Estado como sendo um grupo dominante e detentor de poder político que subjuga, através deste, a casta dominada e a explora economicamente. Roubo bélico é o produto maciço e sistemático da tomada de recursos inflexível perpetrada pelos detentores de poder político através de seu monopólio de violência. O Estado é como um urso que cansou de destruir colmeias (sociedades) e passou a explorar as abelhas (indivíduos), oferecendo seus serviços de segurança (contra ele mesmo) em troca de mel (recursos).

<sup>13</sup> Na obra *Os Limites da Ação do Estado*, Wilhelm Von Humboldt (2004) prega pela não intervenção do Estado em quaisquer áreas que não aquelas relativas à segurança externa e interna, isso porque, se o fizer, o Estado estaria a impedir o homem de evoluir. Em outras palavras, a intervenção do Estado produz um sentimento amoroso em seus cidadãos por remover destes a possibilidade de resolver seus litígios através de meios não coercitivos; a intervenção os faz menos homens, afinal, pagam com a moeda por sua incapacidade de interação.



intervenção – a qual age em detrimento daqueles que já são livres efetivamente<sup>14</sup>. Em outras palavras, a primeira liberdade faculta a qualquer homem o consumo de bens de qualidade, mas é apenas através da segunda, ou seja, através de meios financeiros, que terá seu exercício efetivado (BOBBIO, 2011).

Essa *vantagem* tira a escolha individual de tomar partido sobre ser quantificado ou não; perder dignidade por se tornar um produto financeiro ou não; seguir a maré da norma jurídica ou não.

Pois que permitam que cada indivíduo faça juízo de valor acerca de serem quantificados ou permanecerem como seres qualitativos, isso porque não cabe à norma, mas a cada indivíduo conceber seu corpo como propriedade ou identidade<sup>15</sup>; cabe ao ser, e não ao dever ser (FERRAJOLI, 2011).

Trata-se da falácia da agregação, isto é, a ideia de que podemos conceder doses de igualdade sem mutilar a liberdade individual. Na tomada e realocação de recursos, uma parte perde liberdade enquanto que a outra pode receber igualdade; ao impor convívio com homens possuidores de características que os tornam repulsivos aos demais, está-se matando a liberdade de ir e vir de uma parte, enquanto que à outra se está concedendo possível igualdade (SCRUTON, 2015).

Existe uma antítese que compreende a liberdade e a igualdade que toma a forma de que não se pode aumentar a liberdade sem reduzir a igualdade, assim como aumentar a igualdade sem se reduzir a liberdade (BOBBIO, 2013).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A norma fundamental não limita o poder, mas uma concepção de poder; não garante a liberdade, mas um conceito de liberdade. A *autonomia política* é limitada, mas tudo aquilo que não abrange o termo *autonomia* não é levado em consideração, o que, em decorrência,

---

<sup>14</sup> A *liberdade potencial* é uma mera teoria, enquanto que a *liberdade efetiva* é a prática; teoricamente podem todos os homens sobreviver ao inverno se bem agasalhados, mas só poderão de fato fazê-lo se detiverem de agasalhos, recintos acalorados e meios financeiros que tornem propício sua liberdade em potencial (BOBBIO, 2011).

<sup>15</sup> Ferrajoli (2011) acredita ser o corpo e a mente individual parte da identidade do homem, ou seja, quem cada um é toma a forma de seu corpo e mente. Isso significa dizer que ninguém é dono do meu corpo em razão de não se tratar de um bem, mas de quem eu sou. Por ser o homem apenas titular de seu direito à vida, não lhe cabe prostituir-se (alugando o corpo), escravizar-se (vender seu corpo), vender seus órgãos (quantificando-os). Devo ser livre, mesmo sendo escravo do direito fundamental que ordena um conceito unívoco de liberdade que me aprisiona em seus liames.



leva a uma deslegitimação do dever cívico subjetivo – afinal já me coagem a ser altruísta -, da democracia – afinal já estipulam qual governo e como governar.

Se uma série de princípios foi estipulada como últimos e inexoráveis à saúde da sociedade e do indivíduo, o poder de governo e individual não apenas se encontram enfraquecidos, mas também sua liberdade; presos, impedidos de prosseguir em meio aos entraves proporcionados e assegurados pelo antagônico modelo de Estado de Direito garantista.

Mais do que um atraso pernicioso à evolução da sociedade como um todo e em partes, as dores que a tirania da maioria evoca migram para a tirania da norma fundamental, a qual sufoca o indivíduo e o coletivo com sua substância arbitrária. Como afirma Constant (2007), mais tirano do que o mais forte triunfar é quando o mais fraco o faz, assim, no momento em que o direito fundamental representa a vontade dos mais fracos, o que se está a promover são os interesses da minoria em detrimento dos da maioria.

## REFERÊNCIAS

AHMANN, Timothy; WALSH, Eric. U.S. presidential debate rules out third party candidates, 2016. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/us-usa-election-debate-idUSKCN11M270>>. Acesso em 27 de março de 2017.

BOBBIO, Norberto. **Democracia e segredo**. São Paulo: Unesp, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política**. 3.ed. São Paulo: Unesp, 2011.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e democracia**. 6.ed. São Paulo: Brasiliense, 2013.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução na França**. São Paulo: Edipro, 2016.

CONSTANT, Benjamin. **Princípios de política aplicáveis a todos os governos**. Rio de Janeiro: Liberty Fund e Top Books, 2007.

COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional sob o olhar do Garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX**. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão: teoria do Garantismo penal**. Quinta Parte. 4.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p.785-872.



\_\_\_\_\_. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana.** São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HAYEK, Friedrich August Von. **O caminho da servidão.** Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército e Instituto Liberal, 1994.

HUMBOLDT, Wilhelm Von. **Os limites da ação do Estado.** Rio de Janeiro: Liberty Fund e Top Books, 2004.

JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico.** São Paulo: Cultrix, 2013.

KARSTEN, Frank; BECKMAN, Karel. **Além da democracia.** São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2013.

KOURILSKY, Philippe. **O manifesto do altruísmo: questionamentos políticos, sociais e filosóficos sobre o individualismo e a necessidade do coletivo.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LOCKE, John. **Dois tratados do Governo Civil.** Lisboa: Edições 70, 2012.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade.** São Paulo: Hedra, 2011.

OPPENHEIMER, Franz. **The State: it's history and development viewed sociologically.** New York: Vanguard Press, 1922.

ORTEGA Y GASSET, José. **A rebelião das massas.** 5.ed. Campinas: Vide editorial, 2016.

PETERSEN, Lilli. Why you won't see these candidates on the debate stage, 2016. Disponível em:<<http://www.refinery29.com/2016/09/124150/why-arent-third-party-candidates-in-debates>>. Acesso em 27 de março de 2017.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates.** São Paulo: Hunter Books, 2013, p.1-62.

RICHARDS, Kimberley. Is Gary Johnson Attending The Second Presidential Debate? He Had To Meet Polling Criteria, 2016. Disponível em:<<https://www.romper.com/p/is-gary-johnson-attending-the-second-presidential-debate-he-had-to-meet-polling-criteria-19958>>. Acesso em 27 de março de 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** São Paulo: Hunter, 2014.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político / Teoria do partisan.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.1-141.

SCRUTON, Roger. **As vantagens do pessimismo: e o perigo da falsa esperança.** São Paulo: É Realizações, 2015.



STRAUSS, Daniel. Gary Johnson doesn't qualify for final 2016 presidential debate, 2016. Disponível em: <<http://www.politico.com/story/2016/10/gary-johnson-no-2016-debates-229798>>. Acesso em 27 de março de 2017.

WALZER, Michael. **Política e paixão**: rumo a um liberalismo mais igualitário. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2008.