

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO:
NEOCONSTITUCIONALISMO E GARANTISMO JURÍDICO**

CLAUDIO MELQUIADES MEDEIROS

Itajaí (SC), dezembro de 2006

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO:
NEOCONSTITUCIONALISMO E GARANTISMO**

CLAUDIO MELQUIADES MEDEIROS

Dissertação submetida à Universidade
do Vale do Itajaí – UNIVALI, como
requisito parcial à obtenção do grau de
Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Marcos Leite Garcia

Itajaí (SC), dezembro de 2006

AGRADECIMENTO

A Deus Pai, pois dele emana toda a sabedoria.

A meus Pais, por terem me ensinado o real significado da dignidade e da perseverança.

Ao Professor Doutor Marcos Leite Garcia, mais do que um mestre e orientador, um amigo que nunca economizou paciência para com este mestrando.

Ao Professor Doutor Paulo Marcio Cruz pela dedicação devotada ao Curso que tenho orgulho de estar concluindo.

Ao Desembargador Msc Luiz César Medeiros, meu dileto irmão, por tudo que fez por mim nessa caminhada.

À colega de Mestrado Luciana Tenório Altmann pelo apoio recebido ao longo do curso.

Ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI – seus professores, seus abnegados e atenciosos funcionários que contribuíram para minha formação.

À UNIVILLE – Universidade da Região de Joinville, pelo incentivo e apoio financeiro, sem o qual meu projeto de mestrado não se realizaria.

DEDICATÓRIA

À Ivone, minha devotada e inseparável esposa,
aos meus filhos Renato e Juliana, meus amores,
como reconhecimento ao constante incentivo e
pela ausência que muitas vezes o estudo impôs.

“Tem fé no Direito como melhor instrumento para convivência humana; na Justiça, como destino normal do Direito; na paz como instrumento benevolente da Justiça e, sobretudo tem fé na Liberdade, sem a qual não há Direito, nem Justiça, nem Paz.”

(EDUARDO COUTURE)

CLAUDIO MELQUIADES MEDEIROS

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO:
NEOCONSTITUCIONALISMO E GARANTISMO**

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (CPCJ/UNIVALI).

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia

Orientador

Prof. Dr. Paulo Marcio Cruz

Coordenador do CPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores:

Dr. Marcos Leite Garcia

Orientador e Presidente da Banca

Dr. _____

Membro titular da Banca

Dr. _____

Membro titular da Banca

Itajaí (SC), ____ de dezembro de 2006.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Pós-Graduação Coordenação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (CPCJ/UNIVALI) a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), dezembro de 2006

CLAUDIO MELQUIADES MEDEIROS
Mestrando

SUMÁRIO

RESUMO	VIII
--------------	------

INTRODUÇÃO.....	1
-----------------	---

CAPÍTULO 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTISMO	5
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	5
1.1.1 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	5
1.1.2 DIREITO NATURAL E DIREITO POSITIVO	12
1.1.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
1.1.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO	19
1.1.5 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A POLÍTICA JURÍDICA.....	21
1.1.6 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	23
1.1.7 REGRAS E PRINCÍPIOS	27
1.2 TEORIA GERAL DO GARANTISMO	31
1.2.1 FUNDAMENTOS DO GARANTISMO.....	31
1.2.2 A DEMOCRACIA E O GARANTISMO	39
1.3 GARANTISMO E JUÍZO DE VALOR	41
1.3.2 PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA JURISDIÇÃO.....	51

CAPÍTULO 2

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E A INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZES	56
2.1 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O GARANTISMO.....	56
2.1.1 FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DO DISCURSO.....	62
2.1.2 COLISÃO DE REGRAS E PRINCÍPIOS	71
2.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E AS GARANTIAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	75
2.3 O PODER JUDICIÁRIO E A FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	81

CAPÍTULO 3

O EXERCÍCIO DA MAGISTRATURA GARANTISTA.....	86
3.1 O MAGISTRADO NEOCONSTITUCIONALISTA E A POLÍTICA JURÍDICA.....	86
3.2 O MAGISTRADO E O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS	91
3.3 O JUIZ COMO REFERENCIAL DO GARANTISMO.....	94
3.4 O DISCURSO E A PRÁTICA JURÍDICA.....	106
CONSIDERAÇÕES FINAIS	113
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	116

Resumo

Esta dissertação é o resultado da investigação sobre os Direitos Fundamentais e a atuação dos Juízes de Direito, sob o viés do Garantismo. Com o enfoque direcionado preponderantemente para a eficácia da prestação jurisdicional em face das garantias constitucionais relativas aos Direitos Fundamentais, a pesquisa procurou estudar o reflexo do Neoconstitucionalismo na efetividade da proteção e na aplicação prática dos princípios constitucionais. Neste estudo levou-se em consideração que ainda é adotado por parte de alguns atores jurídicos a prática do legalismo-positivista kelseniano. Procurando fazer frente a esse pensamento, trabalhou-se com a hipótese principal da necessidade de proteção aos Direitos Fundamentais e como primeiro passo à investigação, elaborou-se o estudo acerca da visão doutrinária dos três pontos principais do trabalho: Direitos Fundamentais – Garantismo – Interpretação Jurídica, baseando-se principalmente no ensinamento de Peces-Barba, Ferrajoli, Alexy e Perelman. Na seqüência, a abordagem investigatória teve como objeto a função jurisdicional e o exercício da Magistratura sob o enfoque Garantista. Ao final, cuidou-se da prática jurisdicional à luz do positivismo e do garantismo. A pesquisa procurou manter a conexão da Ciência do Direito, com a Filosofia do Direito, com a Sociologia do Direito e com a Política Jurídica, no sentido de se obter uma visão mais abrangente da problemática que envolve a aplicação do Direito, bem como dos Novos Direitos. Buscou-se confirmar que resultado eficaz da prática jurisdicional garantista é a proteção dos Direitos Fundamentais com esteio na dignidade e na valorização do ser humano.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Garantismo; Direito Natural

ABSTRACT

This dissertation is the result of the investigation on the Fundamental Rights and their application by the Law Judges, under the inclination of the Garantismo. With the focus addressed preponderantly to the effectiveness of the jurisdictional services in face of the relative constitutional warranties related to the fundamental rights, the research tried to study the reflexion of the Neo-constitutionalism on the effectiveness of the protection and in the practical application of the constitutional principles. In this study it was taken into consideration that Kelsenian positivist-legalism is still adopted on the part of some juridical actors. Trying to face this thought, the main hypothesis of the necessity of the Fundamental Rights Protection was worked and as a first step to the investigation, the study concerning the doctrinaire vision of the three main points of the work was elaborated: Fundamental rights - Garantismo – Juridical interpretation, based mainly on the teaching of Peces-Barba, Ferrajoli, Alexy and Perelman. In the sequence, the investigatory approach had the function of the jurisdictional and the exercise of the Magistracy as object under the focus of the garantismo. At the end, the jurisdictional practice, under the light of the Positivism and of the Garantismo were considered. The research tried to keep the connection of the Law Science with the Philosophy of Rights, Sociology of the Rights and with the Juridical Politics, in order to obtain a more broaden view of the issue that involves the application of Law, as well as of the New Rights. It was tried to confirm what effective result of the garantista jurisdictional practice is the protection of the Fundamental Rights based on the human being dignity and valorization.

Keywords: Fundamental Rights; Garantismo; Natural Right; Juridical Positivism; Neo-constitutionalism; Juridical Argumentation.

INTRODUÇÃO

A posição dos Direitos Fundamentais no contexto do Estado Democrático e Constitucional de Direito e do Neoconstitucionalismo, com enfoque preponderante na atuação do Magistrado e sua participação na obtenção da paz social, sob o viés do Garantismo são os fatores que serviram para delimitar o objeto da pesquisa.

A justificativa principal da investigação reside fundamentalmente na constatação de que o posicionamento positivista-legalista kelseniano adotado por alguns atores jurídicos frente aos Direitos Fundamentais e ao Neoconstitucionalismo influenciam de forma decisiva a eficácia e a efetividade da realização do Direito e da Justiça. Outra constatação é a existência do discurso de proteção aos Direitos Fundamentais e que o Sistema Jurídico dispõe de normas úteis e necessárias à efetividade da prestação jurisdicional, de outro vértice observa-se que falta aos Magistrados embasamento teórico jurídico para justificar as decisões judiciais de proteção aos Direitos Humanos e Sociais, dificultando ou até impossibilitando a administração da justiça. Vislumbra-se, portanto, a necessidade de uma intensa reflexão acerca do Garantismo, da Democracia Substancial, da primazia dos princípios e regras constitucionais sobre o conteúdo do ordenamento jurídico, para que o Magistrado possa cumprir com eficácia sua função sócio-político-jurídica.

A militância do pesquisador nas lides judiciais como Advogado reforçou o interesse no tema. A neutralidade de parte dos Advogados, Promotores de Justiça e Juízes, e principalmente destes, diante das arbitrariedades que se apresentam não condiz com a necessidade de uma atuação focada e atualizada, pendente de mudança atitudinal em termos de interpretação e aplicação do Direito.

Diante das novas situações de Direito Substancial e da constatação de que o Juiz é agente da efetiva proteção dos Direitos individuais e sociais é preciso pesquisar os marcos delimitantes de sua atuação jurisdicional,

bem como da atuação dos demais operadores do direito. Faz-se necessário o estudo dos Direitos Fundamentais colocando em destaque o Garantismo e o Neoconstitucionalismo numa visão nitidamente teleológica, e não se aceitando que o Juiz se mantenha neutro, sob o manto do formalismo estritamente legal, afastado da dimensão da realidade fática. Isto tem como ponto de partida os seguintes problemas: até que ponto o Juiz, como órgão de jurisdição, faz valer a sua independência funcional e se vale dos princípios de Direito no sentido de alcançar a justa prestação jurisdicional? O apego ao formalismo-legalista contribui para a efetiva prestação jurisdicional com proteção aos Direitos Fundamentais? A universalidade e a indisponibilidade dos Direitos Fundamentais são materialmente reconhecidas?

No desenvolvimento da pesquisa foram levadas em consideração as seguintes hipóteses: primeira – uma diferente postura mental, interpretativa e argumentativa dos operadores do sistema jurídico, principalmente do Magistrado, proporciona a tomada de decisão desatrelada do excessivo formalismo-legalista e contribui para que seja obtida a pacificação social com justiça; segunda: a independência e a permissão para que o juiz possa responder à sua função de dar a efetiva proteção aos Direitos Fundamentais garante a estabilidade social e o atingimento do escopo do Estado Democrático e Constitucional de Direito; terceira: a Teoria Garantista supera o campo do Direito Penal na medida em que é assumida pelos Magistrados determinando-se o respeito aos Direitos Fundamentais como forma de garantia dos Direitos Sociais.

O objetivo institucional da presente pesquisa é a produção de uma Dissertação de Mestrado Acadêmico para obtenção do título de mestre em Ciência Jurídica.

Em vista do parâmetro traçado, constituiu-se como objetivo geral a investigação dos Direitos Fundamentais sob o viés garantista procurando centrar os estudos e as reflexões críticas no contexto do Estado Neoconstitucionalista. Em outras palavras, a pesquisa procurou investigar a luz do Garantismo a importância do novo pensar do Magistrado e sua importante função como agente sócio-político-jurídico.

Partindo dessa diretriz, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: pesquisar a visão doutrinária em torno da inter-relação dos Direitos Fundamentais a luz do Garantismo com o Magistrado, com a ciência do Direito, com a Filosofia do Direito, com a Sociologia do Direito e com a Política Jurídica; pesquisar as teorias de interpretação e argumentação jurídica; investigar os poderes do Juiz no exercício da função jurisdicional.

Para tratar das questões objeto desse estudo e como meio para atingir os objetivos propostos adotou-se como base lógica para orientar o processo de investigação o método dedutivo, isto é, partindo-se da formulação dos problemas gerais, buscaram-se posições científicas que os sustentassem ou os negassem, para que ao final fosse apontada a prevalência ou não das hipóteses elencadas ¹.

Na investigação utilizaram-se as técnicas das categorias, do conceito operacional, do referente, e da pesquisa bibliográfica que compreendeu a necessária revisão doutrinária em obras jurídicas, privilegiando as fontes primárias². Como a pesquisa focou os Direitos Fundamentais e o Garantismo, foram priorizados os doutrinadores estrangeiros, principalmente os autores italianos, espanhóis e alemães. Não obstante, deu-se também destaque às obras pátrias e, por convenção metodológica, principalmente aos autores adeptos da Teoria do Garantismo, que na visão do pesquisador mais se ajustavam à linha teórica do trabalho.

Os acordos semânticos que procuram resguardar a linha lógica do relatório da pesquisa e respectivas categorias, também por opção metodológica, estão colocadas em notas de rodapé, conforme sugestão apresentada por Pasold³, muito embora algumas delas tenham seus conceitos mais bem trabalhados no corpo da dissertação. Importante ressaltar também que

¹ Segundo conceito formulado por PASOLD, Cesar. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*, p. 87.

² Técnicas que se encontram teorizadas em PASOLD, Cesar. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*.

³ Técnicas que se encontram teorizadas em PASOLD, César. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*.

a metodologia e técnicas aplicadas no relatório estão em conformidade com a metodologia definida pela Universidade do Vale do Itajaí.

Para um melhor desenvolvimento dos estudos, o relatório da pesquisa foi estruturado em três capítulos e estes em sub capítulos, de modo a permitir a seqüência lógica da exposição e a abordagem da temática proposta.

Desse modo, no primeiro capítulo foram abordados os aspectos conceituais sobre os Direitos Fundamentais e sobre o Garantismo. Em suma, buscou-se investigar as origens e as diversas classificações dos Direitos Fundamentais, bem como as concepções doutrinárias a respeito do tema, com relevo para os aspectos relacionados ao Garantismo.

O Neoconstitucionalismo e a Argumentação Jurídica, aliados à função jurisdicional do Magistrado, foram alvo de investigação no segundo capítulo. Muito embora não seja objeto deste trabalho o estudo do Direito Constitucional, ainda nesse capítulo cuidou-se da pesquisa acerca das garantias constitucionais de proteção aos Direitos Fundamentais.

No terceiro e último capítulo, partindo-se da premissa de que a essência do Poder Judiciário reside no seu poder de julgar de forma independente e imparcial e de que o Garantismo é instrumento fundamental na distribuição da justiça, cuidou-se do estudo dos reflexos do Positivismo e do Garantismo na práxis dos Juizes de Direito. Numa visão primordialmente teleológica, voltada mais aos objetivos que o Estado Democrático de Direito pretende alcançar, através da jurisdição, foram delineadas as considerações atinentes ao discurso e às práticas jurídicas.

CAPÍTULO 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTISMO

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1.1 Classificação dos Direitos Fundamentais

Embora muito já se tenha escrito sobre direitos humanos, ainda pode-se questionar sua significação e sua abrangência, mormente quando o doutrinador procura contextualizar tais direitos em determinadas realidades sócio-econômicas.

O estudo dos Direitos Fundamentais⁴ parte da premissa da necessária relação entre direito e sociedade⁵, sendo esta o meio que viabiliza a eclosão⁶ e a definição do rol dos novos direitos, bem como dos direitos historicamente reconhecidos. Importante ressaltar que a sociedade mundial tem vivenciado significativas mudanças ao longo das últimas décadas. No campo da Ciência do Direito, da Sociologia Jurídica e da Política Jurídica diversos

⁴ ALEXY, Robert. *Los Derechos Fundamentales en El Estado Constitucional Democrático*, p. 31-32. "Los orígenes de los derechos fundamentales se remontan muy atrás en el tiempo. Basta recordar la declaración de semejanza a Dios del Génesis 1, 27: «Dios creó al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó»; la neotestamentaria declaración de igualdad que formula Pablo en su Carta a los Galátas 3, 28: «No hay judío ni griego, no hay varón ni mujer, pues todos vosotros sois uno en Cristo Jesús»; el pensamiento igualitario cosmopolita de la Stoa, por ejemplo, en el «"Son esclavos", pero también son hombres»' de Séneca; la idea medieval de la *dignitas humana*, de la dignidad humana, las ideas de la Reforma sobre el sacerdocio de todos los fieles y, en fin, sobre todo la moderna teoría del Estado de pensadores como Locke, Pufendorf, Montesquieu y Kant, que transitó desde el reino de las ideas hacia el mundo de la historia por vez primera de forma completa en la América de 1776 con la Virginia Bill of Rights y en Francia en 1789 con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Nada de ello habrá de interesar aquí. Igualmente irrelevante habrá de considerarse su desarrollo dolorosamente retrasado en Alemania y el recuerdo de los años 1848 y 1849, capaz de conmover en nuestro país el ánimo de un demócrata, pues cuánto se nos podría haber evitado! Y, en fin, tampoco podemos entrar ahora a tratar el, pese a su complejidad, pujante desarrollo de los derechos fundamentales y humanos en el plano internacional y supranacional".

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 25.

⁶ PAUPÉRIO, A. Machado. *Introdução ao estudo do direito*, p.18.

paradigmas necessitam ser superados para a adequação dos chamados Direitos Fundamentais às novas necessidades criadas pelo desenvolvimento social e tecnológico⁷.

A doutrina⁸ tem alertado para a heterogeneidade, ambigüidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica desses direitos, pois, tanto na doutrina quanto no direito positivo (constitucional ou internacional) são largamente utilizadas outras expressões significando, tais como: “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”⁹.

Por sua vez, Canotilho sintetiza que os Direitos Fundamentais são os Direitos do Homem, direitos estes juridicamente e institucionalmente garantidos¹⁰.

Diante desta diversidade de termos¹¹, Peces-Barba preferiu definir o conjunto de Direitos Humanos¹² como “Direitos Fundamentais” por

⁷ Acerca desse tema consultar WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). Os “Novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁸ BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 560-578.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.31.

¹⁰ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.387. “As expressões ‘direito do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são freqüentemente utilizados como sinônimas. Segundo sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem concreta.”

¹¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos Fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos*, p. 6. “De acordo com a doutrina mais recente, alguns autores tendem a distinguir a denominação de “direitos humanos” (direitos numa esfera global) de “direitos fundamentais” (direitos tutelados e consagrados na constituição do país), dando a entender que cada uma possui um sentido e alcance. Assim sendo, os direitos humanos ou direitos do homem podem ser compreendidos “como os direitos válidos para todos os homens em todos os lugares, pelo simples fato de serem homens. Os direitos fundamentais, por sua vez, podem ser entendidos como direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente ou, em outras palavras direitos que o direito (positivo) vigente de cada Estado assim qualifica”.

entender ser a forma lingüística mais precisa e procedente. A escolha por este termo deve-se por ser mais precisa do que a expressão direitos humanos e por poder abranger as dimensões destes direitos, sem incorrer nos reducionismos jusnaturalistas ou positivistas¹³.

Inspirando-se em Ferrajoli, Alexandre Moraes da Rosa¹⁴ sugere que a classificação dos Direitos Fundamentais seja feita a partir de quatro classes: Direitos Humanos, Direitos Públicos, Direitos Civis e Direitos Políticos¹⁵.

E nesse norte, a distinção é de que o termo “Direitos Fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, com validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inequívoco caráter supranacional¹⁶.

¹² Em sua obra *Los Derechos Fundamentales*, p. 19-51, Perez Luño, a exemplo de Peces-Barba, procura delimitar o conceito de direitos fundamentais.

¹³ PECES-BARBA, Gregório Martínez. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, p.36-37.

¹⁴ ROSA. Alexandre Moraes da. *Garantismo Jurídico e Controle da Constitucionalidade*, p. 38.

¹⁵ ROSA. Alexandre Moraes da. *Garantismo Jurídico e Controle da Constitucionalidade*, p. 38-39. Orienta o autor: “Direitos Humanos seriam os direitos primários e extensíveis a todas as pessoas, sem qualquer distinção, incluídos o direito à vida, saúde, educação, liberdade, sociais, integridade física, garantias penais, dentre outros. Os Direitos Públicos, reconhecidos apenas aos cidadãos, como direito de residência, circulação no território, associação e de trabalho. Já a terceira classe, Direitos Civis, centrados nos direitos potestativos, cuja exteriorização se dá no âmbito da autonomia privada e sobre os que guiam o mercado capitalista, com realce para a liberdade contratual. A quarta categoria é a dos Direitos Políticos, restrita ao cidadão com direito a voto, o de ser votado, de ocupar cargos públicos, vinculados, em últimas instâncias, à participação no cenário político.”

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 33/34. Ensina o autor: “os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”.

De conformidade com a melhor doutrina pode-se afirmar que são direitos oponíveis ao Estado e exercíveis desde logo, a menos que o legislador tenha estabelecido limites ou deferido a regulamentação à norma ou a ato posterior, repelindo-se atentados a valores essenciais da convivência social e das próprias pessoas em seus direitos substanciais à vida, liberdade e à segurança, dizendo respeito a todos os homens em todas as épocas.

Em se tratando de direitos da personalidade, Canotilho orienta que nem todos os Direitos Fundamentais são direitos da personalidade, contudo, dada à interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, cada vez mais os Direitos Fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa¹⁷.

Em verdade os direitos humanos estão alicerçados em princípios universais, mas os precisos direitos morais do homem em algumas comunidades diferem dos precisos direitos morais do homem em outras comunidades, justificando o porquê da impossibilidade de rigoroso detalhamento e de aplicação universal¹⁸.

Ao contrário do que prelecionam alguns constitucionalistas modernos e sem ter a pretensão de esgotar o tema, entende o pesquisador que na visão do Garantismo, mesmo próprios da natureza humana, determinados direitos são dependentes de seu reconhecimento em contratos ou normas jurídicas.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. “Muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade”. Os direitos da personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos da personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral da personalidade como ‘direito à pessoa ser e pessoa devir’, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.” p. 390

¹⁸ CRANSTON, Maurice. *Direitos Humanos?*, p.81.

No século XVIII com a Declaração de Virgínia¹⁹ (1776) e com a Declaração Francesa de 1789 ocorreu o fortalecimento das teses de que os homens possuem direitos naturais que antecedem qualquer sociedade política, se afirmando como direitos considerados “inalienáveis e sagrados”, materializando reivindicações concretas acerca de valores históricos, sobretudo referentes à liberdade e à dignidade humana²⁰. Sarlet²¹ também entende que a partir do princípio da dignidade humana foram deduzidos alguns dos Direitos Fundamentais.

Por sua vez, a Constituição dos Estados Unidos, promulgada em 1787 ampliou e detalhou o rol de direitos das liberdades e garantias individuais contra arbitrariedades, bem como da liberdade de palavra e de imprensa e do livre exercício da religião²². Da mesma forma²³, tais direitos e garantias são positivados, incorporados e consagrados pelas Constituições Francesas de 1791 e 1793, ressaltando-se que aí surge o mais importante código privado dessa época – fiel tradução do espírito liberal-individual – o Código Napoleônico de 1804.

Os ideais de preeminência da pessoa humana, o imperativo da redução do poder do monarca e a busca de racionalização do poder marcam a história da Revolução Francesa e nesse sentido a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembléia Constituinte na França,

¹⁹ CRANSTON, Maurice. *Direitos Humanos?* p.1. Orienta esse autor que “em junho de 1776, na Virgínia, a Carta dos Direitos, adotada por uma convenção representativa, em sua cláusula primeira proclamava “que todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inerentes, dos quais, quando entram num estado de sociedade, não podem privar ou despojar sua posteridade: a saber, a usufruição da vida e liberdade, com meios de adquirir e possuir propriedade, e a busca e obtenção da felicidade.”

²⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos Fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos*, p. 4.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 69. “...muito embora os direitos fundamentais encontrem seu fundamento, ao menos em regra, na dignidade da pessoa humana e tendo em conta que do próprio princípio da dignidade da pessoa podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade, ainda que por vez por outra se encontre alguma referência neste sentido”.

²² CRANSTON, Maurice. *Direitos Humanos?*, p. 2

²³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos Fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos*, p. 8.

seguindo os modelos americano e inglês, enalteceu os direitos de liberdade e de igualdade.

Outro marco importante na história dos Direitos Fundamentais foi Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, onde o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto do século XX²⁴.

Diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente surgem novos direitos. Alguns doutrinadores utilizam o termo de gerações²⁵ de direitos, contudo, Wolkmer²⁶ prefere classificar o rol dos direitos fundamentais, segundo sua natureza e historicidade, em cinco dimensões. Os direitos de primeira dimensão seriam os direitos civis e políticos, os quais tinham como objetivo reduzir a interferência do Estado na vida privada. São acrescidos a estes os de segunda dimensão que seriam os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundamentados nos

²⁴ BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 574

²⁵ CRUZ. Paulo Marcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, p.137-138. Segundo esse autor os direitos podem ser classificados em quatro gerações de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidas.

²⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos Fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos*, p. 4-15. Direitos de primeira dimensão: (...) direitos civis e políticos. Trata-se dos direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. Direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos ‘negativos’. (p.7) Os direitos de segunda dimensão seriam os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundamentados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado mas ensejam sua garantia e concessão a todos indivíduos por parte do poder público. (p.8) De terceira dimensão seriam os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade. A nota caracterizadora desses “novos” direitos é a de que seu titular não é mais o homem individual (tampouco regulam as relações entre os indivíduos e o Estado), mas agora dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação), não se enquadrando nem no público, nem no privado. (p.9) De quarta dimensão podem ser considerados os “novos” direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. Trata dos direitos específicos que têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética (“clonagem”), contracepção e outros.” (p.12) Os direitos de quinta geração São os “novos” direitos advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral. A passagem do século XX para o novo milênio reflete uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade da era virtual. É extraordinário o impacto do desenvolvimento da cibernética, das redes de computadores, do comércio eletrônico, das possibilidades da inteligência artificial e da vertiginosa difusão da internet sobre o campo do Direito, sobre a sociedade mundial e sobre os bens culturais do potencial massificador do espaço digital. (p.15)

princípios da igualdade. Sem a supressão dos anteriores foram acrescentados os de terceira dimensão que seriam os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos ou direitos de solidariedade. Os de quarta dimensão poderiam ser considerados os “novos” direitos referentes à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. E por final, os de quinta dimensão seriam os “novos” direitos advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral.

Ressalta-se que a classificação acima não é estanque, ou seja, os direitos acima mencionados se comunicam e se complementam, inclusive, admitindo a inclusão de novos direitos e dessa classificação podem derivar diversos tipos de Direitos Fundamentais, aos quais reclamam outros direitos como Direito de Acesso à Justiça²⁷ e a garantia do Devido Processo Legal.

Reforçando a idéia da necessidade de positivação dos Direitos Fundamentais, Kelsen adverte que a nossa felicidade depende da satisfação subjetivo-individual de necessidades que nenhuma ordem social pode garantir, ao contrário, haverá possibilidade de satisfação quando se tratar de um sentido objetivo-coletivo. Deve entender-se por felicidade a satisfação de certas necessidades reconhecidas como tais pelo legislador como, por exemplo, a necessidade de alimentação, vestuário, moradia e equivalentes²⁸.

²⁷ CRUZ. Paulo Marcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, p.138. Da classificação dos direitos fundamentais feitas pelo autor “podem derivar diversos tipos de direitos e garantias fundamentais, tais como o direito à liberdade, à participação, direitos sociais, direitos coletivos e difusos. A eles pode-se agregar um Direito de estrutura complexa chamado de Direito de Acesso à Justiça – aos tribunais. Este direito aparece como expressão do reconhecimento do caráter de sujeito de Direito de todas as pessoas, estando intimamente vinculado à posição jurídica do indivíduo”.

²⁸ KELSEN. Hans. *O que é Justiça?* p.2

1.1.2 Direito Natural e Direito Positivo

Em que pese as contradições acerca do tema, orienta grande parte dos jurista que no campo das relações humanas racionais há duas leis que regem a ordem social: a lei natural e a lei positiva. Tais leis influenciam sobremaneira a definição e a extensão dos Direitos Fundamentais. A lei natural foi descrita pelos gregos e pelos romanos que entendiam haver duas ordens referentes à organização social: uma delas preexistente à sociedade e inerente ao ser humano, que com tais direitos nascia, e outra criada pelo Estado, mas, as leis essenciais de qualquer ordenamento jurídico seriam de direito natural, como o direito à vida, à segurança, à liberdade, etc²⁹.

O Direito Natural do pós-guerra tem conceituação mais ampla, não sendo o direito que ampara o homem somente contra as ameaças do Estado, pois tutela, também, as condições da natureza possibilitadoras da vida, “deixando de ser utopia passou a ter validade internacional a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU (1948), com maior eficácia na Comunidade Européia (União Européia) desde a Convenção Européia para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (Roma, 1950), garantida pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos (1963), sediado em Strasburg [...]”³⁰.

Há que se fazer uma reflexão para verificar se os direitos humanos são direitos positivos ou direitos morais. A considerável diferença entre o direito positivo e o direito moral é que este não é necessariamente impositivo, enquanto o direito positivo é necessariamente, executável. Se os direitos humanos são amparados por lei positiva, estes serão tanto direitos morais como

²⁹ GUSMÃO. Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*, p. 9.

³⁰ GUSMÃO. Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*, p. 30. “De certa forma há acordo entre os jusnaturalistas contemporâneos sobre o objeto fundamental da Filosofia do Direito, reduzido à justiça, ou seja, ao direito justo”, p.9.

direitos positivos, sem esquecer que os Direitos Humanos são universais, ou seja, pertencem ao homem simplesmente porque ele é um homem³¹.

A natureza segundo a doutrina do Direito Natural é concebida como o supremo legislador, sendo essa doutrina caracterizada por um dualismo fundamental de Direito positivo e Direito Natural, sendo que os princípios morais que se referem às atividades humanas criadoras e aplicadoras de Direito constituem o ideal da Justiça, destarte o motivo para a validade do Direito é a sua Justiça³².

A discussão acerca da preponderância do Direito Natural sobre o Direito Positivo é milenar. Muitos autores citam Antígona, a clássica obra da dramaturgia grega, onde Sófocles³³ faz Antígona desafiar o rei Créonte. Sófocles discute o limite da autoridade do Estado sobre a consciência individual e a do conflito entre as leis da consciência e o direito Positivo.

Segundo Hobbes³⁴, “o direito de natureza é a liberdade que cada homem possui de usar o seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim”. Para esse filósofo, as leis da natureza não precisam ser

³¹ CRANSTON, Maurice. *Direitos Humanos?* p.5

³² KELSEN. Hans. *O que é Justiça?*, p.137.

³³ SÓFOCLES. *Antígona*. “Creonte, seu tio, que a condenou por ter dado sepultura a Polinício, apesar de haver proibição real para tal conduta, prevendo pena de morte, para quem a desobedecesse. Antes de sentenciá-la, sem atender às súplicas de todos, inclusive do filho, noivo de Antígona, Créonte perguntou-lhe: ‘Conhecias o meu decreto e assim mesmo ousaste violar a lei?’ Antígona respondeu altura, em passagem que se tornou clássica: ‘Não foram os deuses que promulgaram essa monstruosa lei, e a justiça, que é dos deuses, não prescreve proibição igual a que decretastes. Penso que as leis dos mortais como são teus decretos, não têm força suficiente para prevalecer sobre as leis supremas, não-escritas, que ninguém, mesmo sendo rei, pode modificar. Essas leis não são de hoje, nem de ontem, mas eternas Assim, se a minha conduta te parece insana, és um louco maior me acusando de loucura.’ E Antígona, condenada, foi enterrada viva, na tragédia de Sófocles, por ter desrespeitado o decreto real, observando lei natural, que obrigava dar sepultura aos mortos. Enquanto a sentença fatal está sendo proferida, o coro canta: *Muitas são as maravilhas, mas a maior de todas é o homem*”. Síntese feita por GUSMÃO. Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*, p. 42.

³⁴ HOBBS. Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, p. 113/211. Por liberdade entende-se, conforme a significação própria da palavra, a ausência de impedimentos externos, impedimentos que muitas vezes tiram parte do poder que cada um tem de fazer o que quer, mas não podem obstar a que use o poder que lhe resta , conforme o que seu julgamento e razão lhe ditarem”.

publicadas nem proclamadas, pois estão contidas nesta única sentença, aprovada por todo o mundo: “Não faças aos outros o que consideras razoável que não seja feito por outrem para ti mesmo”.

Ferrajoli indica três sentidos em que os Direitos Fundamentais, em contraposição às particularidades das situações jurídicas, são caracterizados como universais. São permanentemente normativos e dizem respeito igualmente a todos. São personalíssimos e indivisíveis, invioláveis³⁵.

Nesse pensar, os Direitos Fundamentais apresentam papel preponderante, tendo em vista seu caráter universal, ligados indissociavelmente aos sujeitos, principalmente de acesso à Justiça, de vida, de sobrevivência, de esperança, de Educação, sem possibilidade de exclusão de qualquer natureza pessoal, alienação ou mesmo prescrição³⁶.

Exemplo de universalidade, o primeiro e mais importante de todos os Direitos Fundamentais do ser humano é o direito à vida. É o primeiro dos direitos naturais que o Direito Positivo pode reconhecer, mas que não tem a possibilidade de criar.

O direito à vida explica-se pelo fato de ser da natureza humana o desejo de sobrevivência e ao afirmar-se que o homem tem direito à vida é reconhecer o imperativo moral de que todos os homens devem abster-se de ferir seu próximo, sendo isto quase universalmente observado.

Por sua vez, o homem tem um direito natural de liberdade de movimento, constituindo-se num desejo natural, universal e razoável de se movimentar e o que precisa de justificação é qualquer tentativa de frustrar a satisfação desse desejo³⁷.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p. 730.

³⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?*, p.32.

³⁷ CRANSTON, Maurice. *Direitos Humanos?*, p.31.

Engana-se quem acredita que nas cidades antigas o homem desfrutava de liberdade, haja vista que além de não ter noção do que era isto, não acreditava que podia deter direitos em face da cidade e de seus deuses³⁸.

O Direito Natural dominou a dogmática jurídica por um longo período cedendo lugar ao Positivismo de maneira tão intensa, que ainda nos dias atuais nas universidades e no meio forense alguns juristas resistem e parecem se envergonhar de professarem variantes da metafísica jurídica Jusnaturalista.

1.1.3 Características dos Direitos Fundamentais

A proteção dos direitos do homem não ocorre tão somente pela existência da declaração de direitos, mas necessita da existência de instrumentos jurídicos adequados para que os indivíduos possam invocar os direitos que lhe são assegurados³⁹. Por outro vértice, a legitimidade das normas jurídicas depende da legitimidade da ordem jurídica a que pertencem, sendo a ela que se deve obediência, na medida em que ela tenha por fundamento o respeito à dignidade de seres autoconscientes⁴⁰. A mera obediência pela força se esgota com rapidez, fazendo-se necessária uma justa causa que justifique e legitime quem está no poder e os métodos que esses grupos desenvolvem⁴¹.

³⁸ COULANGES. Fustel de. *A Cidade Antiga*. Estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma, p.194.

³⁹ DIREITO, Carlos Alberto Meneses. *O Estado Moderno e a Proteção dos direitos do Homem*, p.234.

⁴⁰ GUERRA FILHO. Willis Santiago. *Teoria Política do Direito*. Uma introdução política ao direito, p. 122.

⁴¹ AGUIAR. Roberto A. R. de Aguiar. *O que é Justiça*. Uma abordagem dialética, p.25.

Nessa esfera do indecidível⁴² encontram-se justamente os Direitos Fundamentais⁴³, funcionando como verdadeiro marco divisório, impeditivo do avanço do Legislativo. O Poder Legislativo, assim, encontra limitações substanciais no tocante à matéria a ser objeto da legislação. Conseqüência dessa supremacia constitucional é que se devem efetuar juízos de validade, em face do ordenamento infraconstitucional (controle difuso e material de constitucionalidade), espraiando, desta maneira, o reconhecimento da invalidade derogativa por violação da esfera do indecidível (Direitos Fundamentais), mesmo que de forma parcial⁴⁴.

Como características da própria estrutura dos Direitos Fundamentais estão a universalidade, a igualdade, a indisponibilidade e a categoria constitucional. A importante inovação do Estado de Direito foi a constitucionalização dos Direitos Fundamentais.

Luigi Ferrajoli⁴⁵ define Direitos Fundamentais como todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de personalidade jurídica.

⁴² Este termo, a partir de Ferrajoli é utilizado pelo Dr. Alexandre Morais da Rosa em suas obras jurídicas quando o autor faz referência aos Direitos Fundamentais. O pesquisador adotou também este termo por entender que ele sintetiza a importância dessa natureza de direitos.

⁴³ ALEXY, Robert. *Los Derechos Fundamentales en El Estado Constitucional Democrático*, p. 31-32 Orienta o autor: "El objeto de mis siguientes reflexiones son los derechos fundamentales en el sistema jurídico alemán. El sistema jurídico alemán encarna el tipo de Estado constitucional democrático. Este ha emprendido, con la caída del entorno de los Estados socialistas, una marcha triunfal sin parangón que no ha alcanzado francamente a todas las regiones de la tierra y cuyo éxito duradero no se encuentra en modo alguno garantizado en todas partes. Así, no muy lejos geográficamente se halla el Estado teocrático islámico y en países como Rusia el desarrollo político resulta incierto. La expansión de las ideas del Estado constitucional democrático se corresponde en Europa con el desarrollo de una teoría y una praxis constitucionales comunes, singularmente por lo que se refiere al control de constitucionalidad, en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y la ciencia del Derecho público alemana juegan un importante papel. Si hablo de Alemania en general, habrá de entenderse con este trasfondo. El Estado constitucional democrático se caracteriza por seis principios fundamentales que han hallado en la Ley Fundamental una clara expresión. Se trata de los principios fundamentales de la dignidad humana (art. 1.1 LF), de la libertad (art. 2.1 LF) y de la igualdad (art. 3.1 LF), así como los principios relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, democrático y social (arts. 20.1; 28.1, frase 1 LF). Entre los derechos fundamentales y los principios relativos a la estructura y los fines del Estado existen, como se señalará, íntimas relaciones, pero en parte también tensiones.

⁴⁴ ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?*, p. 22

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*, p. 37. "Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todo's los seres humanos en cuanto

Segundo Warat, à Ciência Jurídica⁴⁶ compete a produção de fórmulas de reconhecimento mediante as quais se possa constatar uma significação jurídica específica e idealmente tornada autônoma. Para isto, é necessário explicitar os critérios, mediante os quais torna-se possível estabelecer, frente a uma ordem social dada, se a mesma é uma ordem jurídica, moral ou religiosa. Poder-se-ia dizer que o Direito, como técnica de motivação social específica, induz os indivíduos a certas condutas, por meio de vinculação entre um dano (privação coativa de certos bens) e as condutas consideradas indesejáveis⁴⁷.

Os Direitos do Homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes. Esses direitos vêm se modificando ao longo dos séculos. Direitos antes considerados absolutos agora são rediscutidos, ante às novas carências e dos meios disponíveis para a sua realização⁴⁸. Bobbio alerta que “as vítimas de um poder opressivo pedem, antes de mais nada, liberdade. Diante de um poder arbitrário, pedem justiça. Diante de um poder despótico, que seja ao mesmo tempo opressivo e arbitrário, a exigência de liberdade não pode se separar da exigência de justiça”⁴⁹.

Com relação ao direito de liberdade Perez Luño assevera que “a concepção de liberdade sofreu uma erosão com o reconhecimento da segunda geração dos Direitos Humanos, configurada pelos direitos econômicos,

dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

⁴⁶ O presente trabalho não discutirá se o conceito de ciência é aplicável ou não ao Direito pelo fato de não ser objeto da pesquisa. Ao se utilizar no decorrer do texto “Direito” ou “Ciência do Direito” ou “Ciência Jurídica”, se estará empregando as mesmas como sinônimas.

⁴⁷ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito. A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. “Em outras palavras, o Direito, como técnica de motivação, pretende provocar certas condutas, vinculando a um juízo imputativo a conduta contrária a que se pretende motivar, com a ameaça de um ato de coerção aplicável de um órgão dotado de autoridade, por alguma norma do próprio sistema de Direito Positivo. O ato de coerção, determinado como devido, mediante um enunciado imputativo da ordem jurídica, é a sanção.”p.209

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p 5.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p 7.

sociais e culturais. A teoria liberal-individualista forjou um modelo de sujeito de Direito de desprezo à experiência social”⁵⁰.

Robert Alexy⁵¹ ao tratar dos Direitos Fundamentais procura elaborar uma teoria que lhes confira racionalidade, com objeto e método definidos, ou seja, uma teoria jurídica geral, que abranja uma teoria dos Direitos Fundamentais da Lei Fundamental, uma teoria jurídica e uma teoria geral.

Para Canotilho⁵² os Direitos Fundamentais desempenham quatro funções, a saber:

I - Os direitos fundamentais desempenham a função de direitos de defesa dos cidadãos sob dupla perspectiva, ou seja, constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, no plano jurídico-objetivo, e no plano jurídico subjetivo constituem o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos (liberdade negativa).

II – Função de prestação social

O particular tem direito a obter algo através do Estado, por exemplo, saúde, educação, segurança social.

III – Função de proteção perante terceiros

Os direitos fundamentais impõem aos poderes públicos a proteção dos titulares desses direitos perante terceiros, ou seja, neste sentido o Estado tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos.

⁵⁰ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos y Constitucionalismo Ante el Tercer Milenio*, p.43.

⁵¹ ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p.27/28. "Sobre los derechos fundamentales pueden formularse teorías de tipo muy diferente. Las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos fundamentales, las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación., y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social son solo tres ejemplos. No existe casi ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y sus métodos"

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.401/404

IV – Função de não discriminação

O princípio da igualdade consagrado na constituição impõe ao Estado o tratamento dos seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais, impedindo a discriminação, sendo que a partir daí se discute o problema das quotas e o problema medidas tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades ⁵³.

1.1.4 Direitos Fundamentais e a Constituição

Mais importante que fundamentar os direitos do homem é protegê-los⁵⁴, ensina Bobbio, e quando se refere à liberdade⁵⁵ e igualdade⁵⁶ afirma que “A igualdade nos direitos (ou dos direitos) significa algo mais do que a simples igualdade perante a lei enquanto exclusão de qualquer discriminação não justificada: significa igual gozo, por parte dos cidadãos, de alguns direitos fundamentais constitucionalmente assegurados [...]”.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. “Uma das funções dos direitos fundamentais ultimamente acentuada pela doutrina (sobretudo pela doutrina norte-americana) é a que se pode chamar de função de não discriminação. A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais”. p 403

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. “Afirmei, no início, que o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los. Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los. (...) O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para efetiva proteção desses direitos”. p 37

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. “Prova disso é que, enquanto a liberdade é em geral um valor para o homem como indivíduo (razão pela qual as teorias políticas defensoras da liberdade, ou seja, liberais ou libertárias, são doutrinas individualistas, tendentes a ver na sociedade mais um agregado de indivíduos do que uma totalidade), a igualdade é um valor para o homem como ser genérico, ou seja, como ente pertencente a uma determinada classe, que é precisamente a humanidade (razão pela qual as teorias políticas que propugnam a igualdade, ou igualitárias, tendem a ver na sociedade uma totalidade, sendo necessário considerar o tipo de relações que existe ou deve ser instituído entre as diversas partes do todo).”, p.13.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. “Liberdade indica um estado; igualdade, uma relação”. p 7.

Leciona Perez Luño⁵⁷ que:

a garantia dos direitos fundamentais na sua dimensão operativa prática deve começar a implantar-se nos Estados nacionais para posteriormente universalizarem-se, porém os direitos fundamentais nacionais não podem interpretarem-se, senão a partir dos direitos humanos; (...) nunca como hoje se havia sentido tão intensamente a exigência de se conceber os valores e direitos da pessoa como garantias universais, independentes das contingências de raça, de língua, ou sexo, das religiões ou convicções ideológicas.

O constitucionalismo atual não seria o que é sem os direitos fundamentais, haja vista que as normas que sancionam o estatuto dos Direitos Fundamentais, em conjunto com as normas que estabelecem a forma de Estado e o sistema econômico, são as normas decisivas para definir o modelo constitucional de sociedade⁵⁸.

Para Sarlet⁵⁹, Direitos Fundamentais são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, forma, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), constituindo-se em direitos da titularidade individual⁶⁰.

⁵⁷ PEREZ LUÑO. Antonio-Enrique. *Derechos Humanos y Constitucionalismo Ante el Tercer Milenio*, p.30-33

⁵⁸ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*, p.19.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 85.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 385. "Para além do exposto, verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição são, na verdade e em última análise, direitos da titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É o indivíduo que tem assegurado o direito de voto, assim como é o indivíduo que tem direito à saúde, assistência social, aposentadoria, etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado."

Por sua vez Sergio Cademartori faz a classificação dos Direitos Fundamentais segundo as suas características, ressaltando as prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado⁶¹.

Ao contrário dos direitos subjetivos conferidos por lei, tais como o direito de propriedade, os Direitos Fundamentais são inclusivos, isto é, não se pode gozar dos mesmos se simultaneamente os outros também não usufruam deles⁶².

1.1.5 Direitos Fundamentais e a Política Jurídica

À teoria dos Direitos Fundamentais caberia a função de canalizar para o estudo de seu objeto contribuições advindas de diversas disciplinas, filosóficas e científicas⁶³ e em função disso se faz necessária uma abordagem também a partir da Política Jurídica.

⁶¹ CADEMARTORI. Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade*. Uma abordagem garantista, p.33. Direitos Fundamentais, segundo esse autor:

- a) podem ser entendidos como 'prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado', concepção que evidencia a primazia e superioridade dos cidadãos frente ao ente político por eles criado, o que conforma uma barreira erigida pela sociedade contra os abusos do poder.
- b) são frutos de uma concepção individualista da sociedade, a qual postula que o Estado surge a partir do acordo entre indivíduos livres e iguais, soterrando assim uma concepção holística, que reivindica a idéia que a sociedade é mais do que a soma de seus componentes.
- c) são Direitos históricos, já que se inserem dentro de um momento histórico dado, qual seja, a fase que se desenvolve do Renascimento até nossos dias, além disso, são históricos porque surgem novos direitos fundamentais a partir das exigências históricas dos homens em cada momento histórico.
- d) o seu fundamento de validade não é um dado objetivo extraível da natureza humana, mas o consenso geral dos homens acerca da mesma, já que tais direitos são reconhecidos por todas as sociedades civilizadas e estampados em Declarações Universais.
- e) são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis”.

⁶² TRINDADE. José Damião de Lima. *Historia Social dos Direitos Humanos*, p. 209. Trindade faz uma alerta quanto aos direitos humanos na atualidade, nos sentido que “continuamos convivendo com a velha contradição dos tempos da Revolução Industrial: nunca a ciência, a técnica e os meios produtivos dispuseram de tantas e tão concretas possibilidades para dar fim aos velhos males (fome e subnutrição, moléstias infecciosas, carência de habitação, distribuição desigual da educação etc.), mas a triunfante lógica da produção para o mercado e para o lucro privado impede que se libere o uso social dessas possibilidades extraordinárias”.

⁶³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p.31.

A Política Jurídica na concepção de Osvaldo Ferreira de Melo⁶⁴ revela-se como uma disciplina destinada a identificar através de um estudo consciente e ordenado o seu objeto, as suas possibilidades e a sua importância para o Direito.

Assim entendida, “trabalha com predições de novas realidades desejadas e possíveis e não com previsão de certezas. Por isso é um sistema aberto, por isso é ideologia que se realiza na ação. Por isso, enfim, é política”⁶⁵. E, por política, segundo o autor, podemos entender um conjunto de estratégias que objetiva um determinado fim. “Em se tratando de Política do Direito, esses fins estarão implicados com o alcance de normas que, além de eficazes sejam socialmente desejadas e por isso justas e úteis para responderem adequadamente às demandas sociais”⁶⁶.

O estudo dos Direitos Fundamentais precisa da análise sociológica do contexto em que estão inseridos e com relação à sociologia jurídica, Torr  afirma que esta   um ramo da Sociologia que em estreita rela o com a História do Direito tem como objeto comum o estudo do Direito. Enfoca o Direito como “um fen meno social, com o objetivo de explicar seus caracteres e fun es na sociedade, as rela es e influências recíprocas entre estes fen menos sociais, assim como as transforma es do direito com o alcance geral”⁶⁷.

Assevera Osvaldo Ferreira de Melo que a Sociologia Jurídica empresta inegável e importante contribui o para o estudo do fen meno jurídico ao tratar da “conexão causal entre a norma e a conduta humana”⁶⁸.

⁶⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais da Política Jurídica*.

⁶⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais da Política Jurídica*, p.71.

⁶⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais da Política Jurídica*, p.40.

⁶⁷ TORR , Abelardo. *Introducción al derecho*, p.68

⁶⁸ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais da Política Jurídica*, p.39. Destaca que “muitas observa es da Sociologia Jurídica interessam não são   Ciência do Direito, como   Política Jurídica, exemplificando-se com os estudos das correla es funcionais entre os ordenamentos e sistemas jurídicos e os quadros sociais, o que inclui indaga o sobre eficácia ou ineficácia desses ordenamentos e sistemas. Outrossim, pelo fato de examinar o fen meno jurídico do

1.1.6 Direitos Fundamentais e o Estado Constitucional de Direito

Na lição de Luigi Ferrajoli⁶⁹ “Estado de Direito”, em sentido lato, abrangeria qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercitado nas formas por ela estabelecidas. Num segundo sentido, forte ou substancial, designaria somente aqueles ordenamentos em que os poderes públicos estão sujeitos à lei.

Sustenta Ferrajoli que estes dois significados correspondem a dois modelos normativos diferentes: o modelo paleo-juspositivista do Estado legislativo de Direito (Estado legal), surgido com o nascimento do Estado moderno como monopólio da produção jurídica, e o modelo neo-juspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional)⁷⁰.

Dessa realidade o princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito válido se constitui na primeira transformação gerada pela afirmação do monopólio da produção jurídica⁷¹.

exterior do objeto, a Sociologia Jurídica ajuda a visão global do jurista que, em regra, se limita trabalhar no interior da relação normatizada”.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro Del Estado de Derecho*, p. 13-14. “Con la expresión ‘Estado de Derecho’ se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, ‘Estado de Derecho’ designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, correspondiente al uso alemán del término Rechtsstaat, son Estados de Derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. En un segundo sentido, fuerte o sustancial, «Estado de Derecho» designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos. En este significado más restringido, que es el predominante en el uso italiano, son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes v los derechos fundamentales”.

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro Del Estado de Derecho*, p. 14.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro Del Estado de Derecho*, p. 15.

Ferrajoli observa que no Direito pré-moderno, de formação não legislativa e sim jurisprudencial ou doutrinal, não existia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas e sim uma pluralidade de fontes e ordenamentos procedentes de instituições diferentes, como, entre outras, a Igreja e a Monarquia, enfim, nenhuma tinha o monopólio da produção jurídica. Era o jusnaturalismo a teoria do Direito pré-moderno enquanto que o positivismo correspondia à instância axiológica da refundação do Direito sob o princípio da Legalidade como garantia de certeza e liberdade frente à arbitrariedade. Surge o Estado de Direito moderno, sob a forma do Estado Legislativo de Direito e sob o princípio da legalidade a norma jurídica é válida não por ser justa e sim exclusivamente por haver sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa.

Segundo Ferrajoli⁷² se a primeira superação do paradigma do Direito se deu com o nascimento do Estado Moderno e com a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito Positivo, uma segunda mudança, não menos radical é produzida pela subordinação da legalidade às Constituições rígidas, hierarquicamente supra-ordenadas às leis como norma de reconhecimento de sua validade. Decorrem daí as alterações do Estado legislativo de Direito, no sentido de que a existência ou vigência das normas se dissocia da validade, sendo possível uma norma formalmente válida e vigente ser substancialmente inválida por colidir com normas constitucionais, como, por exemplo, a lei que negar o princípio da igualdade ou os direitos fundamentais.

No Estado de Direito Constitucional⁷³ a Constituição não somente disciplina as formas de produção legislativa, mas impõe a esta proibições e obrigações de conteúdo relacionados com os direitos de liberdade e com os direitos sociais, cuja violação gera antinomias ou lacunas que a ciência jurídica tem o dever de identificar para que sejam eliminadas ou corrigidas. Verifica-se também alteração do papel da jurisdição, que é aplicar a lei somente se esta é constitucionalmente válida, e cuja interpretação e aplicação são sempre um juízo sobre a própria lei que o juiz tem o dever de censurar como inválida

⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro Del Estado de Derecho*, p. 17-18.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro Del Estado de Derecho*, p. 118-19.

mediante a denúncia de sua inconstitucionalidade, quando não seja possível interpretá-la em sentido constitucional. Decorre disso uma dimensão pragmática e uma responsabilidade cívica, desconhecida para a razão jurídica própria do velho juspositivismo formalista: o saneamento das antinomias e das lacunas e a promoção de sua superação por meio das garantias existentes, ou a projeção das garantias que faltem.

Para Peces-Barba os direitos têm uma raiz moral que se indaga através de sua fundamentação, porém não são tais sem pertencer ao ordenamento e poder assim ser eficazes na vida social, realizando a função que os justifica. Moralidade e juridicidade ou moralidade legalizada forma o âmbito de estudo necessário para a compreensão dos Direitos Fundamentais⁷⁴.

Leciona o autor que embora surgidos como direitos de defesa, com a principal preocupação de conferir espaços de liberdade individual ao abrigo da ingerência pública (estatal), os Direitos Fundamentais⁷⁵ passaram a adquirir uma notável projeção positiva, reclamando uma ação do Poder Público, mas também de entes privados que proporcionasse a satisfação das necessidades e a realização dos valores estipulados.

Para Rigaux “O Estado tem o monopólio do exercício da coerção física em seu território, e seus sujeitos sentem-se coagidos a obedecer aos órgãos por ele instituídos, a abster-se de cometer delitos, a pagar seus impostos, a cumprir suas obrigações militares etc”⁷⁶.

⁷⁴ PECES-BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*. “El fundamento responde al por que de los derechos humanos y se sitúa principalmente en el primer rasgo señalado, la pretensión moral justificada; y el concepto, en una visión dinámica y no solamente estática, aunque la presuponga, responde al para qué de los derechos humanos, y se sitúa principalmente en el segundo rasgo señalado, la recepción de esa pretensión moral en el Derecho positivo”. p. 101. “Su inseparable conexión se produce porque los derechos tienen una raíz moral que se indaga a través de la fundamentación, pero no son tales sin pertenecer al Ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función que los justifica. Moralidad Y juridicidad o moralidad legalizada forman el ámbito de estudio necesario para la comprensión de los derechos fundamentales”. p.104

⁷⁵ Acerca da relação dos direitos fundamentais com o Estado e a Democracia ver ALEXY, Roberto. *Los Derechos Fundamentales en El Estado Constitucional Democrático*, p. 31-38.

⁷⁶ RIGAUX. François. *A Lei dos Juizes*, p. 5.

Com a superação do modelo liberal de Estado pela concepção de Estado social e intervencionista, surgem os Direitos Fundamentais⁷⁷ cuja violação não ocorre apenas a partir do cometimento de atos, senão que igualmente a partir de omissões que os não implementem.

Além dos direitos tradicionalmente trazidos pelo liberalismo (direitos de liberdade – direito de), as novas constituições vêm dando abrigo aos direitos sociais (direitos a – expectativa de comportamento alheio).

A partir das orientações de Peces-Barba se um Estado de direito somente incorporar vedações, ter-se-á um Estado de direito liberal (não fazer), se incorporar obrigações, um Estado de direito social (fazer).

Ao lado de uma clássica eficácia vertical dos Direitos Fundamentais, que obriga ao respeito pelo Poder Público, insiste-se na eficácia horizontal ou privada (*erga omnes*), que cobra cumprimento dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares.

Peces-Barba, quando aborda o direito pela paz, o faz da seguinte forma: “No direito pela paz se pretende, igualmente, uma justificação jusnaturalista modernizada que se baseia na teoria dos direitos morais, e também uma positivação, que tem dificuldades sérias”⁷⁸.

Para Peces-Barba os Direitos Fundamentais representam um subsistema dentro do sistema jurídico, o Direito dos Direitos Fundamentais⁷⁹ e estes têm origem também na idéia da segurança, que não é fundamento só para

⁷⁷ ALEX Y. Roberto. *Los Derechos Fundamentales en El Estado Constitucional Democrático*, p. 31-32-33. “La posición de los derechos fundamentales en el sistema jurídico de Alemania se caracteriza por cuatro extremos: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo y, segundo, con máxima fuerza jurídica, objetos, tercero, de la máxima importancia con, encuarto lugar, máxima indeterminación. Cada una de estas propiedades extremas resulta en sí inocua, pero su conjunción con las demás comporta problemas ciertamente devastadores, que se expresan a continuación”.

⁷⁸ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, p.193.

⁷⁹ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*. “Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se desprenden para que el derecho sea efectivo, que sea susceptible de garantía o protección judicial, y, por supuesto que se pueda atribuir como derecho subjetivo, libertad, potestad o inmunidad a unos titulares concreto”, p.110.

alguns direitos, como também para as garantias processuais, sendo um conjunto do sistema. Esta constatação é um motivo para aproximar liberdade e igualdade, como integrantes na idéia de justiça e raiz dos direitos, com o conceito de segurança, que não será antagônico, mas que em realidade tomará parte da idéia de justiça como justiça formal, e conseqüentemente suscetível de uma análise integral com a liberdade e a igualdade⁸⁰, e naquilo que a elas se contrapõem⁸¹.

1.1.7 Regras e Princípios

Princípio “designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam”⁸².

Pode-se conceber também que princípios são normas escritas ou não, que inspiram a criação das normas de uma maneira geral; são normas jurídicas que subordinam e condicionam as demais⁸³.

Uma transformação trazida pelo constitucionalismo rígido, segundo Ferrajoli⁸⁴ foi a subordinação da lei aos princípios constitucionais, o que equivale a introduzir uma dimensão substancial não somente nas condições de validade das normas como também na natureza da democracia. O constitucionalismo rígido produz ao mesmo tempo o efeito de completar tanto o

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*, p. 29. “A igualdade perante a lei é apenas uma forma específica e historicamente determinada de igualdade de direito ou dos direitos [...]; já a igualdade nos direitos compreende, além do direito de serem considerados iguais perante a lei, todos os direitos fundamentais enumerados numa Constituição, tais como os direitos civis e políticos, geralmente proclamados (o que não significa que sejam reconhecidos de fato) em todas as Constituições modernas”.

⁸¹ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, p.128/129

⁸² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais*, 47-48.

⁸³ GSCHWENDTNER, Loacir. *A Constitucionalização do Direito Privado Contemporâneo*, p. 57.

⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro Del Estado de Derecho*, p. 19.

Estado de Direito como o positivismo jurídico, que alcançam com esta sua última e mais desenvolvida forma: pela sujeição à lei inclusive do poder legislativo, antes absoluto, e pela positivação do “ser do Direito”, relativo às condições de “existência”, e do “dever ser do Direito”, ou seja das condições de “validade”.

Orienta Alexy que regras e princípios devem ser consideradas como normas, haja vista que ambos determinam o que se deve fazer⁸⁵, todavia há a necessidade de se fazer a distinção entre regras e princípios, ou seja, ou a norma é regra ou é princípio⁸⁶.

A generalidade é o critério mais utilizado para diferenciar regras de princípios, sendo estes considerados normas de grau de generalidade relativamente alto e as regras seriam normas com um nível relativamente baixo de generalidade⁸⁷.

Na busca da diferenciação entre princípio e regra, Alexy orienta que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais, denominados de mandados de otimização. Por sua vez, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, contendo determinações no âmbito da possibilidade fática e jurídica⁸⁸.

É comum ocorrerem colisões entre princípios e conflitos entre regras, sendo que a sua diferenciação se dá pela forma como se soluciona o conflito. Para a solução do conflito de regras tem-se que observar a existência de cláusulas de exceção e num sentido mais amplo a validade formal da regra⁸⁹.

Quando ocorre colisão de princípios, um dos princípios terá que ceder diante do outro, considerando-se para a solução critérios de valoração

⁸⁵ ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p.83

⁸⁶ ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.81. “Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Es un elemento básico no sólo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos de protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto.”

⁸⁷ ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.83

⁸⁸ ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.86

⁸⁹ ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.88/89

em que se atribui um peso, e às regras são aplicáveis regras de valoração sem serem pesados⁹⁰.

A teoria dos Direitos Fundamentais proposta por Alexy está fundamentada na teoria dos princípios, que trata da estrutura das normas de direito fundamental e na forma como estas são aplicadas ao caso concreto. Fundamenta-se, também, na teoria das posições, em que aponta que os Direitos Fundamentais têm uma presunção a favor da dimensão subjetiva, ou seja, que os Direitos Fundamentais são primeiramente direitos individuais⁹¹.

A base da teoria analítica dos direitos tem uma divisão tripla de posições, designadas como direitos: direitos a algo, liberdades e competências⁹².

Orienta Alexy que os direitos a algo podem ser concebidos como uma relação triádica, em que o primeiro membro é o portador ou titular do direito, um segundo membro seria o destinatário do direito e o terceiro membro, o objeto do direito⁹³. Isto posto, tem-se que a base do conceito de liberdade das pessoas é uma relação triádica entre o titular de uma liberdade (ou de uma não liberdade), um impedimento da liberdade e um objeto da liberdade. A liberdade jurídica requer omissão do Estado (uma ação negativa), pois há uma relação analítica entre o obstáculo da liberdade e o objeto da liberdade⁹⁴.

Segundo esse autor há duas espécies de liberdades jurídicas: as liberdades não protegidas e as liberdades protegidas. A liberdade não protegida consiste simplesmente na permissão de fazer algo e na permissão de se omitir, não incluindo garantia de proteção da liberdade através de normas. Por sua vez, toda a liberdade jusfundamental é uma liberdade protegida direta e

⁹⁰ ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.89 e 133/144 “Cuando hay que pasar del amplio mundo del deber ser ideal al estrecho mundo del deber ser definitivo o real, se producen colisiones o, para usar otras expresiones frecuentes, tensiones, conflictos y antinomias. Es entonces inevitable sopesar principios contrapuestos, es decir, hay que establecer relaciones de preferencia.”

⁹¹ ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.173/186

⁹² ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.186

⁹³ ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.186

⁹⁴ ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.210/218

subjetivamente pelo Estado. Essa proteção pode ser negativa ou positiva. Tem-se uma liberdade protegida negativa quando se exige ações negativas do Estado, ou seja, proibições do Estado. A liberdade protegida é positiva, quando é uma combinação de uma liberdade com um direito a uma ação, ou seja, constitui direitos a prestações, ex. subvenções, em que se torne algo fático e juridicamente possível. Quando se juntam uma liberdade jurídica, um direito de se omissão por parte do estado e uma competência para fazer valer judicialmente a violação desse direito, se pode falar de um direito de liberdade negativo perfeito frente ao Estado⁹⁵.

A competência ou poder do indivíduo ou dos órgãos do Estado agrega, através do ordenamento jurídico, algo à ação e altera a situação jurídica, na medida em que a competência difere da permissão, pois esta não agrega nada à capacidade da ação, que existe independentemente dela e também não modifica a situação jurídica⁹⁶.

Alexy adverte que o Direito Fundamental como um todo é um objeto muito complexo, mas não incompreensível. É composto por elementos e com estrutura bem definida, como as distintas posições do cidadão e do Estado, e entre estas posições existem relações claramente determináveis, as relações de precisão, de meio e fim, e de ponderação. Os Direitos Fundamentais, como um todo, são um conjunto de posições com diferentes conteúdos e estruturas⁹⁷.

A teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy insere os valores no modelo de princípios, na medida em que se lhe atribuem peso. Sua teoria propõe uma racionalidade procedimental ao conferir aos Direitos Fundamentais uma construção argumentativa racional, que nada mais é que uma racionalidade quanto à fundamentação jurídica dos diferentes pesos atribuídos aos princípios, diante das condições do caso concreto e da conseqüente relação

⁹⁵ ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 219/227

⁹⁶ ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.227/240

⁹⁷ ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p.240/245

de preferência que é estabelecida, possibilitando a participação da opinião pública sobre a decisão já proferida⁹⁸.

1.2 TEORIA GERAL DO GARANTISMO

1.2.1 Fundamentos do Garantismo

A crise do Estado de Direito está diretamente vinculada à crise da lei como mecanismo de regulação social no Estado liberal.⁹⁹ O Garantismo consiste, na tutela dos Direitos Fundamentais, “entendidos como liberdades e direitos sociais, estabelecidos pela constituição¹⁰⁰, consistindo na tutela de todos esses Direitos Fundamentais (liberdades e direitos sociais) assim estabelecidos pela ordem constitucional vigente, os quais representam os alicerces da existência do Estado Democrático de Direito, que o alimentam e são, assim, as bases das democracias materiais”. “Logo, a democracia entendida como garantista significa o Estado de Direito munido tanto de direitos liberais (direitos de) como de direitos sociais (direitos a), próprios, esses últimos, dos Estados intervencionistas como o Brasil, não obstante, na prática, se constituírem em promessas (retóricas) sonegadas¹⁰¹.

A teoria geral do garantismo teve sua origem vinculada ao Direito Penal¹⁰² como resposta à divergência entre a normatividade e ausência de efetividade das normas, vindo a constituir uma teoria geral que transcendeu o

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 151/153

⁹⁹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado, Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*, p. 26.

¹⁰⁰ ROSA, Alexandre Moraes. *O que é garantismo jurídico?*, p. 20.

¹⁰¹ ROSA, Alexandre Moraes. *O que é garantismo jurídico?*, p. 30.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p. 681-766.

campo do direito penal, aplicável nos Estados de Direito é entendida como capaz de proceder uma análise rigorosa da estrutura do “Estado de Direito” propondo um caminho para a correção das distorções que hoje determinam a crise desse modelo¹⁰³.

Essa teoria tem por escopo a defesa dos direitos e garantias fundamentais que são ignorados por culturas jurídicas e políticas na insólita alegação da necessidade da defesa do Estado de direito e do ordenamento democrático¹⁰⁴.

A Teoria Geral do Garantismo, entendida como modelo de Direito está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais¹⁰⁵.

Conforme essa teoria, o grau de respeito que um Estado tem pelos Direitos Fundamentais determina o grau de legitimidade desse mesmo Estado, ou seja, há que se fazer uma revisão do critério de validade das normas. Para tanto, Luigi Ferrajoli propõe a revisão da teoria da validade, a democracia substancial e a sujeição do juiz à lei.

A Teoria do Garantismo proposta por Ferrajoli acena para três significados:

- a) O Estado de Direito: níveis de norma e níveis de perda da legitimação;
- b) Teoria do Direito e Crítica do Direito;
- c) Filosofia do Direito e Crítica da Política.

¹⁰³ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado, Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*, p.11.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. p 684.

¹⁰⁵ ROSA, Alexandre Moraes. *O que é garantismo jurídico?* (Teoria geral do direito), p 20. “Isso porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantido, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais.”

Por sua vez, Cademartori assevera que a Teoria Garantista propõe um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação¹⁰⁶.

Para o entendimento da Teoria Garantista é necessário compreender que ela se aplica somente aos Estados de Direito Constitucional, mais precisamente aos Estados de Direito como uma estrutura limitada de poder, sendo que o próprio Estado se submete às suas leis. O que pretende Ferrajoli é fazer com que o Direito se torne mais efetivo e menos declaratório.

O Estado de Direito designa um modelo normativo de direito. Para tanto, é utilizado o modelo da estrita legalidade. Esse modelo tem como característica no plano epistemológico o sistema cognitivo ou do poder mínimo. No plano político caracteriza-se pela técnica de tutela idônea com intuito de minimizar a violência e maximizar a liberdade. Por sua vez, no plano jurídico caracteriza-se pelo sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

A doutrina da vontade geral rousseuniana (direta ou representativa) é uma doutrina da democracia política, que soluciona somente a questão da legitimação formal de quem decide.

Entretanto, sobre a legitimação substancial, ou seja, do que é devido decidir ou não decidir, não é tratado por Rousseau e sim pelas teorias contratualistas chamadas liberais (Hobbes/Locke), que, embora limitadas aos direitos burgueses de liberdade e propriedade, elaboram uma noção de direito fundamental que serve de base a democracia substancial¹⁰⁷.

¹⁰⁶ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado, Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*, p.72.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p. 709. “O garantismo, num sentido filosófico-político, consiste essencialmente nesta fundação heteropoiética do direito, separado da moral nos vários significados da tese que vai explicada no parágrafo 15. Precisamente, ele consiste, de um lado, na negação de um valor intrínseco do direito somente porque vigente, e do poder somente porque efetivo, e no primado axiológico relativamente a eles do ponto de vista ético-político ou externo, virtualmente orientado à sua crítica e transformação; e, por outro, na concessão utilitarista e instrumental do Estado, finalizado apenas à satisfação das expectativas ou direitos fundamentais.”

A irredutível ilegitimidade dos poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo) no Estado de direito é uma aporia política do garantismo, pois a ilegitimidade política é uma característica comum e fisiológica dos ordenamentos que se fundam sobre modelos de legitimação heteropoiética.

O Poder Judiciário, mesmo nos modelos mais desenvolvidos, sempre é poder discricionário de disposição e não só de denotação e conotação.

O Legislativo possui sempre uma representatividade aproximada e imperfeita, por ausência de mandatos imperativos e dependência das mediações burocráticas. O Executivo, com sua representatividade tênue, com amplas margens de autonomia e não efetividade dos controles parlamentares.

O Garantismo e a Democracia são sempre modelos normativos imperfeitamente realizados: valem como parâmetros de legitimação, como de perda de legitimação política.

Na cultura jurídica, principalmente penal, ocorreu que as teorias liberais-democráticas, bem como as socialistas, conceberam a si mesmas não como parâmetros, mas como fontes de legitimação absoluta dos sistemas políticos. Por isso, democracia, liberalismo e socialismo são freqüentemente transmudados em ideologias de legitimação, no qual as funções ideais do Estado são trocadas pelas reais, a fonte normativa da justificação com a própria justificação, o dever ser político com o ser jurídico. E toda vez que Estado e Direito são assim idealizados e exercitados, tendem a não encontrar mais o seu caráter instrumental para transmudarem-se em fins, valores ou substancias éticas.

Esta face ética do Estado está na base de todas as perversões autoritárias, bem como nas tentações totalitárias que emergem nos momentos de crise nas democracias liberais.

Ao longo da construção teórica do liberalismo, dois pontos devem ser destacados dado seu relevo: o pensamento jurídico liberal da fase iluminista e da fase conservadora.

Na primeira, também chamada de revolucionária, o novo Estado, combatendo o Antigo Regime, pautou-se na eliminação e não previsão de privilégios de qualquer natureza, fundamentando-se, em decorrência, em base axiológica externa, justificada em seus procedimentos e anseios.

A segunda fase, chamada de estatal, é marcada pelo reforço do poder e influência burguesa, trazendo para o plano Estatal suas preocupações e prioridades, voltando-se para um ponto de vista interno, defensor dessa nova ordem burguesa contra novas ondas revolucionárias, num sentido de preservação da nova ordem.

Como resultado, houve uma queda na idéia reformadora e passou-se à sedimentação do direito estatal, passando de oposição à legitimação do poder e reforço de sua soberania. Quanto à aplicação da legislação, principalmente no âmbito penal, viu-se uma desproteção vertiginosa aos modelos garantistas de outrora.

Essa realidade deu abertura a governos ora baseados em inexpressiva garantia individual, ora em democracia formais envoltas na crença de que a legitimação lhe decorreria como conseqüência.

Em síntese o sistema que se conforma normativamente com esse modelo é garantista. Entretanto, deve-se ter cuidado entre o modelo constitucional adotado e o efetivo funcionamento do sistema, pois “uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de garantias – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo”¹⁰⁸.

Com isto, Luigi Ferrajoli alerta para a efetividade das garantias, devendo a norma ser analisada sob aspectos diferenciados, pois ela poderá ser vigente quando editada em conformidade ao processo legislativo e válida quando houver pertinência subjetiva material com as normas superiores.

¹⁰⁸ FERRAJOLI. Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p. 681-766.

Para eficácia, é reservada a significação de observância, assim, somente a lei que é observada é eficaz.

Sérgio Cademartori¹⁰⁹ estabelece que a validade da norma depende da observância dos direitos como da igualdade, da liberdade e as garantias dos direitos dos cidadãos.

A Teoria do Garantismo pode também ser entendida como uma teoria jurídica da validade e da efetividade. Nesta teoria, a validade e a efetividade são distintas entre si e também em relação à existência e o vigor. Assim, o garantismo mantém separados o ser e o dever ser.

Pode, ainda, a Teoria do Garantismo ser entendida como filosofia política que requer do Direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.

Pressupõe esse entendimento a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento e entre o ser e o dever ser do direito.

A partir destes significados, é possível delinear os elementos de uma Teoria geral do Garantismo, ou seja, o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor; a distinção entre ponto de vista externo (ético-político) e do ponto de vista interno (jurídico); a conexa

¹⁰⁹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado, Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*, p. 83. Assim se manifesta o autor: “Enquanto os juízos sobre a vigência ou não de normas apresentam um caráter fortemente descritivo, eis que dizem respeito a fatos concretos, tais como a promulgação daquelas por autoridades competentes e a observância do devido procedimento de edição, os juízos sobre a validade – pelo fato de pretenderem verificar processos de adequação valorativa – trazem uma acentuada carga axiológica. (...) No entanto, enquanto as condições formais constituem requisitos de fato em cuja ausência as normas não chegam juridicamente a existir, as condições substanciais de validade – e de forma especial as da validade constitucional – consistem no respeito de valores – tais como a igualdade, a liberdade e as garantias dos direitos dos cidadãos – cuja lesão produz uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de significados incompatíveis.”

divergência entre justiça e validade; a autonomia e prevalência do ponto de vista externo; a separação entre direito e moral e a separação entre ser e dever ser.

Para o Garantismo, Estado de Direito possui o seguinte significado: legalidade substancial e validade substancial.

Assim, tem-se no plano formal, a legalidade, ou seja, todo poder público está subordinado às leis gerais e abstratas, constituindo-se a legitimação formal. No plano substancial tem-se o poder público como garantidor dos Direitos Fundamentais, mais precisamente a legitimação substancial.

Ferrajoli¹¹⁰ explica que as regras sobre quem pode e como se deve decidir dizem respeito à forma de governo. Dessas regras tem-se a legitimidade formal e delas depende o caráter político do sistema político – no caso a democracia. Já, as regras sobre o que se deve e o que não se deve decidir dizem respeito à estrutura dos poderes e de sua natureza depende o caráter de direito (nível de direito) do sistema jurídico.

O fato de não acatar as regras de validade, de justiça e de valores faz com que os conceitos do jusnaturalismo, do positivismo ético, do realismo e do positivismo legalista ou normativismo incorram no erro de reducionismo. O quinto modelo, que seria uma teoria garantista de validade¹¹¹.

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p. 689. “A característica estrutural do Estado de direito com relação ao mero Estado legal é a possível divergência entre validade e vigor, ou seja, a existência de normas vigentes, mas inválidas porque conformes às regras do primeiro tipo e desconformes às do segundo”

¹¹¹ SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, p. 48-50. Nesse sentido se manifesta o autor: “Las cuatro concepciones (iusnaturalismo, positivismo ético, realismo y positivismo legalista o normativismo) están viciadas por el error del reduccionismo. La primera y la tercera no logran ver la importancia del problema de la validez; la segunda y la cuarta creen poder liberarse del problema de la justicia y los valores.

Serrano¹¹² relacionou as características que podem recair sobre uma mesma norma, conforme se vê na tabela abaixo:

Vigência – eficácia	não vigência - eficácia	vigência – ineficácia
Vigência – validade	(não vigência – validade)	(vigência – invalidez)
vigência – justiça	não vigência - justiça	vigência - injustiça
Validade – eficácia	invalidez - eficácia	(validade – ineficácia)
validade – justiça	justiça - invalidez	(validade – injustiça)
Eficácia – justiça	ineficácia – injustiça	eficácia - injustiça

Fonte: SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, p. 49.

O autor põe entre parênteses os binômios que não seriam admitidos pelas diversas correntes doutrinárias, por exemplo, o modelo garantista admite todas estas possibilidades, exceto a não vigência/validade porque neste modelo a vigência é pré-requisito de validade. O positivismo legalista não aceitaria o binômio vigência-invalidez pelo fato de não admitir um juízo de validade material diferente da mera constatação de vigência formal da lei. Todos os positivistas negariam que o binômio “não vigência – justiça” se possa qualificar as normas jurídicas. O realismo se negaria a admitir o binômio validade/ineficácia, como também poderia não admitir a autonomia da eficácia, pelo fato de não poder existir validade sem faticidade. Para o jusnaturalismo injustiça fulminaria a validade da norma¹¹³.

O juízo de vigência é aquele que se refere a mera constatação da existência de uma norma no interior de um sistema jurídico. Acrescenta que se trata de um juízo fato ou técnico, pois se limita a constatar que a norma cumpre os requisitos formais de competência, procedimento, espaço, tempo, matéria e destinatário: como tal juízo de fato é suscetível de verdade e falsidade¹¹⁴.

¹¹² SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, p. 49.

¹¹³ SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, p. 49-50.

¹¹⁴ SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, p. 51.

Por sua vez o juízo de validade é aquele em razão do qual se declara (se é positivo) que uma determinada norma (cuja vigência formal seja comprovada como verdadeira) seja compatível com os conteúdos das determinações das normas superiores do ordenamento jurídico, independentemente de que estas determinações sejam regras ou princípios, valorativas ou neutras, justas ou injustas, eficazes ou ineficazes¹¹⁵.

Segundo Serrano, se a principal contribuição do garantismo à teoria do direito é a diferença conceitual de validade/vigência, o principal pressuposto metodológico do garantismo como filosofia política é a diferença conceitual entre direito/moral e, por conseguinte a diferenciação funcional entre validade jurídica e validade ética das normas¹¹⁶.

1.2.2 A Democracia e o Garantismo

A enunciação constitucional dos direitos dos cidadãos a prestações positivas pelo Estado não foi acompanhada pela elaboração de adequadas garantias sociais ou positivas, ou seja, técnicas de defesa e possibilidade dessas prestações serem deduzidas em juízo comparáveis àquelas apresentadas pelas garantias liberais para a tutela dos direitos de liberdade.

Daí verificar-se que as garantias sociais requerem do Estado um fazer que acarreta custo econômico¹¹⁷.

¹¹⁵ SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia* – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica, p. 51.

¹¹⁶ SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia* – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica, p. 116.

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. “Enquanto as garantias liberais requerem do Estado prestações negativas consistentes em um não fazer e, conseqüentemente, de per si, nada custam, as garantias sociais requerem do Estado prestações positivas e têm, por conseqüência, um custo econômico, que não maior para a coletividade do que o sustentado pelo Estado social burocrático e paternalista.” (p. 693)

Elemento marcante na Teoria Garantista é o entendimento de que, em um Estado Democrático de Direito, a democracia não pode ser vinculada a idéia de vontade da maioria, pois a minoria deve ser respaldada. Ou, “nem mesmo por maioria pode-se violar/negar os Direitos Fundamentais dos indivíduos que não foram alienados no momento da criação do Estado Civil”¹¹⁸.

O Garantismo tem como fio condutor a linha de que se limita e se disciplina os poderes públicos, determinando o que estes devem ou não devem decidir quando, “em um sentido não formal e político, mas substancial e social de democracia, o Estado de direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos”¹¹⁹.

Estabelecendo-se a democracia substancial, o Estado Democrático de Direito comportará a esfera do decidível e do indecidível, ou seja, os Direitos Fundamentais não podem ser violados nem mesmo por maioria e ainda, devem ser garantidos em toda sua extensão, sob pena de deslegitimidade. Na esfera do indecidível residem os Direitos Fundamentais, bases limitadoras da ação do Legislativo¹²⁰.

No Estado Democrático de Direito, como conseqüência da supremacia constitucional pautada em garantia aos Direitos Fundamentais, deve-se sempre realizar juízos de validade em face do ordenamento infraconstitucional, verificando-se, por conseguinte, a legitimidade dos poderes políticos.

A criação do Estado, segundo a linha contratualista, não significa a atribuição de poderes ilimitados, mas sim a vinculação de suas ações a uma legitimidade que decorre da observância dos direitos individuais. Por isso, desde o início, os poderes do Estado são limitados pela esfera do indecidível.

¹¹⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. *O que é garantismo?*, p.21.

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p.693.

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Com base nisto, Ferrajoli justifica uma redefinição do conceito de democracia: “Chamarei democracia substancial ou social o Estado de direito dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais; e democracia formal ou política o Estado político representativo, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade”, p.694.

Assim, Luigi Ferrajoli constata, fundamentado no significado de Estado Democrático de Direito, que há um flagrante afastamento do Estado de suas atribuições natas¹²¹.

1.3 GARANTISMO E JUÍZO DE VALOR

Rigaux faz uma distinção interessante entre “positivismo da lei” e “positivismo do direito”. Segundo o autor¹²² :

O primeiro é muito próximo da jurisprudência conceptual, segundo a qual a ordem jurídica forma um sistema unificado e fechado, cuja plenitude só o juiz pode conhecer, e que contém os conceitos gerais por dedução dos quais toda situação particular deve receber sua solução. No sentido lato, o positivismo jurídico inclui as decisões dos tribunais, Reconhece a força dos precedentes judiciais, que são uma variante do argumento de analogia: se a situação submetida ao tribunal se avizinha de um caso já dirimido, o juiz deve aderir à solução anterior”.

A teoria do direito contemporâneo se divide entre o normativismo e o realismo (direito como fato). Ferrajoli explica que fato e norma são elementos complementares encontráveis em cada fenômeno jurídico¹²³.

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. “Em dois sentidos, que depois correspondem aos dois modelos de legalidade (lata e estrita) e de legitimação (formal e substancial) nos quais o princípio foi aqui articulado: de um lado, o sentido de que a (mera) legalidade, como fonte (formal) de vigor das normas jurídicas, é uma garantia de certeza e também de liberdade contra os poderes de outro modo desregulados; por outro, no sentido de que a (estrita) legalidade, como fonte (substancial) da validade das mesmas normas, representa uma técnica de positivação a sua tutela e a satisfazer o ‘artifício’ estatal de outro modo ‘absoluto’”. p. 698

¹²² RIGAUX. François. *A Lei dos Juizes*, p. 154-155.

O Garantismo faz distinção do vigor das normas, em sua validade e efetividade. Para Ferrajoli, a norma é vigente quando em consonância ao processo legislativo; é válida quando seu conteúdo é pertinente às normas superiores e eficaz quando é observada.

O dogma derivado do pensamento juspositivista faz com que o juiz mesmo se considerar inválida uma norma não poderá deixar de aplicar a lei, haja vista tratar-se da doutrina jurídica de Kelsen, formando o postulado de que existe uma obrigação jurídica do juiz de aplicar leis vigentes.

Quando as leis vigentes são suspeitas de invalidez deve-se verificar o significado de vigência. Uma lei está em vigência quando possui um texto legislativo não anulado e, por isso, pode ser aplicada. Mas ela pode ser aplicada, não obrigatoriamente deve ser aplicada¹²⁴.

Neste ponto, Ferrajoli identifica o trabalho do magistrado e de todo Poder Judiciário como garantidor dos elementos que compõem o Estado Democrático de Direito, pois em muitos países a interferência do Judiciário é de capital importância diante das promessas sociais descumpridas. As prestações positivas, em países como o Brasil, muitas vezes só são garantidas por meio da tutela do Judiciário, vislumbrando a possibilidade de transformação social por meio do Direito.

Na esteira desse primeiro dogma, pode-se observar que um segundo dogma se refere à atitude do jurista diante do direito positivo. No juspositivismo é pacífica a idéia do caráter avalorativo da ciência jurídica e da não

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. “Cada um destes – ao menos nos ordenamentos minimamente complexos, e tipicamente naqueles próprios do Estado de direito – é ao mesmo tempo norma, relativamente aos fatos (também normativos) que ele regula, e fato (mesmo se normativo), relativamente às normas que o regulam. Conseqüentemente, como se disse, direito vigente não coincide com direito válido: é vigente, ainda que inválida, uma norma efetiva que não obtempera todas as normas que regulam a sua produção. Nem coincide, de outra parte, com direito efetivo: é vigente, ainda que não efetiva, uma norma válida não obtemperada pelas normas às quais regula a produção”, p. 699.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. “Em todo caso, já que os juízes têm o poder de interpretar as leis e de suspender-lhes a aplicação se as consideram inválidas por contraste à Constituição, não se pode dizer, a rigor, que tenham a obrigação jurídica de aplicá-las. Que então uma lei tenha sido sempre aplicada quer dizer somente que é efetiva, e não também que é válida, dado que a validade e a invalidez são qualificações jurídicas de todo independentes do fato da aplicação”, p.700.

possibilidade de crítica a partir do seu interior. As críticas possíveis são apenas exteriores e de caráter moral e político. Nesta base assentou-se a Teoria Pura do Direito, pois ao jurista, em base científica, é vedado valorar as normas segundo juízos ético-políticos.

Para que a norma seja válida, é necessário que satisfaça ainda as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, o seu significado.

Enquanto as condições formais de vigência garantem ao ato normativo sua perfeição e existência, as condições substanciais da validade consistem no respeito aos valores, cuja lesão provocará um conflito entre normas de conteúdo incompatíveis¹²⁵.

Luigi Ferrajoli para explicar a aporia¹²⁶ existente entre a sujeição do juiz à lei e ao caráter avalorativo da ciência jurídica, retorna ao direito penal.

O princípio *nullum crimen sine lege* não é suficiente, pois não basta que um crime seja previsto por lei. É necessário que além da previsão legal, além de vigente, seja a lei válida, sendo que lei válida é aquela que está de

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. “Disto resulta que enquanto a verdade (ou a falsidade) dos juízos sobre vigor é predicável com base em simples verificações empíricas ou de fato, o mesmo não se pode dizer dos juízos sobre validade, os quais, quando consistem na valoração da conformidade ou da deformação das normas dos valores expressos pelas suas normas superiores, não são, como escreve Bobbio, juízos de fato, mas juízos de valor, e, como tais, nem verdadeiros nem falsos.”, p.701. Também: “Na maior parte dos casos, contudo, os juízos de valor requeridos para sufragar a validade ou a invalidade substancial das normas não são assim tão óbvios”, p.701. Ainda: “A técnica garantista consiste na inclusão de valores, sob a forma de limites ou deveres, nos níveis mais altos do ordenamento, donde excluí-los na forma de poderes nos níveis mais baixos. . Mas, uma vez incorporados nos níveis mais altos, os valores tornam valoráveis os juízos de validade sobre as normas de nível mais baixo, que são afetas aos órgãos do judiciários de nível, por sua vez, mais baixo, respectivamente às normas que são chamados a aplicar. Se nos níveis mais altos não fossem incorporados valores, mas apenas o princípio formal, que é valido alem de vigente “quod principi placuit”, o juízo de validade se reduziria a uma asserção empírica, verificável e certa sobre a fonte e os procedimentos previstos para o vigor da lei; e a valoração, em tal caso, teria livre ingresso, seja na linguagem das leis, não vinculada à estrita legalidade, como naquele dos juízos, não vinculados à estrita submissão à jurisdição e validamente investidos de poder de disposição na qualificação legal dos fatos mas não também na censura das leis.”, p. 703.

¹²⁶ Aporia: (Filos.), dificuldade de escolher entre duas opiniões contrárias e igualmente racionais sobre um dado problema.

acordo com as normas superiores, tanto no ponto de vista formal como no substancial.

O juízo de validade substancial é confinado à valoração operativa e doutrinal do juiz/jurista. Daí decorre a aporia sobre o princípio da estrita legalidade. Por este princípio, exclui-se do juiz o poder de disposição, a ele cabe somente o poder de denotação e conotação.

Entretanto, quando tal poder do juiz é suscitado por meio de uma lei penal que derroga o princípio constitucional de estrita legalidade, a ilegitimidade criada aqui somente poderá ser retirada com a atribuição, ao juiz, do poder de disposição, que é a possibilidade de reprovar a lei, sendo, portanto, juízo de valor.

O garantismo pode também designar uma doutrina filosófico-política que permite a crítica e a perda da legitimação desde o exterior das instituições jurídicas positivas, baseadas na rígida separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça, ou entre ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista ético-político ou externo ao ordenamento.

A idéia de autojustificação do direito penal como valor em si ou como imediata atuação de valores ontológicos e metajurídicos (legitimação interna ou jurídica), e aquela de sua heterojustificação como instrumento oneroso de tutela de interesses vitais dos cidadãos (legitimação externa ou moral), dão base o primeiro à cultura e modelo penal autoritário e o outro a uma cultura e modelo penal garantista.

Essa análise pode assim ser sintetizada:

<i>Legitimação Interna</i>	<i>Legitimação Jurídica</i>
Base do modelo penal autoritário	Base do modelo penal garantista
O direito e o Estado são bens ou valores intrínsecos (autopoiesis – Luhmann). Doutrina política que funda o sistema político sobre si mesma.	Doutrina política que funda suas finalidades sociais, justificando as instituições políticas e jurídicas como males necessários à satisfação dos interesses vitais dos cidadãos.
Autopoiéticas	Heteropoiéticas
O Estado é um fim	O Estado é um meio
Ponto de vista interno (subordina a si mesmo, sejam sociedade ou indivíduos)	Ponto de vista externo (o Estado é um meio instituído para tutela da sociedade e das pessoas que o compõem)
Doutrinas de legitimação desde o alto (fundam a soberania do Estado sobre identidades metafísicas – Deus, religião, natureza).	Doutrinas cuja legitimação provém de baixo, do externo, ou seja, da sociedade.

A idéia jusnaturalista do contrato social é uma metáfora da democracia, trazendo o Estado como um produto criado pelo homem. E por isso, não é integrado por valores, pois nada vale, devendo ser modificado ou até demolido quando se insurge contra seus criadores. Os conteúdos das normas justificam ou não a sua produção política.

Partindo da teoria contratualista clássica, reconhece-se nela a primeira doutrina da democracia, seja ela formal ou material, pois há no contratualismo o fundamento do consenso e da garantia dos direitos dos cidadãos, recepcionando, num primeiro momento os direitos naturais, e depois os chamados direitos civis, albergando as necessidades e interesses materiais primários das pessoas.

1.3.1 O Garantismo Sob o Ponto de Vista Externo e Interno

Em “Direito e Razão”, Ferrajoli, para fazer a distinção ao ponto de vista jurídico, ou das normas, ou ainda ponto de vista interno, ele se refere ao ponto externo, como ponto de vista metajurídico ou extrajurídico. Refere-se o autor ao ponto de vista das pessoas, da pessoa como valor, ou seja do valor das pessoas. Para ele o valor da igualdade consiste precisamente no igual valor atribuído a todas as diferentes identidades que fazem de qualquer pessoa um indivíduo diverso dos outros e de qualquer indivíduo uma pessoa como todas as outras, ou seja, de sua especificidade e identidade ¹²⁷.

O Garantismo permite a valoração do ordenamento jurídico a partir da separação entre “ser” e “dever ser” do direito. É sobre tais valores que se baseia a moderna tolerância: a qual consiste no respeito de todas as possíveis identidades pessoais e de todos os relativos pontos de vista, e da qual é um corolário o nosso princípio da inadmissibilidade das normas penais constitutivas¹²⁸.

Os valores que habitam o imaginário dos operadores do Direito devem estar ancorados na Constituição, sendo os Direitos Fundamentais inegociáveis, permanentemente normativos, personalíssimos e indivisíveis, satisfazendo o valor das pessoas e realizando-lhes a igualdade.

Conforme o Garantismo inexistente obrigação política e moral de obediência às leis, existindo sim a obrigação jurídica de obediência às leis, que se entende como autodeterminação moral das pessoas.

O Garantismo preconiza a figura do Estado Mundial com sujeição a um direito internacional eficaz e Garantista, impondo um discurso normativo e uma prática coerente com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justifiquem sua existência.

¹²⁷ FERRAJOLI. Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p.726.

¹²⁸ FERRAJOLI. Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p.726.

O valor primário da pessoa e o princípio de tolerância formam, na opinião de Ferrajoli, os elementos constitutivos do moderno princípio da igualdade jurídica, o qual chama de igualdade formal ou política a igualdade sem distinção e igualdade substancial ou social àquela proveniente da diferença de ordem econômica e social¹²⁹.

A igualdade jurídica pode ser definida como igualdade nos Direitos Fundamentais, sendo através destes que a igualdade é assegurada. A garantia dos direitos de liberdade asseguram a igualdade formal ou política. A garantia de direitos sociais consentem a igualdade substancial ou social. O Estado mínimo possui o desejo de ser o máximo em termos de controle.

Segundo José Alcebiades de Oliveira, Bobbio associa o conceito de cidadania aos direitos individuais e políticos, a saber: “o conceito de cidadão nasce quando uma certa moral social e impositiva do Estado cede lugar também e concomitantemente a uma moral individual. Os sujeitos deixam de possuir apenas deveres, para possuírem direitos, dando lugar ao nascimento de uma concepção individualista”¹³⁰.

Ferrajoli entende que “O modelo garantista do Estado constitucional de direito, como sistema hierarquizado de normas que condiciona a validade das normas inferiores à coerência com normas superiores e com os princípios axiológicos nelas estabelecidos, tem validade seja qual for o ordenamento”¹³¹.

A igualdade jurídica é um princípio complexo, o qual inclui diferenças pessoais e exclui as diferenças sociais. Em um primeiro sentido, a igualdade reside no valor associado indiferentemente a todas as simples e isoladas pessoas, isto é, “sem distinção”. Em segundo sentido, ao invés a igualdade reside no desvalor associado a um outro gênero de diferenças: todas aquelas “de ordem social” das quais provenham os obstáculos que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento

¹²⁹ FERRAJOLI. Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal, p.726.

¹³⁰ OLIVEIRA JUNIOR. José Alcebiades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*, p.154.

¹³¹ FERRAJOLI. Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*, p. 53.

da pessoa humana. Denomina Ferrajoli de igualdade formal ou política a primeira forma de igualdade, e igualdade substancial ou social a segunda ¹³².

A configuração dos Direitos Fundamentais, proposta por Ferrajoli, como constitutivas da igualdade e, ao mesmo tempo, do valor da pessoa, permite precisar e generalizar a distinção os Direitos Fundamentais, compreendidos os sociais, e o conjunto das situações jurídicas, compreendidos os deveres ¹³³.

A consequência do primado axiológico da pessoa, com o qual o é identificado o “ponto de vista externo”, é a sua autonomia em caso de conflito entre direito vigente e direito fundamental. A questão tem ressonâncias antigas, trazendo à lume o conflito entre direito e moral, ou mesmo entre obrigação política de obedecer às leis, ainda que injustas, e autodeterminação moral das pessoas ¹³⁴.

O mesmo mal que assolou o liberalismo também atingiu o socialismo. Aqui houve uma etapa revolucionária, substituída por uma ideológica de legitimação do Estado. Na visão de Ferrajoli, a derrocada foi mais evidente do que no liberalismo, pois em nenhum momento da cultura socialista foi desenvolvido um projeto jurídico e institucional. Baseado na resistência e rejeição das bases teóricas e conquistas liberais e na crença da construção de um Estado bom, transitório e fadado a dissolver-se, deixou desguarnecida qualquer justificativa teórica para a condução do Estado por limites principiológicos. O Estado ficou completamente sem amarras que, na busca da construção de uma sociedade sem Estado, acabou extinguindo as garantias individuais ¹³⁵.

¹³² FERRAJOLI. Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p. 726-727. Para Ferrajoli os direitos fundamentais seriam aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade, não sendo negociáveis.

¹³³ FERRAJOLI. Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p. 729.

¹³⁴ FERRAJOLI. Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p. 737.

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. “Cada uma delas, justamente, redirecionou as próprias críticas às realizações históricas da outra, deduzindo-lhes, contudo, indevidamente, também a desqualificação das suas ascendências teóricas e axiológicas”, p. 714.

Ferrajoli incita a reabilitação do ponto de vista externo, do qual partiram as duas correntes políticas da Idade Moderna como pressuposto de toda e qualquer doutrina democrática do direito e do Estado, referindo-se ao ponto de vista das pessoas, da pessoa como valor, ou seja do valor das pessoas. Para ele o valor da igualdade consiste precisamente no igual valor atribuído a todas as diferentes identidades que fazem de qualquer pessoa um indivíduo diverso dos outros e de qualquer indivíduo uma pessoa como todas as outras¹³⁶.

“Ponto de vista externo” ou “de baixo” quer dizer, sobretudo, ponto de vista das pessoas. O seu primado axiológico, equivale ao primado da pessoa como valor, ou seja, do valor das pessoas, e, portanto, de todas as suas específicas e diversas identidades, assim como da variedade e pluralidade dos pontos de vista externos por elas expressos. É sobre tais valores que se baseia a moderna tolerância: a qual consiste no respeito de todas as possíveis identidades pessoais e de todos os relativos pontos de vista, e da qual é um corolário o nosso princípio da inadmissibilidade das normas penais constitutivas¹³⁷.

O valor primário da pessoa e princípio de tolerância formam, na opinião de Ferrajoli, os elementos constitutivos do moderno princípio da igualdade jurídica, o qual chama de igualdade formal ou política à igualdade sem distinção e igualdade substancial ou social àquela proveniente da diferença de ordem econômica e social¹³⁸.

A igualdade jurídica pode ser definida como igualdade nos Direitos Fundamentais, sendo através destes que a igualdade é assegurada. Ferrajoli define que a igualdade jurídica é um princípio complexo, o qual inclui diferenças pessoais e exclui as diferenças sociais¹³⁹.

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p. 726.

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. (p.726).

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. (p.726).

¹³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. “Em um primeiro sentido, a igualdade reside no valor associado indiferentemente a todas as simples e isoladas pessoas, isto é, “sem distinção”. Em segundo sentido, ao invés a igualdade reside no desvalor associado a um outro gênero de diferenças: todas aquelas “de ordem social” das quais provenham os obstáculos que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana”, p.726. Chama de igualdade formal ou política a primeira forma de igualdade, e igualdade substancial ou social a segunda. Para esse autor denomina-se

A garantia dos direitos de liberdade asseguram a igualdade formal ou política. A garantia de direitos sociais consentem a igualdade substancial ou social. O Estado mínimo possui o desejo de ser o máximo em termos de controle.

Quanto à existência ou não de uma obrigação de respeitar os Direitos Fundamentais, Ferrajoli assim define:

A mesma noção de 'direito subjetivo', entre o horizonte paracientífico desta metafísica do fim do século, ela acabou por alargar-se sem medida, até a abarcar não só os direitos públicos e privados dos indivíduos, mas até mesmo os poderes públicos, estes também qualificados como 'direitos públicos' do Estado contra os cidadãos, a começar pelo direito à obediência, ou pior, à fidelidade, correlativo ao dever de obediência ou fidelidade dos cidadãos; por outro lado, na mais tardia teorização de Hans Kelsen, ela foi posta de lado por ser conceitualmente inconsistente por causa de sua generalidade, ou, mais, desclassificada, com o pressuposto técnico de aplicação da sanção¹⁴⁰.

de “diferenças” às diversidades do primeiro tipo, e “desigualdades” às do segundo. Uma devem ser reconhecidas para serem respeitadas e garantidas; as outras também, mas para serem removidas ou, ao menos, o mais possível compensadas. Define ainda que os direitos fundamentais como sendo aqueles direitos cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Não são negociáveis, p.727. Destaca, outrossim, a distinção entre situações jurídicas – públicas e privada, de poder e de dever – e os direitos fundamentais, e particularmente entre direito de propriedade e direito de liberdade, p.728. A configuração dos direitos fundamentais, proposta por Ferrajoli, como constitutivas da igualdade e, ao mesmo tempo, do valor da pessoa, permite, então, não apenas, reafirmar, mas precisar e generalizar a distinção entre os mesmos e os direitos fundamentais, compreendidos os sociais, e o conjunto das situações jurídicas, compreendidos os deveres, p.729. A categoria ora criticada do “direito subjetivo” – que equivocadamente engloba as liberdades como a propriedade, os não-poderes como os poderes – é uma construção moderna, fruto das doutrinas dos “direitos naturais”, p.730. A associação dos direitos fundamentais de liberdade a uma figura de poder estruturalmente diversa como é o direito de propriedade é, portanto, um vício de origem. (p.731) Transportado para o campo do direito público e aplicado aos direitos fundamentais, o esquema privado de direito subjetivo se revela de uma desconfortável fragilidade: seja na sua configuração como “poder de querer”, p. 731.

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p. 732. Ainda, “uma vez incorporados nas Constituições os princípios tornaram-se, outrossim, normas jurídicas de nível constitucional”.

Ferrajoli, apesar de forte crítico do formalismo, orienta que os princípios axiológicos presentes nas normas superiores e a coerência das normas inferiores a estas as tornam válidas¹⁴¹.

1.3.2 Princípios da Legalidade e da Jurisdição

Para o Ferrajoli dois princípios parecem dotados, com os devidos acréscimos, de um alcance garantista de caráter geral. Antes de tudo, o princípio da legalidade: porque as prestações que satisfazem os direitos sociais são sempre impostos como obrigações aos poderes públicos e não deixados ao arbítrio administrativo, ocorre que as leis lhes prevêm univocamente os pressupostos vinculantes e lhes identificam com clareza os órgãos e os procedimentos. O segundo princípio garantista de caráter geral é aquela da submissão à jurisdição: para que as lesões aos Direitos Fundamentais sejam liberais ou sociais, sejam sancionadas e removidas é necessário que tais direitos sejam adjudicáveis, ou seja, acionáveis em juízo em relação aos sujeitos responsáveis, por comissão ou omissão, por sua respectiva violação¹⁴².

Assevera, ainda, esse autor que legitimação formal é aquela assegurada pelo próprio princípio da legalidade e da sujeição do juiz à lei. A legitimação substancial é aquela que provém da função judiciária e da sua capacidade de tutela ou garantia dos Direitos Fundamentais do cidadão¹⁴³. Quando a lei não ofereça nenhum princípio regulador, a total falta de legitimação

¹⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*, p. 53. “O modelo garantista do Estado constitucional de direito, como sistema hierarquizado de normas que condiciona a validade das normas inferiores à coerência com normas superiores e com os princípios axiológicos nelas estabelecidos, tem validade seja qual for o ordenamento.

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p. 734.

¹⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p 735.

formal pode comprometer, ainda que em matéria não penal, a mesma legitimação substancial¹⁴⁴.

O problema que Ferrajoli pretende enfrentar é se o tema da obrigação política se põe em termos diversos nos hodiernos Estados de direito, onde os Direitos Fundamentais se encontram incorporados positivamente nas Constituições e as suas lesões são por meio dos princípios sancionados pelo mesmo direito. Existe, em semelhantes ordenamentos, uma obrigação de obedecer às leis injustas? E se existe, quais são a sua natureza e a sua medida?

Tratando-se de Estado de Direito, o Estado é um meio para a realização da garantia dos Direitos Fundamentais, incumbindo ao poder judiciário controlar a tendência antigarantista desse Estado e segundo esse autor a “democracia” é o regime político que consente o desenvolvimento pacífico dos conflitos, e por meio destes as transformações sociais e institucionais.

Pretende Ferrajoli demonstrar que os Direitos Fundamentais são produto de conquistas lentas e progressivas que se estabeleceram no próprio curso da história. São, portanto, conquistas do Homem moderno, legado inegável do processo de secularização da cultura. Pela Teoria do Garantismo, percebe-se a tentativa de romper com a clássica teoria da validade das normas.

Assim, a expressão “Estado de Direito” não designa apenas um “Estado Legal”, mas um referencial de Estado nascido com o constitucionalismo e caracterizado pelos Direitos Fundamentais.

Exceto os titulares dos poderes delegados para a aplicação das leis, nenhum outro sujeito, dentro do modelo aqui delineado de Estado de direito, pode se dizer obrigado ‘moralmente’ a respeitar as leis. Um jurista pode aceitar ou não moralmente as leis ou talvez os mesmos princípios constitucionais que estão na base do ordenamento que investiga, mas este não o impede nem deve impedi-lo de interpretar-lhe o significado, de aceitar-lhe a validade ou a

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. (p 736). Aduz, também Ferrajoli, que apenas um remodelamento do papel da lei, sustentado por uma renovada e atualizada ciência da legislação, pode reestruturar e em muitos casos instaurar uma legalidade garantista, ancorando-a solidamente à tutela dos direitos fundamentais.

invalidade e, em geral, de individualizar as antinomias e as lacunas do ordenamento¹⁴⁵.

Sobre a obediência às leis, Ferrajoli assevera:

O argumento principal e singular para sustento da tese moral de que o bom cidadão é obrigado moral e politicamente, e não apenas juridicamente, a obedecer às leis é que na falta de tal obrigação, nenhum ordenamento, nem mesmo o mais aceitável e auspicioso, poderia se sustentar e funcionar. (...) O princípio moral da obediência, em suma, não é suscetível de ser universalizado¹⁴⁶.

A desobediência moralmente consentida é aquela que Bobbio chama de “desobediência condicionada” e que ele reputa semelhante à “obediência condicionada” às leis. O Estado de direito, segundo o modelo garantista, não exige dos cidadãos nenhuma obrigação política, mas apenas a obrigação jurídica de obedecer às suas leis¹⁴⁷.

Assim como a função utilitária e garantista do Direito Penal é a minimização da violência, tanto privada quanto pública, a função garantista do direito em geral consiste na minimização do poder, de outro modo, absoluto: dos poderes privados, os quais se manifestam no uso da força física, no aproveitamento imoral do injusto e nas infinitas formas de opressão familiar, de domínio econômico e de abuso interpessoal; dos poderes públicos, os quais se exprimem nos arbítrios políticos nos abusos policiais e administrativos¹⁴⁸.

A função garantista do Direito consiste na limitação dos poderes e no correspondente aumento da liberdade, pois tanto os poderes jurídicos quanto, sobretudo, os poderes extrajurídicos representam a base das desigualdades entre as pessoas¹⁴⁹.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p.741-742.

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p.743.

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p.744-745.

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p.745.

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p.745-765.

O primado dos povos sobre os Estados, ou seja, do ponto de vista externo sobre o interno, não é no Estado de direito, uma simples opção política. É antes uma tese jurídica que se funda sobre o princípio, apenas constitucionalizado, da soberania popular, e sobre o reconhecimento dos Direitos Fundamentais¹⁵⁰.

Com relação ao poder, Ferrajoli adverte ser uma falácia politicista a assertiva acerca:

“[...] da idéia de que basta a força de um poder bom para satisfazer as funções de tutela atribuídas ao direito, e mesmo antes que possa existir um poder bom, isto é, capaz de desempenhar tais funções sem a mediação dos complexos sistemas normativos de garantias em grau de limitá-lo, vinculá-lo, funcionalizá-lo, e na hipótese de deslegitimizá-lo para satisfazer e neutralizá-lo. À parte a falácia política, pode cultivar-se, todavia, ainda uma falácia garantista: isto é, a idéia de que bastem as razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os Direitos Fundamentais a salvo de suas distorções.”¹⁵¹

Tratando-se de Estado de Direito, o Estado é um meio para a realização da garantia dos Direitos Fundamentais, incumbindo ao Poder Judiciário controlar a tendência antigarantista desse Estado.

Para Ferrajoli “a experiência ensina que nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas; que nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais; que, em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada”¹⁵². Apenas pela luta pelos direitos, que quer dizer o seu constante exercício e sua tenaz defesa contra todo possível obstáculo ameaça ou violação, pode ser garantida a efetiva posse e a

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p.750.

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p 752.

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p 753.

consequente valorização da pessoa. Um direito não exercitado ou não defendido é destinado a caducar e, ao fim, sucumbir ¹⁵³.

Observa-se que os Direitos Fundamentais são produto de conquistas lentas e progressivas que se estabeleceram no próprio curso da história. São, portanto, conquistas do Homem moderno, legado inegável do processo de secularização da cultura.

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p 755.

CAPÍTULO 2

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E A INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZES

2.1 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O GARANTISMO

Via de regra as pessoas formulam afirmações seguidas por justificação e em havendo compreensão da afirmação são compartilhadas regras lógicas pelos membros da sociedade, sejam lógicas formais ou lógicas¹⁵⁴ do discurso¹⁵⁵. No âmbito do Estado Democrático de Direito ganha especial importância o discurso jurídico embasados nas teorias da argumentação jurídica.

Na sua essência a interpretação jurídica¹⁵⁶ envolve uma disputa e uma superação de paradigmas. A maneira pela qual o Direito será

¹⁵⁴ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 500. “O que há de específico na lógica jurídica é que ela não é uma lógica da demonstração formal, mas uma lógica da ‘argumentação’, que utiliza não provas analíticas, que são coercivas, mas provas dialéticas – no sentido aristotélico dessa distinção – que visam a convencer ou, pelo menos, a persuadir o auditório (o juiz nessa ocorrência), de modo que o leve a dirimir com sua decisão uma controvérsia jurídica.

¹⁵⁵ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 552. “Quando a retórica é entendida, seguindo-se Aristóteles, como a disciplina que tem como objetivo o estudo do discurso persuasivo e de suas modalidades, podem-se discernir dois limites para a aplicação desta. Quando a tese que se quer que admitam é evidente e quando essa evidência se impõe a toda a mente atenta, não cabe argumentar: assim que a verdade se impõe de uma maneira coerciva, quando a evidência não deixa liberdade alguma à vontade, é supérflua qualquer retórica. O segundo limite é aquele em que a tese, apresentando-se como arbitrária e não invocando razão alguma em seu favor, reclama a submissão a um poder coercivo, que se impõe pela força brutal, sem buscar a adesão das mentes.”

¹⁵⁶ FIGUEIREDO. Marco Túlio Caldeira. *Hermenêutica Contratual no Estado Democrático de Direito*, p. 143. Para Figueiredo, a decisão judicial depende de um trabalho de argumentação no bojo de um determinado caso concreto não podendo o interprete se distanciar dos paradigmas do direito.

interpretado e aplicado está intimamente, e necessariamente, vinculada a pré-compreensões interpretativas.

Conforme Warat¹⁵⁷

os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.

Para interpretar é necessário fazer-se o caminho inverso daquele feito pelo legislador, ou seja, partindo do abstrato chegar-se a preceituações mais concretas, considerando-se que âmbito de aplicação de uma lei é sempre uma questão de interpretação¹⁵⁸.

Alf Ross assevera que o papel criador desempenhado pelo juiz na administração da justiça, ao definir com mais precisão ou retificar a diretiva da lei, manifesta-se raramente. Apesar dos juizes não admitirem que sua interpretação tenha caráter construtivo, verifica-se que por meio de técnicas de argumentação procura justificar a sua decisão objetivamente, atendendo ao “significado da lei” ou a “intenção do legislador”¹⁵⁹.

Acerca da difícil tarefa da interpretação jurídica, Rigaux¹⁶⁰ orienta nos seguinte sentido:

¹⁵⁷ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação, p. 15.

¹⁵⁸ HART. Herbert L. A. Hart. *O Conceito de Direito*, p. 51.

¹⁵⁹ ROSS. Alf. *Direito e Justiça*, p. 181-182.

¹⁶⁰ RIGAUX. François. *A Lei dos Juizes*, p.XI-XII. E para completar o pensamento do Filósofo: “De modo inverso, certos instrumentos normativos que exprimem as aspirações fundamentais dos homens e das mulheres de seu tempo e proclamam uma mensagem clara e até exaltante

Nas nossas sociedades, em que os que sabem fazem a lei para os que sabem menos, os juízes exercem a função de arbitragem de câmbio: ocupam uma posição estratégica para regular o vaivém entre o vocabulário dos especialistas e a fala cotidiana, fazendo-se a circulação nos dois sentidos. Por mais esotérica que possa parecer a linguagem dos profissionais do direito todo o juiz que deve justificar sua decisão com uma motivação circunstanciada é trazido de volta ao sentido comum dos termos ou às regras de experiência, em outras palavras, ao senso comum: descobre-se assim que o direito às vezes obriga seus próprios especialistas a retraduzir, numa linguagem usual, o vocabulário que construiu visando apenas os iniciados. (grifo do pesquisador)

Warat sintetiza o pensamento de Kelsen acerca da interpretação das normas, no sentido de que:

O conhecimento de um fenômeno como jurídico é o resultado de um processo de interpretação específica a partir de um sentido atribuído sem nenhum apelo ao plano referencial. A significação que um ato tem, do ponto de vista do direito, surge de uma operação mental pela qual se atribui (imputa-se) a uma conduta, inserida no sistema da natureza, uma qualificação jurídica objetiva. As normas jurídicas vincular-se-iam aos fatos da natureza através de seu conteúdo. A referência indireta das mesmas surgiria pela menção de uma conduta como âmbito material de validade de uma norma¹⁶¹.

Considerando a capacidade do intelecto, o estado de espírito e os limites¹⁶² impostos ao interprete, Cappelletti¹⁶³ orienta que

revelam-se na prática de um manejo mais complexo. (...) Estes instrumentos parecem desenhar tempos arejados, prometem em termos acessíveis a todos a liberdade de expressão, a liberdade de associação, a igualdade perante a lei, a proteção contra a arbitrariedade. Todavia, assim que se apoderam da alegada violação de uma liberdade fundamental, os juízes desenvolvem um discurso que mostra o quanto são incertas as fronteiras dos espaços protegidos: a religião dos direitos do homem transforma-se em culto erudito”.

¹⁶¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. A Epistemologia Jurídica da Modernidade*, p. 200.

¹⁶² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* p. 23/24. “[...] é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade, não devendo ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não significa necessariamente arbitrariedade, e o juiz,

interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e no caso do juiz, reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar.

A interpretação deve ser sistemática, não podendo se restringir a um simples artigo de lei, sendo necessário que o intérprete procure as reciprocidades entre preceitos e princípios,

Considerando-se a codificação legal e os Direitos Fundamentais, entende-se que por estar mais próximo do caso concreto, o juiz é capaz de tornar os códigos socialmente relevantes e inclusivos¹⁶⁴.

Não pode permanecer o juiz na neutralidade sob o manto da concepção de direito como norma preestabelecida, devendo na sua tarefa interpretativa empregar não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e, sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia¹⁶⁵.

O Garantismo preconiza que a partir de uma norma materialmente válida e vigente, deveria ficar o Magistrado adstrito a essa norma, porém, observa-se que mesmo válida e vigente a lei pode ser vaga, em decorrência disso amplia-se o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais¹⁶⁶.

embora inevitavelmente criador do direito, não é um criador completamente livre de vínculos, estando sujeito a certos limites, tanto processuais quanto substanciais”.

¹⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 21.

¹⁶⁴ MENDONÇA. Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas decisões judiciais*, p. 14. “O magistrado não constitui um mero serviçal do legislador, sendo este último que fornece a matriz (lei), a partir da qual, o juiz forma a regra aplicável ao caso concreto”.

¹⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* p.33.

¹⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p.42. “É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga é a lei e mais imprecisos os elementos

Dessa forma é importante que se diga que o juiz não age arbitrariamente, ou seja, a esfera onde a lei não penetra é precisamente aquela em que a atividade judicial é puramente decisória, na qual o magistrado se utiliza de uma lógica própria para analisar os fatos e as provas¹⁶⁷, mormente que no exercício desta função não lhe cabe a alegação de lacuna ou obscuridade da lei para deixar de entregar a prestação jurisdicional, devendo recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito¹⁶⁸.

Estabelecendo a distinção entre norma e Direito, Herkenhof¹⁶⁹ orienta que:

Processos de interpretação são os recursos de que se vale o hermeneuta para descobrir o sentido e o alcance das expressões do Direito. A interpretação incide sobre a lei e as demais expressões do Direito, e não sobre o próprio Direito. A lei é a forma, o Direito é o conteúdo: a interpretação recai sobre a forma, buscando o conteúdo. Já a aplicação é do Direito: ante o fato concreto a tarefa do aplicador, revelado o conteúdo da lei, sua substância, é fazer prevalecer esse conteúdo. A lei não evolui. Segue com passo tardado a mudança social. O Direito, entretanto, pode acompanhar as transformações econômicas, políticas e sociais. Ao intérprete e ao aplicador cabe responder ao desafio de dinamizar a lei, para que não seja força retrógrada dentro da sociedade.

Ainda neste norte Warat leciona que estudar os processos de interpretação e persuasão utilizados pelos operadores do Direito constitui o objeto de uma Teoria da Argumentação Jurídica¹⁷⁰, na qual o conflito dos juízos de

do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, em fim, a criatividade dos juízes”.

¹⁶⁷ MENDONÇA. Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas decisões judiciais*, p. 17. ‘A vinculação do juiz à lei deve ser concebida dentro da perspectiva de uma sociedade em acelerado processo de mudança e não sob uma visão inerte, estática’.

¹⁶⁸ MONTENEGRO. César. *Dicionário de Prática Processual Civil. Volume 2*, p. 686.

¹⁶⁹ HERKENHOFF. João Baptista. *Como Aplicar o Direito*, p. 8-9.

¹⁷⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 93. “os profissionais do direito (juristas, juízes, advogados, promotores) desempenham suas atividades cotidianas argumentando. Isto significa que a interpretação do direito positivo que os mesmos realizam através de múltiplas atividades dos arrazoados das partes, das decisões jurídicas, etc., procuram tornar-se verossímeis recorrendo a processos

valor¹⁷¹ está no centro de todos os problemas metodológicos criados pela interpretação e pela aplicação do direito, levando-se a concluir que a lógica jurídica é uma lógica da controvérsia.

A dificuldade da aplicação da lógica jurídica é abordada por Rigaux¹⁷² da seguinte forma:

[...] podem-se citar, entre as vacas sagradas da filosofia espontânea dos juristas, a busca do sentido literal, a teoria do ato claro, o dever do juiz de obedecer à lei, a distinção entre o fato e o direito, o limite entre casos fáceis e casos difíceis, a idéia de que para toda questão litigiosa existiria uma única solução correta. Esses lugares-comuns do pensamento jurídico participam de uma taxonomia binária, isto é, de um método de raciocínio que traça uma demarcação rígida entre a face positiva e a face negativa de toda realidade. Todavia, a multiplicidade das regras com vocação para apreender os fatos complica o que os juristas pretendem naturalmente considerar uma operação lógica de qualificação.

Para Habermas, “durante a evolução social, o agir comunicativo permite liberar o potencial de racionalidade da linguagem e mobilizá-lo para funções da integração social. E o direito moderno infiltra-se nas lacunas funcionais de ordens sociais que carregam o fardo da integração social”¹⁷³.

determinados de persuasão. E estudar tais processos constitui o objeto de uma Teoria da argumentação jurídica”

¹⁷¹ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 464. Sobre isso, complementa o autor: “Compreende-se que, numa visão do direito cuja função seria fornecer soluções não somente coercivas, mas também socialmente aceitáveis, de conflitos de valores, o papel do juiz seja primordial, fornecendo a legislação e a doutrina indicações, mais ou menos imperativas, para a determinação da solução para cada caso litigioso”.

¹⁷² RIGAUX. François. *A Lei dos Juizes*, p. XII.

¹⁷³ HABERMAS. Jürgen. *Direito e Democracia - entre facticidade e validade*, p. 65. Orienta o autor: “Ora, na dimensão de validade desse direito, intensifica-se não somente a tensão entre facticidade e validade, como também o conteúdo ideal dos pressupostos pragmáticos do agir comunicativo, ambos inseridos na prática não-formalizada do dia-a-dia. Na medida em que o conteúdo ideal da validade do direito se esclarece inicialmente nos termos jurídicos-rationais de uma organização e auto-organização consciente da comunidade jurídica, colidindo com os imperativos funcionais da economia de mercado e da administração burocratizada, a autocompreensão normativa passa a estruturar uma crítica no nível das ciências sociais.

2.1.1 Fundamentação Racional do Discurso

No entendimento de Warat¹⁷⁴ é o discurso jurídico que produz o efeito argumentativo¹⁷⁵, devendo esse discurso considerar definições eticamente comprometidas e o formular¹⁷⁶ uma definição persuasiva é recomendar uma idéia para mudar o significado de uma palavra sem mudar seu significado emotivo. Acerca do tema é de extrema importância a participação de Alexy, um dos pioneiros na elaboração da Teoria da Argumentação Jurídica, base da discussão sobre a possibilidade e a validade de uma fundamentação racional do discurso jurídico¹⁷⁷.

Nesse sentido tem-se que “a argumentação se mostra adequada ao estudo das ciências humanas e sociais, por não trabalhar com uma lógica puramente formal, adotando procedimentos flexíveis, fundados em uma necessária interação entre os agentes envolvidos no processo”¹⁷⁸, considerando-se que nos argumentos a relação de convencimento se estabelece vinculando uma afirmação conclusiva a um corpo de crenças. “Trata-se de certas convicções

¹⁷⁴ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 155. Denomina o autor de “falácia não formal” o conjunto de crenças e opiniões intuitivamente (ou ideologicamente) aceitas. Segundo ele, devido a essa aceitação, estão elas aptas a fundamentar com sucesso certas afirmações.

¹⁷⁵ MENDONÇA. Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas decisões judiciais*, p. 58. Segundo o autor a Teoria da Argumentação trabalha basicamente com a questão da argumentação, como método a ser adotado na busca de uma decisão judicial razoável.

¹⁷⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 35.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. A partir da introdução feita por Claudio Toledo verifica-se que Alexy formulou sua Teoria do Discurso Prático Racional Geral baseando-se na Ética Analítica de Stevenson, nas Regras do discurso de Wittgenstein, Austin, Hare, Toulmin e Baier, ainda com base na Teoria da Deliberação Prática da Escola de Erlangen. Desenvolve então Alexy a Teoria da Argumentação jurídica, ressaltando a necessidade da integração entre o discurso jurídico e o discurso prático racional geral. Alexy afirma que a procedimentalidade da teoria da argumentação jurídica é vinculada aos limites de um modelo procedimental de quatro graus: o discurso prático geral; o procedimento legislativo; o discurso jurídico; e o procedimento judicial.

¹⁷⁸ MENDONÇA. Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas decisões judiciais*, p. 60-61. Diferentemente da demonstração, o discurso argumentativo destina-se a um auditório específico, cuja adesão é de vital importância.

profundas que não requerem aceitação racional. Exigem meramente uma adesão valorativa, muitas vezes irracional, ou, simplesmente, não receptível por aqueles que o utilizaram ou aceitaram”¹⁷⁹.

Uma das dificuldades da aplicação do direito são as antinomias¹⁸⁰ e a respeito disso Perelman¹⁸¹ alerta para:

o que percebemos, de fato, é uma evolução das interpretações e das situações em que o juiz é obrigado a tomar partido sem que, muito amiúde, uma regra lhe ofereça a técnica de solução. Quando o sistema o põe diante de uma antinomia, fornecendo-lhe duas diretrizes que parecem igualmente imperativas, sem que uma disposição de ordem geral lhe permita escolher, o juiz se acha diante de uma lacuna que ele tem a obrigação de preencher. Logo, é normal que o exame das antinomias e dos problemas levantados por sua contestação e por sua solução nos leve diretamente a examinar um problema conexo, o das lacunas em direito.

Partindo do pressuposto que o processo argumentativo transforma a mensagem lingüística em ideologia¹⁸², Warat assevera que “o conteúdo ideológico do argumento provoca uma inversão do real suficientemente intensa para obter a adesão dos receptores em relação ao argumentado”¹⁸³.

¹⁷⁹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 153.

¹⁸⁰ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 639. Perelman orienta que “a antinomia consiste na impossibilidade de aplicar simultaneamente, tais como são enunciadas, duas normas de direito positivo que sejam bastante precisas para serem aplicáveis por si sós e que não sejam subordinadas uma à outra por uma disposição jurídica imperativa”

¹⁸¹ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 644-645.

¹⁸² WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 104-105. Segundo Warat “o mito em sua significação histórica pode ser visto como um processo de compreensão do mundo. Contemporaneamente, o mito vai se identificando com a ideologia política: é que o processo mitológico sempre coloca suas crenças a serviço de uma ideologia”. (...) “a significação mítica seria vista como reiterada afirmação periférica de um modelo axiológico geral”. (...) “podemos redefinir o mito como um produto significativamente congelado de valores com função socializadora. Em outras palavras seria o mito um discurso cuja função é esvaziar o real e pacificar as consciências, fazendo com que os homens se conformem com a situação que lhes foi imposta socialmente, e que não só aceitem como veneram as formas de poder que engendraram essa situação”.

¹⁸³ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 96. Orienta também o autor que no direito, a idéia do emissor universal pode ser identificada com o culto ao “espírito do legislador”. E através do mito logra-se politicamente a

A discussão jurídica pode ocorrer em diferentes cenários, como nas discussões da Ciência do Direito (da dogmática), nas decisões dos magistrados, nas que decorrem do tratamento de questões jurídicas nos órgãos legislativos, em comissões e em comitês, enfim em algumas o resultado deve ser alcançado em um determinado intervalo de tempo, em outras não, contudo, em todas as formas argumenta-se juridicamente, levando-se em conta que a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente¹⁸⁴.

Prossegue Warat¹⁸⁵ no sentido de que:

As diversas teorias jurídicas, quer dizer, o senso comum teórico produzido no campo do direito ensejou distintas concepções em relação ao tema da interpretação da lei e da função judicial. Desqualificando-se aspectos secundários, as teorias referidas podem ser alinhadas em duas grandes tendências: as formalistas ou racionalistas, e as realistas ou anti-racionalistas¹⁸⁶.

Ainda para Warat, as teorias formalistas têm como objetivo a tentativa de consolidação do compromisso de segurança ideologicamente estabelecida pelo modelo napoleônico de direito, ou seja, a norma geral adquire o valor de uma autolimitação apriorística do exercício do poder e na medida em que

conciliação das contradições sociais na medida em que estas são projetadas em uma dimensão harmoniosa de essências puras, relações necessárias e esquemas ideais, aos quais devemos forçosamente aderir. Esta função de harmonização, esse ritual simbólico aparece no direito mediante a constituição de conceitos fetichistas tais como “direito natural”, “dever jurídico”, “ato jurídico” etc ou como “natureza jurídica”, “Estado”, “soberania”, “legalidade”, sendo que as últimas três citações são noções ontológicas reificantes se sustentam sobre a invocação dos pressupostos da noção da “mala in se”, ou do “dever in se”, ou do direito subjetivo inerente (visto como atributo do homem), p. 105.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, p. 209/210.

¹⁸⁵ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 52. “Mediante o postulado da racionalidade pressupõe-se um direito positivo coerente, preciso, completo, não redundante, ‘decidível’ e logicamente derivável. Mediante o dito postulado, concebe-se uma ordem jurídica sem lacunas e contradição, como forma de reassegurar ideologicamente o valor segurança: um direito positivo, auto-suficiente, preciso, claro e neutro”. E, conclui: “por isso mesmo crêem os adeptos desta postura que todas as hipóteses e conflitos particulares podem ser solucionados com fundamento exclusivo no ordenamento legal, aplicando-se procedimentos racionais sobre alguma delas ou seu conjunto”

¹⁸⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 51.

possa relacionar um ato decisório com alguma norma geral pré-existente considera este ato sempre como justo¹⁸⁷.

Assevera¹⁸⁸ ainda que:

A dogmática jurídica é o código predominante da comunicação normativa. Lingüisticamente, todo código é uma condição de sentido. As condições de sentido são também normas do sistema. [...] Do exposto depreende-se as teorias dogmáticas (princípios dogmáticos, também chamados princípios gerais do direito, conceitos analíticos e teorias por eles produzidos) são condições retóricas de sentido, quer dizer, vinculando-se uma afirmação às mesmas tem-se assegurado um valor de mensagem em termos normativos”.

Sem a pretensão de esgotar o tema, é pertinente demonstrar que Warat¹⁸⁹ sistematiza a corrente formalista de acordo com os seguintes postulados:

1° A única fonte do direito é a lei.

2° As normas positivas constituem um universo significativo auto-suficiente, do qual se pode inferir por atos de derivação racional, soluções para todos os tipos de conflitos normativos.

3° O ato de interpretação é um ato de conhecimento e não de vontade, uma atividade mecânica através do qual o juiz, mediante a aplicação das regras de cálculo lógico, obtém certas conclusões logicamente deriváveis das premissas normativas. O raciocínio jurídico responde às regras do silogismo de demonstrativo.

4° Os códigos não deixam nenhum arbítrio ao interprete. Esse não faz o direito porque já o encontro realizado.

¹⁸⁷ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 53.

¹⁸⁸ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 54-55.

¹⁸⁹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 55.

5° As determinações metajurídicas não têm valor, devendo-se encontrar todas as soluções dentro do próprio sistema jurídico.

6° Os conflitos normativos são somente aparentes devendo o juiz mediante procedimentos lógico-dedutivos adequados superá-los, mostrando-nos em suas soluções a coerência profunda do ordenamento positivo.

7° A linguagem jurídica é formal e, portanto, precisa; possui um unívoco sentido dispositivo.

8° O juiz é neutro, imparcial.

9° Do ordenamento jurídico extrai-se uma certeza total sobre as condutas proibidas e permitidas. O homem comum não pode ter dúvidas nem temores em relação a ser sancionados por uma conduta permitida pelo ordenamento jurídico.

10° As normas jurídicas são esquemas conceituais abstratos e inflexíveis, ficando descartado como irrelevante tudo aquilo que as mesmas não prescrevem.

11° As normas sempre determinam com precisão, porque elas não podem permitir e proibir simultaneamente uma mesma conduta, sob pena de violar o princípio normativo da não contradição.

12° O direito é um modelo axiomático, um sistema completo, dotado de plenitude hermética, do qual se pode extrair conclusões para todas as hipóteses.

13° A ciência jurídica deve estudar, sem formular juízos valorativos o direito positivo vigente. A atitude científica dos juristas baseia-se na aceitação sem questionamento do direito positivo vigente.

14° O conhecimento do direito é saber desvincular de toda preocupação sociológica, axiológica, econômica, política ou antropológica. As teorias jurídicas produzem um conhecimento ideologicamente neutro.

15° Desqualifica-se a possibilidade de que nos atos decisórios vinculados à produção jurídica existam componentes irracionais ou compromissos ideológicos.

Com relação às Teorias Realistas Warat¹⁹⁰ orienta da seguinte forma:

A atividade do juiz é basicamente um ato de vontade, devendo-se considerar como fontes dessa vontade todos os motivos que influem em seu ato de decisão. O realismo chega, inclusive, a afirmar em suas vertentes extremas, que a lei é só um álibi que permite encobrir, tecnicamente, os juízos subjetivos de valor do juiz. Dito de outra forma, a lei outorgaria uma estrutura racional aos componentes irracionais que determinam a decisão do juiz.

As Teorias Realistas¹⁹¹ teriam como principais teses o seguinte:

- a) A ordem jurídica não oferece segurança. As normas não solucionam todos os casos concretos.
- b) As normas jurídicas e os conceitos dogmáticos constituem um conjunto de afirmações metafísicas.
- c) A linguagem jurídica não é hermética nem auto-suficiente. As normas estão formuladas em linguagem natural. Seu sentido dependerá do uso que os juízes dêem aos mesmos. Não há significativos abstratos claramente definíveis.
- d) A ciência do direito constrói-se elaborando teses sobre os comportamentos judiciais. Os conceitos teóricos devem ter base empírica, razão porque só possuem valor se refletem as condutas judiciais e as conseqüências sociais das relações normativas.

Rigaux¹⁹² ao fazer considerações sobre as teorias de Direito, assim se manifesta:

¹⁹⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 58-60.

¹⁹¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 58-60.

Nenhuma teoria do direito, portanto, é detentora de uma metalinguagem que englobe uma rede de significações aptas a explicar os modos de operação dos sistemas jurídicos. As teorias não são menos hesitantes do que as práticas que elas se esforçam por esclarecer, e o autor de uma síntese doutrinal deve estender a seus próprios métodos a atitude desconfiada que observou para com as fontes de direito positivo. A mensagem da doutrina está tão sujeita a interpretação quanto o discurso legislativo ou as motivações judiciais. A título de quê, em virtude de quê, em nome de quem, a ciência do direito — provavelmente a mais conjectural de todas as ciências — assumiria o domínio de um discurso de verdade?

Construir argumentos e maneja-los com habilidade é o que caracteriza o bom jurista¹⁹³, e segundo Habermas, “a função dos argumentos jurídicos consiste em elevar o nível de aceitação real de decisões motivadas, diminuindo seu caráter de surpresa”¹⁹⁴, haja vista que a Teoria da Argumentação Jurídica tem como objeto de reflexão, obviamente, as argumentações produzidas em contextos jurídicos, sendo de maior importância para o presente trabalho a argumentação voltada à aplicação de normas jurídicas à solução de casos, atividade levada a cabo pelos juízes em sentido estrito, bem como também no âmbito da dogmática jurídica¹⁹⁵.

Orienta com precisão Warat¹⁹⁶ no sentido de que segundo o pensamento aristotélico, o silogismo retórico, ou argumento, é caracterizado pela

¹⁹² RIGAUX. François. *A Lei dos Juízes*, p. XIV.

¹⁹³ ATIENZA. Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora. 2002. 2 ed. p.17

¹⁹⁴ HABERMAS. Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*, p. 75.

¹⁹⁵ ATIENZA. Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. “Finalmente, o terceiro âmbito em que se verificam argumentos jurídicos é o da dogmática jurídica. A dogmática é, sem dúvida, uma atividade complexa, na qual cabe distinguir essencialmente as seguintes funções: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico. As teorias comuns da argumentação jurídica que se ocupam também das argumentações que a dogmática desenvolve para cumprir a segunda dessas funções. Esses processos de argumentação não são muito diferentes dos efetuados pelos órgãos aplicadores, uma vez que se trata de oferecer, a esses órgãos, critérios – argumentos – para facilitar-lhes (em sentido amplo) a tomada de uma decisão jurídica que consiste em aplicar uma norma a um caso”, p.19/20.

¹⁹⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 97.

verossimilhança. Denomina-se, portanto, verossimilhança o efeito de realidade provocado pela substituição da inferência lógica por uma inferência ideológica. Adverte, ainda, o autor que “devemos admitir que existem sérias distorções na adoção da maniqueísta divisão dos raciocínios em demonstrativos e persuasivos; o mesmo se passa com a dicotomia verdade/verossimilhança”.

A argumentação não é um mero cálculo, e sim apreciação da força deste ou daquele raciocínio, que a liberdade e a independência do juiz constituem um elemento essencial na administração da justiça¹⁹⁷, sendo que essa argumentação jurídica¹⁹⁸ vai além da lógica jurídica porque os argumentos jurídicos podem ser estudados sob outras perspectivas como a psicológica ou sociológica, ou então da perspectiva não formal, às vezes chamada de “lógica material” ou “lógica informal”, e outras de “tópica”, “retórica”, “dialética”, etc.

Perelman ensina que para precisar a noção de raciocínio jurídico este deve ser entendido como o raciocínio do juiz, ou seja, como ele se manifesta numa sentença ou aresto que motiva uma decisão. Continua o autor: “As análises doutrinárias de um jurista, os arrazoados dos advogados, as peças de acusação do Ministério Público fornecem razões que podem exercer uma influência sobre a decisão do juiz: apenas a sentença motivada nos fornece o conjunto dos elementos que nos permitem pôr em evidência as características do raciocínio jurídico”¹⁹⁹.

Alexy enumera quatro motivos pelos quais, via de regra, a decisão jurídica que põem fim a uma disputa judicial não segue logicamente das formulações das normas jurídicas, supostamente vigentes, bem como dos enunciados empíricos, a saber: “(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) a possibilidade de haver casos que

¹⁹⁷ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 472. Diz ainda o autor: “Ao querer reduzir a lógica formal, tal como ela se apresenta nos raciocínios demonstrativos dos matemáticos, elabora-se uma disciplina de beleza e de uma unidade inegáveis, mas se discursa inteiramente do modo como os homens raciocinam para chegar a uma decisão individual ou coletiva.”

¹⁹⁸ ATIENZA. Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica*, p.33-34.

¹⁹⁹ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 481. “O que há de especificamente jurídico no raciocínio do juiz não é de modo algum a dedução formalmente correta de uma conclusão a partir de premissas – nisso a dedução em direito nada tem de particular – mas são os raciocínios que conduzem ao estabelecimento dessas premissas no âmbito de um sistema de direito em vigor.”

requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da norma”²⁰⁰.

A tarefa da aplicação do direito, segundo Alexy, pode “exigir”, em especial evidenciar e realizar valorações em decisões mediante um ato de conhecimento valorativo em que não faltam elementos volitivos. Tais valorações são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas não chegaram a ser expressas nos textos das leis ou o foram apenas parcialmente. Orienta, ainda o autor, que “o Juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma argumentação racional. Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios da razão prática [...]”²⁰¹.

Afirma Warat que a moderna teoria da argumentação deve fundar-se sobre a tentativa de leitura dos argumentos e dos discursos teóricos como ideologia²⁰², devendo²⁰³ cumprir, basicamente, três funções: a primeira é de caráter teórico ou cognoscitivo, a segunda tem uma natureza prática ou técnica e a terceira poderia ser qualificada de política ou moral.

Cabe destacar que a razão argumentativa jurídica se baseia em tradições e práticas correntes que são passíveis de superação, desde que

²⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional com Teoria da Justificação Jurídica*, p. 52.

²⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, p.53/54.

²⁰² WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 101. Ensina o autor: “Certas teses da dogmática jurídica surgem assim, apoiadas em crenças, estão sustentadas por razões que mostram uma clara insuficiência teórica. Crenças que se apresentam com uma aparência de enunciados teóricos e são enunciados retóricos que adquirem força persuasiva através da aparência. Esses pseudo-enunciados são sintomas de uma função socializadora latente. Para dar conta da presença dos mesmos no discurso dogmático, o nível metalingüístico e o nível retórico são insuficientes. Necessita-se de uma leitura conotativa ou ideológica.”

²⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, p. 331/334.

submetidas a uma crítica articulada, fundada em novos argumentos mais consistentes, que viabilizem a adoção de novas práticas jurídicas²⁰⁴.

2.1.2 Colisão de Princípios e Conflito de Regras

É da lição de Bonavides²⁰⁵ que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras.

No que diz respeito à colisão de regras e colisão de princípios Guerra Filho orienta que enquanto o conflito de regras resulta em uma antinomia a ser resolvida pela perda da validade de uma das regras em conflito, as colisões entre princípios resulta apenas em que se privilegie o acatamento de um, sem que isso implique no desrespeito completo do outro²⁰⁶.

Guerra Filho²⁰⁷ invocando o respeito à dignidade humana orienta que:

A doutrina da limitação imanente da restrição de Direitos Fundamentais, pelo respeito à dignidade humana é de origem alemã, remetendo ao imperativo categórico da ética kantiana, com sua determinação de que a boa conduta seja aquela universalizável, donde decorre, entre outras, a proibição de que, nas relações humanas, os sujeitos sejam tratados como objetos, como meios para a consecução de certos fins, sejam eles quais forem.”

²⁰⁴ MENDONÇA. *Paulo Roberto Soares. A argumentação nas decisões judiciais*, p. 100.

²⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 271.

²⁰⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p.45.

²⁰⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p.71.

Quando trata dos limites da linguagem e da discricionariedade judicial, Hart²⁰⁸ apresenta uma proposta aceitável sobre aos problemas centrais da teoria do direito, como a relação entre eficácia e validade, a interpretação, os vínculos entre justiça e direito e moral, bem como a interpretação do direito e as decisões judiciais nos casos difíceis. Hart estabelece duas distinções fundamentais, a distinção entre regras primárias e secundárias e a distinção entre os pontos de vista interno e externo diante das regras. As regras primárias impõem deveres positivos (ações) ou negativos (omissões) aos indivíduos. Regras primárias seriam aquelas, por exemplo, que impõe obrigações civis às pessoas, como obrigação dos pais com relação ao sustento dos filhos. As regras secundárias, por sua vez, outorgam poder aos particulares ou às autoridades públicas para criar, modificar, extinguir ou determinar os efeitos das regras do tipo primário. Exemplos dessas regras secundárias seriam as regras relativas aos contratos. Hart denomina-as de *reglas de cambio*. Outro exemplo seriam as normas constitucionais que autorizam a elaboração de leis e normas processuais que regulamentam a atividade judicial. A partir deste tipo de regra secundária e pelo poder que elas concedem os legisladores e juízes estabelecem regras primárias, contidas nas leis e sentenças, respectivamente, denominadas por Hart como *reglas de adjudicación*. Um terceiro tipo de regra secundária seria a regra de reconhecimento, que seria na visão de Hart a possibilidade de identificar o direito vigente em uma sociedade a partir de um parâmetro independente da moral, baseado na hierarquia das normas, atentando-se para análise de validade, a partir de uma prática social efetiva, ligadas a fatos externos. Hart apresenta, como distinção à teoria pura kelseniana do direito, a diferença entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo frente às regras, no sentido de responder às questões formuladas pelos insatisfeitos com a teoria das obrigações por ameaças²⁰⁹.

Com o intuito de criticar as teorias de Hart, Dworkin²¹⁰ define que o direito é um conjunto de regras identificáveis mediante uma única regra de reconhecimento e que esse conjunto de regras válidas exaure o conteúdo do

²⁰⁸ RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial – El debate Hart-Dworkin*, p.32-33.

²⁰⁹ RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial – El debate Hart-Dworkin*, p. 25-32.

²¹⁰ RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial – El debate Hart-Dworkin*, p. 35-37.

direito, e por final os direitos e obrigações podem derivar-se tão somente das regras jurídicas cuja validade pode ser afirmada claramente em termos da regra de reconhecimento. Isto posto, nos casos difíceis, quando não existe uma regra semelhante não é possível afirmar que alguma das partes têm um direito e que o caso será decidido a seu favor, porém os juízes²¹¹ não têm discricionariedade para criar o direito, devendo aplicar os princípios vigentes no ordenamento jurídico.

No campo da interpretação constitucional²¹², Guerra Filho demonstra que:

A prática da “interpretação constitucional” é diferente de interpretar a Constituição de acordo com os cânones tradicionais da hermenêutica jurídica, assentados em bases privatísticas e diante do conflito entre princípios constitucionais, que se encontram na mesma posição hierárquica normativa, se utiliza o princípio da proporcionalidade, ou seja, se respeita mais a um dos princípios, desrespeitando o mínimo ao outro ou outros, sem ferir o seu núcleo essencial”.

O emprego do princípio da proporcionalidade sempre tem em vista o fim colimado nas disposições constitucionais a serem interpretadas, correspondendo a um direito ou garantia fundamental, estreitamente associado ao princípio da isonomia²¹³.

Ao se deparar com conflito de leis e normas Rigaux²¹⁴ afirma:

Se o conflito de leis é induzido pela reificação do conteúdo das normas contrapostas, basta o mais das vezes um modesto esforço de relativização dos conceitos para suprimir o conflito. De modo inverso, a eficácia de certos métodos estereotipados, tal como o princípio de hierarquia, supõe que a norma superior,

²¹¹ RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial – El debate Hart-Dworkin*, p. 37.

²¹² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p.56-62/70-71. O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três aspectos, a saber: proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade. “Proporcionalidade em sentido estrito” determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja a melhor possível. Os subprincípios da adequação e da exigibilidade ou da indispensabilidade determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, de forma adequada e exigível, ou seja não havendo outro igualmente eficaz e menos danoso aos Direitos Fundamentais.

²¹³ GERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 64-65.

²¹⁴ RIGAUX. François. *A Lei dos Juízes*, p. XII.

pertencente à Constituição ou a um tratado internacional, tenha uma pureza cristalina que elimine como por encanto toda regra inferior incompatível.

Adverte o filósofo que a prática judiciária ensina que as duas normas são igualmente sujeitas a interpretação e que, o mais das vezes, o juiz é apto a reconciliá-las. Do mesmo modo, o método de ponderação²¹⁵ dos interesses, tão pregado pelas jurisprudências alemã e americana, sustenta uma representação ilusória da justiça que mantém um equilíbrio entre os direitos individuais ou entre as normas em conflito. Levado a seu termo, o método necessariamente conduz a dar a primazia ao interesse de maior peso e faz pender o fiel da balança para um lado ou para o outro. Quanto ao conflito de normas, ele é suprimido pela adunção de uma nova regra que desempata o campo contestado.

Os interesses dos atores jurídicos podem caracterizarem-se como ruídos no processo de interpretação e argumentação. Na ótica de Perelman, “é pelo estudo dos procedimentos argumentativos, retóricos e dialéticos que aprendemos a distinguir os raciocínios aceitáveis dos raciocínios sofisticados, aqueles em que se procura persuadir e convencer daqueles em que se procura enganar, induzir a erro”.²¹⁶ Nesse aspecto, esse autor²¹⁷ adverte:

É a dialética entre o legislativo e o poder judiciário, entre a doutrina e a autoridade, entre o poder e a opinião pública, que faz a vida do direito e lhe permite conciliar a estabilidade da mudança. E ainda: é assim que se compreende o papel dos advogados, enquanto auxiliares da justiça. E eles se opõem é porque procuram fazer prevalecer, no interesse do cliente, um dos valores em conflito: a segurança ou a equidade, os direitos do indivíduo ou o interesse geral, a proteção da ordem das famílias ou a busca da verdade, etc” .

²¹⁵ Sobre o assunto ver também PIETRO SANCHIS, Luis. *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, p. 123-157.

²¹⁶ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 684.

²¹⁷ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 631.

As diversas técnicas para solução de casos complexos são conhecidas dos juristas já de longa data, contudo, não se pode descuidar para a educação específica das pessoas envolvidas no processo de interpretação e aplicação da lei, considerando-se que existe uma tendência a considerar o ponto de vista interno, com a aceitação do sistema normativo, resultando em prejuízo aos Direitos Fundamentais.

2.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E AS GARANTIAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão Neoconstitucionalismo²¹⁸ tem sido utilizada por parte da doutrina jurídica para qualificar o constitucionalismo contemporâneo, mormente marcado pela afirmação dos direitos, caracterizado pelo Estado Social de Direito.

No entendimento de Santiago Sastre Ariza²¹⁹ está consolidado na doutrina o uso da expressão “Neoconstitucionalismo” ou “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos” para designar o novo modelo jurídico que representa o Estado Constitucional de Direito que existe em alguns países, como por exemplo, Brasil, Itália, Alemanha e Espanha.

²¹⁸ Acerca do tema sugere-se a leitura de GUASTINI, Riccardo. *La “Constitucionalización” Del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano*, p. 49-73.

²¹⁹ ARIZA, Santiago Sastre. *La Ciencia Jurídica Ante el Neoconstitucionalismo*, p. 239-240.

O termo “Neoconstitucionalismo”, na visão de Susanna Pozzolo²²⁰, é empregado para indicar uma precisa prospectiva jusfilosófica que se caracteriza por ser constitucionalista (ou seja, por inserir-se na corrente jusfilosófica dedicada à formulação e predisposição dos limites jurídicos ao poder político) e antipositivista. As constituições contemporâneas²²¹ introduziram em seu texto normas de proteção aos Direitos Fundamentais, tornando-os verdadeiros elementos centrais dos sistemas jurídicos constitucionais, como forma de se concretizar os direitos conquistados na modernidade.

Para Susanna Pozzolo²²² o argumento neoconstitucionalista parte da constitucionalização do *bill of rights*, ou seja, de um catálogo mais ou menos detalhado de Direitos Fundamentais, e a justicialidade da carta fundamental por obra de um órgão para isso especificamente predisposto, para dizer, pelo juiz as leis. Acrescenta a autora que o Neoconstitucionalismo propõe um certo modelo teórico para explicação e descrição do Direito do Estado constitucional, caracterizado por negar a tese juspositivista da separação conceitual entre Direito e moral. O Neoconstitucionalismo propõe também um modelo axiológico-normativo sob cujas linhas deveria desenvolver-se o Direito Real.

Superado o constitucionalismo²²³ tradicional surge o novo constitucionalismo, revestido de caráter social e democrático e incompatível em parte com o positivismo²²⁴.

O termo “pós-positivismo” é utilizado por alguns doutrinadores como sinônimo de Neoconstitucionalismo. Da lição de Bonavides²²⁵

²²⁰ POZZOLO, Susanna. *Un Constitucionalismo Ambíguo*, p. 187-188.

²²¹ FLÓRES-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El Derecho Civil Constitucional*, p. 21-40. Nessa obra o autor aborda a interação Constituição com o Direito Civil Espanhol.

²²² POZZOLO, Susanna. *Un Constitucionalismo Ambíguo*, p. 187-188.

²²³ Acerca dessa abordagem ver BARBERIS. Mauro. *Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo da Moral*, p. 259-278.

²²⁴ COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico*, p. 75-121.

²²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 258-264

tem-se que a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. A saber:

A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normativa, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça.

A segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária ou, segundo Gordillo Cañas, como “válvula de segurança”, que “garante o reinado absoluto da Lei”.

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Para sobrepujar o paradigma positivista, a que se atrelam parte dos juizes, estes encarregados da aplicação do direito, se faz necessária uma hermenêutica universal e comprometida com a realidade social do Estado Constitucional de Direito.

A partir dos ensinamentos de Ferrajoli²²⁶, se observa que o Garantismo somente se aplica aos Estados de Direito Constitucional, mais precisamente aos Estados de Direito como uma estrutura limitada de poder, onde o próprio Estado se submete às suas leis.

Os Direitos Fundamentais²²⁷ são protegidos por instrumentos definidos pela própria Constituição, objetivando a liberdade da pessoa humana, no âmbito da sua autonomia e autodecisão²²⁸.

²²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do garantismo penal.

²²⁷ CRUZ, Paulo Marcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, p.133/134. “Direito Fundamental” significa os direitos e liberdades constitucionalmente protegidos, por meio de instrumentos estabelecidos pela própria Constituição.”

Segundo Kelsen pressupondo-se a norma fundamental, a Constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional que não apenas os órgãos e o processo de legislação, mas também, em certo grau, o conteúdo de leis futuras²²⁹.

A avaliação das normas jurídicas deve partir da premissa da supremacia da Constituição, como padrão jurídico fundamental, não podendo ser contrariada por nenhuma norma inferior do mesmo sistema jurídico²³⁰.

A partir dos estudos e trabalhos jurídicos de interpretação e aplicação da Constituição cada vez mais freqüentes, denota-se uma forte tendência no direito pátrio em se colocar o Direito Constitucional no seu verdadeiro lugar, qual seja, o de base fundamental para o direito brasileiro²³¹.

Como características da própria estrutura dos Direitos Fundamentais estão a universalidade, a igualdade, a indisponibilidade e a categoria constitucional. A importante inovação do Estado de Direito foi a positivação e a constitucionalização dos Direitos Fundamentais²³².

É pacífico o entendimento de que os princípios constitucionais constituem verdadeiro alicerce do sistema normativo, e devem as normas jurídicas ser com eles compatíveis, sendo a função primordial dos princípios definir a lógica e a racionalidade do sistema jurídico, norteando o sentido das normas concretas, harmonizando a estrutura do sistema normativo, dando-lhe coesão²³³.

O Direito Constitucional tem como finalidade essencial garantir a liberdade da pessoa humana, no âmbito da sua autonomia e

²²⁸ CRUZ, Paulo Marcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, p.133.

²²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 129-130.

²³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*, p. 173.

²³¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 25.

²³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p. 730.

²³³ HUTTER, Rudolf. *Os princípios processuais no juizado especial cível*, p. 31.

autodeterminação. Para que isso ocorra há necessidade de que o conjunto de direitos da pessoa humana sejam protegidos²³⁴.

A aplicação da norma processual deve partir da premissa da supremacia da Constituição, como padrão jurídico fundamental, não podendo ser contrariada por nenhuma norma inferior do mesmo sistema jurídico, no entender de Dalmo de Abreu Dallari²³⁵.

No âmbito do conteúdo e do significado dos Direitos Fundamentais na Constituição vigente, importa analisar se em que medida é possível falar de um autêntico sistema formado pelos Direitos Fundamentais de nossa Lei Fundamental e, em sendo ao menos tendencialmente afirmativa a resposta, de que maneira este sistema se insere no contexto global da Constituição²³⁶.

Os Direitos Fundamentais²³⁷, inspirados no princípio fundamental da dignidade humana integram um sistema no âmbito da Constituição²³⁸. Da mesma forma a idéia de igualdade é inseparável da idéia da liberdade no Constitucionalismo²³⁹.

Quanto à existência ou não de uma obrigação de respeitar o Direito, Ferrajoli²⁴⁰ assim define:

A mesma noção de “direito subjetivo”, entre o horizonte paracientífico desta metafísica do fim do século, ela acabou por

²³⁴ CRUZ. Paulo Marcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, p.133

²³⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*, p. 173.

²³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 77.

²³⁷ Veja COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda (Coordenador). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*, p. 258.

²³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 77.

²³⁹ CRUZ. Paulo Marcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, p134. “A liberdade garantida pela Constituição faz sentido enquanto liberdade para todos, ou seja, enquanto os direitos nela reconhecidos estejam abertos a todos os cidadãos, independentemente de pertencer a uma determinada classe social. Isto supõe, que para o Direito, não existem cidadãos mais livres do que os outros ou, em outras palavras, que determinadas categorias de cidadãos não podem ampliar sua liberdade às custas da liberdade dos demais. A liberdade aparece, portanto, vinculada à pessoa enquanto tal, abstraída qualquer outra consideração”.

²⁴⁰ FERRAJOLI. Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p.732.

alargar-se sem medida, até a abarcar não só os direitos públicos e privados dos indivíduos, mas até mesmo os poderes públicos, estes também qualificados como “direitos públicos” do Estado contra os cidadãos, a começar pelo direito à obediência, ou pior, à fidelidade, correlativo ao dever de obediência ou fidelidade dos cidadãos; por outro lado, na mais tardia teorização de Hans Kelsen, ela foi posta de lado por ser conceitualmente inconsistente por causa de sua generalidade, ou, mais, desclassificada, com o pressuposto técnico de aplicação da sanção.

Os princípios incorporados nas Constituições tornaram-se normas jurídicas de nível constitucional, e para Ferrajoli²⁴¹ dois princípios parecem dotados, com os devidos acréscimos, de um alcance garantista de caráter geral, a saber:

... o princípio da legalidade: porque as prestações que satisfazem os direitos sociais são sempre impostos como obrigações aos poderes públicos e não deixados ao arbítrio administrativo, ocorre que as leis lhes prevêm univocamente os pressupostos vinculantes e lhes identificam com clareza os órgãos e os procedimentos. O segundo princípio garantista de caráter geral é aquele da submissão à jurisdição: para que as lesões aos Direitos Fundamentais sejam liberais ou sociais, sejam sancionadas e removidas é necessário que tais direitos sejam adjudicáveis, ou seja, acionáveis em juízo em relação aos sujeitos responsáveis, por comissão ou omissão, por sua respectiva violação.

É possível configurar um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos Direitos Fundamentais por eles consagrados²⁴².

Diante do fenômeno da globalização é pertinente o alerta que faz Ferrajoli²⁴³ advertindo que os modelos de Estado Legislativo de Direito e

²⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p.732-734.

²⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, p.752.

²⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro Del Estado de Derecho*, p. 20.

Estado Constitucional de Direito estão em crise, no sentido que está ocorrendo uma regressão a um Direito jurisprudencial de tipo pré-moderno: por um lado, o colapso da capacidade reguladora da lei e o retorno do papel criativo da jurisdição; por outro, a perda da unidade e coerência das fontes e a convivência e superposição de diversos ordenamentos concorrentes.

Assevera o autor que o primeiro aspecto, que afeta o princípio da legalidade, diz respeito a dois fatores: a inflação legislativa e a disfunção da linguagem legal e por outro lado a crise afeta o papel garantista da Constituição em relação à legislação que é o diferencial do Estado Constitucional de Direito.

A constitucionalização dos Direitos Fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para concretização da democracia sendo imprescindível a proteção judicial para o respeito a esses direitos.

2.3 O PODER JUDICIÁRIO E A FUNÇÃO JURISDICIONAL

A vida em sociedade e a disputa pelos bens da vida trouxe como conseqüência os conflitos de interesse. Houve com o decorrer da história da civilização, a evolução da forma de solução de tais conflitos, passando da autotutela²⁴⁴ à autocomposição²⁴⁵ até chegar ao sistema atual, onde o Estado²⁴⁶

²⁴⁴ Conforme Antonio Carlos A. Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 28), "Na autotutela, aquele que impõe ao adversário uma solução não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito: satisfaz-se simplesmente pela força (ou seja, realiza a sua pretensão)".

²⁴⁵ De acordo com Antonio Carlos A. Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel.

impõe de forma imperativa a solução dos conflitos interindividuais, através do exercício da função jurisdicional.

A jurisdição difere das demais funções do Estado, justamente pela sua finalidade pacificadora²⁴⁷, sendo que o papel da jurisdição adquire uma maior amplitude na atualidade, no sentido de ser ao mesmo tempo poder, função e atividade²⁴⁸.

Clève²⁴⁹ questiona se o Poder Judiciário teria legitimidade para atuar nos campos que, em tese, estariam reservados ao administrador ou ao legislador, haja vista que poderia haver afronta ao princípio democrático, segundo o qual a maioria governa. Assevera ainda, que:

É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contra-majoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do judiciário nesse campo.

Teoria geral do processo, p. 27), a autocomposição caracteriza-se pelo fato de que “(...): uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele”.

²⁴⁶ PERELMAN, Chaïn. *Ética e Direito*, p. 401. Ao discorrer sobre o fundamento dos direitos humanos, Perelman ensina que se é o respeito pela dignidade da pessoa que fundamenta uma doutrina jurídica dos direitos humanos, esta pode, da mesma maneira, ser considerada uma doutrina das obrigações humanas, pois cada um deles tem a obrigação de respeitar o indivíduo humano, em sua própria pessoa bem como nas das outras. Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e de fazer que se respeitem as obrigações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva da manutenção da ordem.

²⁴⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 30.

²⁴⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 145. “(...) a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. e como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)”.

²⁴⁹ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*, p. 35.

Acerca da proteção dos Direitos Fundamentais, Clève orienta: “zelar pelos Direitos Fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura)”²⁵⁰, não devendo ser o Judiciário encarado como uma entidade autônoma, impermeável a influências políticas e sociais”²⁵¹.

O Garantismo e a proteção dos Direitos Fundamentais estão diretamente ligados à atuação dos órgãos que compõem o Poder Judiciário, sendo estes dotados de independência em relação aos demais órgãos do Estado. A função jurisdicional²⁵² é exercida na resolução de conflitos entre partes, sendo o juiz, independente, um terceiro que decidirá segundo o Direito e na medida do que foi pedido pela parte. O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce, dando efetividade ao direito substantivo²⁵³.

Um dos princípios constitucionais²⁵⁴ que norteiam a Jurisdição é o Princípio do Acesso à Justiça²⁵⁵. Esse princípio é

²⁵⁰ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*, p. 35-36.

²⁵¹ MENDONÇA. Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas decisões judiciais*, p. 7.

²⁵² PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*, p. 40. “Jurisdição é atividade soberana do Estado, com que este, por intermédio de órgãos competentes e meios predeterminados, por provocação de interessado, em caráter absolutamente definitivo, protege a ordem jurídica, faz atuar a lei em casos concretos, dirimindo ou evitando conflitos particulares de interesses, agasalhando indiretamente direitos subjetivos”.

²⁵³ CRUZ. Paulo Marcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, p.114. Do ponto de vista funcional a Jurisdição consiste na atividade de declaração e aplicação do Direito pré-existente em casos concretos, de forma irrevogável por outros poderes do Estado.

²⁵⁴ RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. *Princípios constitucionais do processo*, p. 34. “o acesso à justiça como ideal e como princípio constitucional está consoante o que preceitua o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal Brasileira, no sentido de que ‘lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Intimamente ligado ao direito de ação o presente tema: direito de postular junto ao Estado Julgador direitos ou reparações a direitos violados. A destinação da norma atinge tanto os direitos individuais, quanto os coletivos. Por direito de ação, tecnicamente, entende-se o direito público subjetivo de um titular a ser implementado junto ao Estado e, inclusive, contra tal Estado em uma evidente demonstração da ‘antítese jurídica necessária’ que é a Constituição Federal. Esta, de um lado, aparelha o Estado, estipula suas prerrogativas e direitos e, de outro, municia o particular contra eventuais atos danosos e ilegais daquele mesmo ente público. É o império da legalidade, esculpido no art. 5º da Carta Magna Nacional”.

reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”²⁵⁶, devendo a proteção dos Direitos Fundamentais ser feita pelos meios de defesa jurisdicionais²⁵⁷.

Ocorre, porém, que a efetivação de um direito ao processo²⁵⁸ não equivale necessariamente a uma decisão favorável. A obtenção de uma decisão fundada no Direito quer seja favorável quer desfavorável às pretensões deduzidas em juízo materializa o Princípio do Acesso à Justiça²⁵⁹.

A necessária instrumentalidade²⁶⁰ do processo defendida por Cândido Rangel Dinamarco somente se evidencia quando os objetivos do processo jurisdicional²⁶¹, em consonância com os princípios constitucionais são perseguidos e alcançados²⁶².

²⁵⁵ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. “O direito de acesso aos tribunais implica o direito ao processo entendendo-se que este postula um direito a uma decisão final incidente sobre o fundo de causa sempre que hajam cumprido e observado os requisitos processuais da acção ou recurso”. p. 485.

²⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 8.

²⁵⁷ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Como qualificar um processo como justo? Quais os critérios materiais orientadores da determinação do caráter “devido” ou “indevido” de um processo? “A proteção alargada através da exigência de um processo equitativo significará também que o controlo dos tribunais relativamente ao caráter ‘justo’ ou ‘equitativo’ do processo se estenderá, segundo as condições particulares de cada caso, às dimensões materiais e processuais do processo no seu conjunto. O parâmetro de controlo será, sob o ponto de vista intrínseco, o catálogo dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados e os direitos de natureza análoga constantes de leis ou de convenções internacionais.” p.479/483

²⁵⁸ PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*, p. 116.

²⁵⁹ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.486

²⁶⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do processo*, p. 47. “Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas ligações com a lei natural. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: sociais, políticos e jurídico. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do escopo social magno da pacificação social (...) constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo em sua conceituação e endereçamento social e político”

²⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*, p. 193-217. “Os escopos, ou propósitos norteadores do processo são de ordem *social* (pacificar com justiça objetivando o

Há necessidade de que o Direito seja simplificado, haja vista que se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. “No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico”²⁶³.

No que tange à proteção dos Direitos fundamentais o Poder Judiciário deve estar atento, pois a filosofia do direito é permeada de devaneios e o formalismo, vazio de conteúdo, dos sistemas de Direito está de acordo com a frieza, a desumanidade e a brutalidade dos fatos históricos da humanidade. Tais sistemas têm lógica, apresentam um discurso perfeito, mas um discurso afastado do sentido da realidade social²⁶⁴.

A função jurisdicional do Poder Judiciário é efetivada por seus Magistrados, funcionalmente independentes, capazes de restringir a arbitrariedade dos outros poderes e de assegurar o respeito ao direito, em especial ao princípio da igualdade perante a lei, fornecendo garantia contra o tratamento desigual daqueles que se encontram na mesma situação jurídica.

bem estar do grupo), *política* (a organização e subsistência do Estado dependem do exercício organizado do poder legítimo, por meios legítimos) e *jurídica* (responsabilidade que o processo assume perante a nação, modo como opera no sistema jurídico)”.

²⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*, p. 181.

²⁶³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 156.

²⁶⁴ GUSMÃO. Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*, p. 5.

CAPÍTULO 3

O EXERCÍCIO DA MAGISTRATURA GARANTISTA

3.1 O MAGISTRADO NEOCONSTITUCIONALISTA E A POLÍTICA JURÍDICA

O conflito entre o Direito e a Lei reside no fato de ela não esgotá-lo. Infelizmente há quem sustente o princípio de que fora da Lei não há Direito. Se por um lado o princípio da legalidade é fundamental no Estado de Direito, garantindo a segurança jurídica, por outro lado, levado ao extremo, pode tornar-se fonte de injustiças. Se por um lado evita abusos de titulares de direitos, e de governantes, por outro pode ser meio para, sob a aparência legal, praticarem-se abusos e injustiças²⁶⁵.

Nesse sentido Perelman²⁶⁶ assevera que “o positivismo descarta o direito natural como uma incursão indevida da idéia de justiça no funcionamento do direito, com o intuito de limitar o poder do legislador. Para o positivismo jurídico, a justiça conforme ao direito é a justiça tal como foi precisada pelo legislador. Mas que fazer quando a lei se mostra insuficiente por uma outra razão?”.

A este questionamento o filósofo aponta para equidade, sugerindo-se que o magistrado se ponha no lugar do legislador razoável²⁶⁷. Orienta Perelman que diante da proibição de decidir de forma arbitrária, o juiz

²⁶⁵ GUSMÃO. Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*, p. 145.

²⁶⁶ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 389.

²⁶⁷ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 387. Leciona o autor: “quando o texto da lei romana não permitia decidir de uma forma equitativa, porque não se aplicava aos estrangeiros, por exemplo, o pretor assimilava, por meio de uma ficção, o estrangeiro ao cidadão romano e fornecia um preceito conveniente que permitia paliar a insuficiência da lei”.

deverá voltar-se para o direito natural²⁶⁸, resolvendo as antinomias através do critério do justo equitativo²⁶⁹.

Ao Magistrado invocar princípios que transcendem ao direito positivo podem surgir lacunas ou a falsas antinomias²⁷⁰ e o crescente papel atribuído ao Juiz na elaboração de um direito concreto e eficaz torna, no Estado Constitucional de Direito cada vez mais ultrapassada a oposição entre o direito positivo e o direito natural, exigindo-se o direito efetivo, como resultado de uma síntese em que se mesclam elementos oriundos da vontade do legislador, da construção dos juristas, e considerações pragmáticas, de natureza social e política, moral e econômica²⁷¹.

A relativização da neutralidade do magistrado no âmbito do processo jurisdicional é imprescindível com o conseqüente aumento das prerrogativas decisórias do Juiz visando a concretização da pacificação social.

Assevera Perelman que “a elaboração e a aplicação do direito necessitam, com efeito, recorrer a juízos de valor, a escolhas e a decisões que, característicos da legislação e mesmo da jurisprudência, são alheios a qualquer ciência que se pretende, por natureza, descritiva e objetiva. Essa diferença de atitude é que justificaria a distinção entre a ciência do direito e a jurisprudência”²⁷². À Ciência do Direito cabe a tarefa da construção do sistema jurídico com normas ordenadas, com conceitos e teorias jurídicas específicas, as quais juntamente com a Doutrina Jurídica devem orientar os juízes nas suas decisões.

²⁶⁸ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 389.

²⁶⁹ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 389. Segundo o autor: “apesar do sistema de regras que protege a obra do jurista do perigo da avaliação direta do que é justo e do que é injusto”, quando nos falta um critério para resolver o conflito dos critérios, ‘o critério dos critérios é o princípio supremo da justiça’. Mas, se quer evitar que o recurso ‘ao princípio supremo da justiça’ não seja um recurso à arbitrariedade, cumprirá recusar admitir a inteira subjetividade do sentimento de justiça ou de equidade

²⁷⁰ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 390.

²⁷¹ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 392.

²⁷² PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 408.

O Magistrado, ao julgar, se depara com vários sistemas normativos que determinam a conduta dos indivíduos, mais precisamente a conduta moral, religiosa ou jurídica²⁷³. O fato social não faz, por si só, o direito. Este implica, necessariamente, por sua própria índole, num julgamento de valor sobre os fatos. Por ser moral, a função do direito é corretiva e civilizadora; por ser social, não pode contrariar fundamentalmente a realidade que encontra no meio em que se aplica; porque, nesse caso, perderia inteiramente a eficácia, que precisa e deve ter²⁷⁴.

Da lição de Alf Ross pode-se verificar que tarefa do jurista cientista em descobrir, mediante a análise lingüística e lógica, as diversas interpretações possíveis, e expor expressamente suas conseqüências práticas. Por sua vez, ao juiz, não ao cientista, cabe eleger entre estas diferentes possibilidades qual a mais adequada ao caso concreto. A interpretação doutrinária possibilita ao Magistrado a melhor decisão, que muitas vezes pode não ser a mais justa²⁷⁵.

Cabe ao Magistrado, na qualidade de garantidor dos Direitos Fundamentais, observar a Política Jurídica²⁷⁶ adequada aos casos que se lhe apresentam, no sentido de serem utilizadas normas que, além de eficazes sejam

²⁷³ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. A Epistemologia Jurídica da Modernidade*, p.192. Ensina o autor que conforme a Teoria Pura do Direito, existem três tipos possíveis de ciências sociais normativas: a Ética, a Teologia e a Ciência Jurídica. São saberes que se ocupam da sociedade, enquanto ordem normativa. Isto posto, ficam esquematicamente explicadas as razões que levam Kelsen a postular a necessidade de uma purificação anti-naturalista, isto é, uma purificação que nos indique um critério de determinação de uma diferença genérica em relação às ciências da natureza.

²⁷⁴ PAUPÉRIO, A. Machado. *Introdução ao estudo do direito*, p.19.

²⁷⁵ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, p.328.

²⁷⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UFSC, 1998. p.71. Na concepção do Professor Osvaldo Ferreira de Melo a Política Jurídica revela-se como uma disciplina destinada a identificar através de um estudo consciente e ordenado o seu objeto, as suas possibilidades e a sua importância para o Direito. Assim entendida, "trabalha com predições de novas realidades desejadas e possíveis e não com previsão de certezas. Por isso é um sistema aberto, por isso é ideologia que se realiza na ação. Por isso, enfim, é política". E, por política, segundo ainda o autor, podemos entender um conjunto de estratégias que objetiva um determinado fim.

socialmente desejadas e por isso justas e úteis para responderem adequadamente às demandas sociais²⁷⁷.

Em termos de Política Jurídica pode o Magistrado recorrer à Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, segundo o qual o Direito deve ser visto a partir de três elementos fundamentais: “o elemento valor, como intuição primordial; o elemento norma, como medida de concreção do valioso no plano da conduta social; e, finalmente, o elemento fato, como condição da conduta, base empírica da ligação intersubjetiva, coincidindo a análise histórica com a realidade jurídica fenomenologicamente observada”²⁷⁸.

A utilização conjunta por parte do operador do Direito, de forma permanente e interativa, destas três perspectivas, ou seja, dos atributos destacados por Miguel Reale a cada um dos elementos de sua teoria tridimensional, é o desejo e a concretização da Política Jurídica²⁷⁹ com vistas a tornar o Direito mais justo, ético, legítimo e necessário, privilegiando a sua validade material, como tal definida: “a qualidade da norma em mostra-se compatível com o socialmente desejado e basicamente necessário ao homem, enquanto indivíduo e enquanto cidadão”²⁸⁰.

²⁷⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UFSC, 1998. p.15-16. A Política Jurídica não possui como fundamento construir um sistema jurídico, mas sim valendo-se da teoria do conhecimento – epistemologia – transformar ou renovar o ensino do Direito, partindo da norma jurídica positivada, a norma que “é” para a norma que “deve ser”. A norma jurídica que no dizer de Osvaldo Melo “seja voluntariamente obedecida” e, para que tal ocorra “deve ser matizada sempre pela idéia e sentimento do ético, do legítimo, do justo e do útil. Assim, a aceitação da norma irá depender menos de sua validade formal, que são meras observâncias técnicas, que de sua validade material”, devendo esta ser compreendida como “a qualidade que tem a norma em mostrar-se compatível com o socialmente desejado e basicamente necessário à eticidade das relações humanas.”

²⁷⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 509. O Autor lembra que “existe sempre um valor iluminando a regra jurídica”. Sendo assim, “a regra jurídica deve ter, em primeiro lugar, este requisito: deve procurar realizar ou amparar um valor, ou impedir a ocorrência de um desvalor. Isto significa que não se legisla sem finalidade e que o Direito é uma realização de fins úteis e necessários à vida, ou por ela reclamados” p. 594.

²⁷⁹ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, p.317. Ao referir à tarefa objeto da política jurídica, Alf Ross, numa visão de uma teoria idealista do direito afirma não ser “difícil estabelecer qual é a tarefa específica da política jurídica, que é o que a distingue das outras políticas. O direito tem seu objetivo em si mesmo: aperfeiçoar a idéia de justiça inerente a ele. A política jurídica é a doutrina que ensina como alcançar este objetivo. Este distingue a política jurídica da política do bem estar, da política cultural e da política do poder, que estão determinadas na base a objetivos diferentes: econômicos, culturais e políticos

²⁸⁰ MELLO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da política jurídica*, p.20.

A Política Jurídica não pode ser buscada pelo Magistrado tão somente num objetivo específico. Sua natureza particular tem que se achar condicionada por um conjunto próprio de conhecimentos, que seja relevante, tal como a técnica do direito que é empregada para a solução de problemas sociais, qualquer seja o objetivo destes. Este corpo especial de conhecimentos só pode ser buscado no conhecimento sociológico jurídico que versa sobre a conexão causal entre a função normativa do direito e a conduta humana, ou também podemos dizer, que versa sobre as possibilidades de influir na ação humana mediante o aparato das sanções jurídicas.

A concepção mais atual e devidamente ajustada à realidade de nosso tempo é dada por Osvaldo Ferreira de Melo, no sentido de que “é possível e desejável buscar uma teorização sobre a conciliação entre Política e Direito, entendidas ambas as categorias num sentido ético-social e identificados os respectivos conceitos, tanto quanto possível, com a idéia do justo e do legitimamente necessário, ou seja, do socialmente útil”²⁸¹.

As teorias para fundamentar as técnicas de construção, interpretação e aplicação da norma, historicamente se preocuparam prioritariamente com a lógica ou com outras questões formais. Sem compromisso com o conteúdo ético que é próprio da natureza do direito, tais teorias, no decurso do tempo, em razão da obstinada pretensão à neutralidade axiológica, foram utilizadas indiferentemente quer seja para legitimar desmandos autoritários, ou mesmo para eventuais atendimentos a justas reivindicações sociais ²⁸².

Com efeito, a tarefa da Política Jurídica não seria de natureza descritiva, mas sim configurada num discurso prescritivo, comprometido com as necessidades e interesses sociais. Toda ação corretiva e criativa recairá

²⁸¹ MELLO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*, p.13.

²⁸² MELLO. Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*, p.14. “Já uma teoria de Política do Direito, que se pressupõe deva ser arquitetada a partir de critérios de prudência e de possibilidades, além de necessariamente fundamentada em padrões éticos que atuarão sobre meios e fins, estará a serviço de um dever desejável, como proposta criativa aos desafios que forem surgindo”.

sobre o sistema normativo vigente, influenciando na sua permanente adequação e aperfeiçoamento ²⁸³.

3.2 O MAGISTRADO E O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

É da lição de Dallari²⁸⁴ que avaliação das normas jurídicas deve partir da premissa da supremacia da Constituição²⁸⁵, como padrão jurídico fundamental, não podendo ser contrariada por nenhuma norma inferior do mesmo sistema jurídico.

Explicitamente se referindo aos Direitos Fundamentais, Alexandre Morais da Rosa²⁸⁶ afirma:

que os juízes devem renunciar à função de boca repetidora da lei, agindo de imediato diante de violações ou de ameaças ao Direitos

²⁸³ MELLO. Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*, p.14. A postura teórica adotada por Osvaldo Ferreira de Melo tem como pressuposto basilar que a norma jurídica, “para ganhar um mínimo de adesão social que a faça voluntariamente obedecida, deve ser matizada sempre pela idéia e sentimento do ético, do legítimo, do justo e do útil. Assim, a aceitação da norma irá depender menos de sua validade formal, que são meras observâncias técnicas, que de sua validade material, a qual [...] é a qualidade da norma em mostrar-se compatível com o socialmente desejado e basicamente necessário à eticidade das relações humanas.”

²⁸⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*, p. 173.

²⁸⁵ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Como qualificar um processo como justo? Quais os critérios materiais orientadores da determinação do caráter “devido” ou “indevido” de um processo? “A proteção alargada através da exigência de um processo equitativo significará também que o controle dos tribunais relativamente ao caráter ‘justo’ ou ‘equitativo’ do processo se estenderá, segundo as condições particulares de cada caso, às dimensões materiais e processuais do processo no seu conjunto. O parâmetro de controlo será, sob o ponto de vista intrínseco, o catálogo dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados e os direitos de natureza análoga constantes de leis ou de convenções internacionais.” p.479-483

²⁸⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo?* p. 81.

Fundamentais. Ao se deparar com leis infraconstitucionais que atentem contra os Direitos Fundamentais deve o magistrado verificar a validade dessa norma que segundo Kelsen²⁸⁷ depende de sua relação com a norma fundamental, devendo aquela possuir um mínimo de eficácia.

Os Direitos Fundamentais²⁸⁸ são protegidos por instrumentos definidos pela própria Constituição, objetivando a liberdade da pessoa humana, no âmbito da sua autonomia e autodecisão²⁸⁹, tendo o Magistrado papel destacado no controle da constitucionalidade das normas jurídicas²⁹⁰.

Nelson Nery Junior acentua que a partir dos estudos e trabalhos jurídicos de interpretação e aplicação da Constituição cada vez mais freqüentes, denota-se uma forte tendência no direito pátrio em se colocar o Direito Constitucional no seu verdadeiro lugar, qual seja, o de base fundamental para o direito brasileiro²⁹¹ e mais especificamente as leis hierarquicamente superiores é que dão validade e fundamento para todo o restante do ordenamento jurídico.²⁹²

Orienta Alexandre Morais da Rosa²⁹³ que “se a Constituição é considerada o fundamento de validade do sistema jurídico e as normas infraconstitucionais devem guardar pertinência formal e material, necessário o estabelecimento de mecanismos de obediência”.

²⁸⁷ COELHO. Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*, p. 39.

²⁸⁸ CRUZ. Paulo Marcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, p.133/134. Para esse Autor “Direito Fundamental significa os direitos e liberdades constitucionalmente protegidos, por meio de instrumentos estabelecidos pela própria Constituição.”

²⁸⁹ CRUZ. Paulo Marcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, p.133.

²⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 129-130. Segundo Kelsen pressupondo-se a norma fundamental, a constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional que não apenas os órgãos e o processo de legislação, mas também, em certo grau, o conteúdo de leis futuras.

²⁹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 25.

²⁹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, p. 45.

²⁹³ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*, p.123.

Diante disto à possibilidade do controle dos atos normativos expedidos pelo Estado, oriundos das atividades Executiva, Legislativa e Judiciário, denomina-se controle de constitucionalidade²⁹⁴.

Esse controle²⁹⁵ poderá ser feito de duas maneiras:

1ª) via de ação (método concentrado) – tendo competência para conhecer e decidir da inconstitucionalidade;

2ª) via de exceção ou defesa (método difuso) – tendo competência qualquer órgão judicante para decidir da inconstitucionalidade.

Alexandre Morais da Rosa²⁹⁶ afirma que:

a esfera judicial passa a ser a mediadora da realização dos valores e princípios constitucionais, a partir da transferência do foco decisório para o Poder Judiciário, acolhendo-se a percepção *substancialista*. Para o processo público de estabelecimento de sentido é relevante a concepção hermenêutica aberta, ou seja, há maior vinculação do mundo da vida com as decisões sobre validade constitucional das normas, atualizando-se no tempo o texto constitucional.

Rigaux orienta no sentido de que “antes mesmo de se pronunciar sobre um litígio particular, sobre um conflito de interesses privados, ou sobre um conflito entre o interesse geral e uma liberdade individual, o juiz deve inicialmente resolver um conflito de leis”²⁹⁷.

A invalidade de uma norma jurídica traduz-se numa inaptidão para produzir efeitos de Direito, porque não foi produzida quer no que diga respeito à sua forma, quer no que se refira ao seu conteúdo, segundo as regras definidas por norma superior.

²⁹⁴ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*, p.123.

²⁹⁵ Não se pretende o aprofundamento do estudo do controle da constitucionalidade no presente trabalho, haja vista não ser o seu objeto principal, mas em função do papel do juiz no controle difuso da constitucionalidade, algumas considerações se fazem necessárias.

²⁹⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*, p.128.

²⁹⁷ RIGAUX. François. *A Lei dos Juízes*, p. XII.

3.3 O JUIZ COMO REFERENCIAL DO GARANTISMO

Diante do tema complexo, que diz respeito à atuação do Magistrado, essa parte da pesquisa será iniciada com o pensamento de Hobbes²⁹⁸ sobre a lei e a sentença da lei:

No caso das leis escritas, é costume estabelecer uma diferença entre a lei e a sentença da lei. Quando por letra se entende tudo o que possa inferir-se das meras palavras, a distinção é correta. Porque a significação de quase todas as palavras quer em si mesmas quer em seu uso metafórico é ambígua, e na argumentação podem adquirir muitos sentidos, mas na lei há apenas um sentido.

Como o Garantismo está atrelado aos ideais de justiça é pertinente a analogia feita por Aguiar²⁹⁹ quando comparou a justiça “a uma bailarina inconstante e volúvel, trocando de par no decorrer da história, e julgando-se eterna e equilibrada, não sabe, mas envelhece, esvazia-se, torna-se objeto de chacotas [...]”.

A partir dessa comparação, cabe ao Magistrado, utilizando-se de sua prerrogativa e das técnicas do Direito, fazer crer aquele que sofreu sanções, ou que não tenha seus direitos defendidos que o judiciário tem evoluído ao longo do tempo e tudo têm feito para melhorar a vida dos oprimidos.

Os primeiros Juízes procuravam tutelar as liberdades aplicando o Direito Natural; já o juiz moderno passou a aplicar a Lei (positiva) do Estado perante a sociedade, que significou, obviamente, ao lado de algumas

²⁹⁸ HOBBS. Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, p.216.

²⁹⁹ AGUIAR. Roberto A. R. de. *O que é Justiça. Uma abordagem dialética*, p. 13.

conquistas, profundos e irremediáveis prejuízos para as liberdades individuais”³⁰⁰. Por sua vez, nos dias atuais, diante do Neoconstitucionalismo presente e em sintonia com as novas demandas da sociedade, deve o Magistrado atentar para a validade material da norma, deixando de ser mero aplicador de leis.

Acerca da necessidade de adaptação do Juiz aos novos tempos e novos direitos, afirma Soares Mendonça:

Dentro do paradigma positivista, o direito reduz a amplitude do conceito de justiça aos estritos limites da legalidade, por meio de um raciocínio lógico-dedutivo. Contudo, referida abordagem deixa sem solução aquelas situações fáticas não-previstas pelo direito positivo. Surge, então um impasse a respeito da lei a ser aplicada, sobretudo no que se relaciona com os critérios de escolha da norma mais justa naquele caso. Exatamente nessa circunstância, há necessidade de que o juiz abdique de uma tradicional função de mero aplicador de normas, adotando uma postura mais criativa no âmbito do processo³⁰¹.

Rigaux³⁰², ao discorrer sobre a expropriação recíproca dos fatos e do direito, assim orienta:

Dentre os maiores problemas de toda a teoria jurídica, a aplicação do direito a uma relação de vida ou a uma situação de fato é o mais suscetível de levar a um conhecimento do que é o direito. Semelhante aplicação da norma pode ser tida como uma imersão do direito no fato ou por uma transmutação deste naquele. O direito opera: após sua passagem, os fatos já não são o que eram anteriormente.

Ao atribuir ao Magistrado a responsabilidade de tomar decisões justas se faz necessário refletir sobre o que é justiça. Acerca do tema Perelman ensina que é possível distinguir três elementos na justiça: o valor que a

³⁰⁰ GOMES. Luiz Flavio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*, p.55.

³⁰¹ MENDONÇA. Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas decisões judiciais*, p. 75.

³⁰² RIGAUX. François. *A Lei dos Juizes*, p. 45. “Sem dúvida a vida resiste com freqüência, e às vezes de maneira violenta – a atividade criminosa não é o único exemplo disso -, a ser capturada na massa do direito, mas, se a efetividade de uma ordem jurídica tem um sentido, é mesmo que os seres humanos se conduzam da maneira que ela manda, encoraja ou permite”.

fundamenta, a regra que a enuncia, o ato que a realiza³⁰³, porém, assevera ele que é ilusório querer enumerar todos os sentidos possíveis da noção de justiça. Indica alguns princípios³⁰⁴ que constituem as concepções mais correntes, por exemplo:

1. A cada qual a mesma coisa.
2. A cada qual segundo seus méritos.
3. A cada qual segundo suas obras.
4. A cada qual segundo suas necessidades.
5. A cada qual segundo sua posição.
6. A cada um segundo o que a lei lhe atribui.

A partir dessas concepções a escolha de qualquer um desses princípios fará que situações que pareceriam essencialmente semelhantes a um parecerão diferentes a outros³⁰⁵.

Perelman orienta que o juiz não está a serviço do poder que o nomeou e sim está a serviço da justiça. Em função disto ele não pode contentar-se em aplicar a lei de acordo com a vontade do legislador, mormente quando esta for obscura ou incompleta, devendo servir-se das leis para motivar suas decisões, e estas deverão, acima de tudo, ser eqüitativas.³⁰⁶

Reconhece-se que o Magistrado é tentado a adotar uma posição “formal-positivista” em face difícil tarefa de julgar, mormente quando além das ferramentas de análise e interpretação serem incertas³⁰⁷, concorrem casos

³⁰³ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 63.

³⁰⁴ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 8-9.

³⁰⁵ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 250.

³⁰⁶ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 73.

³⁰⁷ RIGAUX. François. *A Lei dos Juizes*, p. XII. Segundo Rigaux “Certos erros comuns da teoria jurídica são fáceis de descobrir, desde que haja esforço para percebê-los — a distinção entre o fato e o direito ou a idéia de que apenas os textos ambíguos dariam azo à interpretação, por exemplo. Mas descobre-se também, pelo caminho, que as ferramentas da análise não são

envolvendo os costumes, os usos, os atos jurídicos privados, os comportamentos individuais, inclusive aqueles que não se revestem de uma forma oral (gestos, silêncios, ações e omissões) oferecem-se como dificuldade à interpretação à atuação judiciária. Somem-se a isso as situações envolvendo ato jurídico perfeito, direito adquirido, responsabilidade civil, liberdade contratual e propriedade.

Na esteira dessa reflexão é pertinente o entendimento de Hart³⁰⁸, no sentido de que:

os juízes não estão confinados, ao interpretarem, quer as leis, quer os precedentes, às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução “mecânica” de regras com um sentido pré determinado. A sua escolha é guiada muito freqüentemente pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes”.

O Magistrado Garantista se responsabiliza moralmente ante as partes e à opinião pública em geral, independentemente de se saber que os afetados pela decisão terem a possibilidade de recurso a instâncias judiciais superiores.

Cabe ressaltar que os cidadãos obedecem à lei através do juiz e não obedecem outra vontade, nem a própria vontade do juiz. Na visão garantista norma jurídica exige a interpretação e ajuste ao caso concreto, devendo o Juiz interpretar a lei, mas não podendo ignorá-la ou opor-se a ela.

Como sujeito imparcial do processo, investido de autoridade para dirimir conflitos de interesses, o juiz se coloca acima e entre as partes. Sua superior virtude, exigida legalmente e cercada de cuidados constitucionais destinados a resguardá-la, é a imparcialidade. A qualidade de terceiro estranho ao conflito em causa é essencial à condição de juiz. Uma vez provocado o juiz

menos incertas, até enganadoras. É o caso do conflito de leis, assim como do princípio de hierarquia ou do método de ponderação dos interesses — eixos que pareceram úteis à montagem das peças, mas que, ao fim do dia, percebe-se que são quase tão mistificadores quanto a doutrina do ato claro ou a distinção entre o fato e o direito”

³⁰⁸ HART. Herbert L. A. *O Conceito de Direito*, p. 220.

não pode eximir-se de atuar no processo jurisdicional, desde que tenha sido adequadamente provocado.

A independência do juiz é pressuposto da sua imparcialidade, entendendo-se ser a independência judicial gênero, tendo como espécies a independência do juiz e a autonomia da magistratura, subentendida essa independência como valor e como garantia.

Existe por parte da doutrina preocupação quanto às súmulas vinculantes no sentido de que possam vir a restringir a independência interna do Magistrado. No que diz respeito aos Direitos Fundamentais à súmula deverá ser dispensado o mesmo tratamento cauteloso quando da aplicação ao caso concreto. Por sua vez, não pode ser confundido independência com a adoção de critérios pessoais para motivar a decisão judicial. Os critérios continuam sendo aqueles previstos no ordenamento jurídico.

A atividade jurisdicional deve observar os princípios da motivação³⁰⁹ ou fundamentação e o da publicidade, conforme determina a Constituição Federal do Brasil³¹⁰, no seu artigo 93, inciso IX, a decisão do magistrado será válida se cumpridos esses requisitos.

A fundamentação das decisões permite o controle das decisões e o controle sobre o próprio juiz, sem olvidar que o Judiciário é fiscalizado pelos interessados que participam do processo, pelos membros do Ministério Público, pelos Advogados, pelos órgãos disciplinares, pelos órgãos recursais de grau superior, pela imprensa e pelo povo³¹¹.

Vem ao encontro do que preconiza a Teoria Garantista a afirmação de Gusmão³¹², no sentido de que:

³⁰⁹ Acerca da motivação e fundamentação recomenda-se a leitura da obra *Interpretación Constitucional* de Rodolfo Luis Vigo, p. 174-181.

³¹⁰ BRASIL. *Constituição (1988)*.

³¹¹ Gomes. Luiz Flavio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*, p.45.

³¹² GUSMÃO. Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*, p. 103. No campo do direito público deve evitado o arbítrio e o abuso de poder e imposto aos governantes o dever de respeitar a dignidade humana.

o direito, para ser fiel à justiça, deve ser humanizado. E, em sua estrutura bilateral-tributiva, só será humanizado se, no campo do direito privado, impuser o bem comum e o interesse social acima dos individuais, se vedar o abuso dos direitos, se impuser o equilíbrio das prestações, revendo, sempre que necessário, os contratos leoninos, de modo a evitar a exploração dos fracos economicamente pelos fortes, e se, no campo da responsabilidade civil, mantendo, como regra, a responsabilidade fundada na culpa provada, admiti-la pelos riscos criados pela tecnologia, sem, contudo prejudicar a iniciativa privada, indispensável ao desenvolvimento social e econômico.

Na concepção neoconstitucionalista todos devem estar submetidos ao ordenamento jurídico, principalmente o Estado, porém é o Magistrado que com independência deve na prática garantir o exercício dos os direitos sociais constantes na constituição, protegendo os Direitos Fundamentais e fazendo com que estes se sobreponham à cultura egoísta do poder econômico.

O Juiz não pode perder de vista os tratados e convenções internacionais, principalmente aquelas de conteúdo humanista, lutando para transformar e modernizar a atividade jurisdicional, visando alcançar um novo modelo de Justiça mais ágil, eficaz, e com irrestrito respeito aos Direitos Fundamentais ³¹³.

Sabe-se que não existe sistema judicial perfeito, mas diante dessa imperfeição não se admite a passividade do Magistrado e muito menos dos demais operadores do Direito e nesse sentido Perelman afirma que se houver caridade a justiça mesmo imperfeita será justiça ³¹⁴

O Magistrado Garantista aquele que permanece atento, é observador e crítico, evitando a internalização de alguns sinais de falso poder que pode levá-lo a se comportar de forma neutra e avaliativa. Sabe esse tipo de Juiz que as Leis ao serem criadas sofrem influências do poder econômico nacional e

³¹³ GOMES. Luiz Flavio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*, p.104/106.

³¹⁴ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 66-67.

internacional, e então é ele que com ética age como instrumento da efetiva Justiça,

Parafraseando Alf Ross, pode-se afirmar que o papel do Magistrado Garantista como político jurídico é desempenhar-se na medida do possível como um técnico racional. Neste papel ele não é conservador ou progressista, se limita a por seu conhecimento e habilidade à disposição de outros, principalmente dos que necessitam da tutela jurisdicional³¹⁵.

No exercício da atividade judicial os órgãos judicantes criam Jurisprudência. Para muitos observadores a criação jurisprudencial do direito é tida como “inaceitável porque é antidemocrática”³¹⁶. O fato de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos pelo sufrágio universal é motivo de crítica, alegando-se que sua atribuição legisladora é considerada uma atividade não democrática, porém em um sistema Garantista o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não acrescentam nada à legitimidade da jurisdição, posto que nem a vontade ou o interesse geral pode fazer certo o que é falso ou vice-versa³¹⁷.

Segundo Garapon³¹⁸ o Juiz deve apelar para fontes externas antes de proferir suas sentença. A lei não se confunde mais com o direito: ela ainda guarda, certamente, uma importância essencial, mas não pode mais pretender fundamentar, sozinha, todo o sistema jurídico, não devendo haver desatenção para os riscos à democracia.³¹⁹ O Juiz pode intervir na vida política de duas maneiras: diretamente, com uma decisão, e indiretamente, por intermédio de sua corporação³²⁰.

³¹⁵ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, p.364.

³¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* p. 92/93

³¹⁷ GOMES, Luiz Flavio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*, p. 119/121.

³¹⁸ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 40.

³¹⁹ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 55. “Governo de juizes, ativismo jurídico, protagonismo judiciário, tentação de uma justiça redentora... Palavras não faltam pra designar os novos perigos que a justiça pode fazer a democracia correr. Como progredir nesse debate passional, por vezes despropositado, entre justiça e democracia?”.

³²⁰ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 56. “O juiz não existe, na realidade, fora de uma instituição.”

Acerca da crítica à criação jurisprudencial, Cappelletti afirma que:

embora a profissão ou carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida. Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais”³²¹.

O que se torna objeto de discussão é o grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários.³²² Outra reflexão diz respeito ao limite de atuação do Magistrado em face da possibilidade de fundamentação principiológica de suas sentenças. Seria uma heresia confundir-se Neoconstitucionalismo com Alternativismo Jurídico. Nessa linha de raciocínio são pertinentes as considerações de Flavio Gomes, no seguinte sentido:

Com relação ao modelo de atuação judicial observa-se que ao órgão julgador, no exercício da função jurisdicional, é possibilitado decidir de acordo com a lei, de acordo com o que acha justo, conforme as *súmulas vinculantes* ou consoante ordenamento jurídico globalmente considerado. Dependendo do referencial que utiliza poderá representar o modelo “positivista-legalista”, totalmente adstrito às regras; ou “alternativista extremado” quando julga somente de acordo com seus critérios pessoais, elevando o valor “justiça” em um patamar superior, acima inclusive da lei. Por sua vez aquele que aceita as súmulas vinculantes e enunciados normativos, espelha o modelo opressivo hierárquico e por último, o que tem por base o “direito”, entendido como conjunto de regras e princípios personifica o modelo constitucionalista de atuação judicial, ressaltando-se que de nada valem os textos constitucionais e internacionais, com toda carga liberal e

³²¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* p. 105

³²² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p.21.

humanitária que ostentam, se não se não forem incorporados na prática judicial³²³.

Segundo Cappelletti³²⁴ quando se questiona se o juiz interpreta ou cria o direito está implícito o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade.

No rol de Direitos Fundamentais encontram-se os Direitos Sociais. Sobre o tema Cappelletti³²⁵ afirma que:

Direitos sociais são caracterizados pelo fato de que não têm natureza, por assim dizer, puramente normativa; eles são “promocionais” e projetados no futuro, exigindo para sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado. Na proteção de tais direitos o papel do juiz não pode, absolutamente, limitar-se a decidir de maneira estática o que é agora legítimo ou ilegítimo, justo ou injusto; ao contrário, constitui freqüente responsabilidade do juiz decidir se determinada atividade estatal, mesmo largamente discricional – ou a inércia, ou em geral dado comportamento dos órgãos públicos -, está *alinhada* com os programas prescritos, freqüentemente de maneira um tanto vaga, pela legislação social e pelos direitos sociais.

No entendimento de Cappelletti³²⁶ o órgão jurisdicional é desafiado ao basear-se no texto constitucional pelo dilema de dar conteúdo a enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores, ou considerar com não vinculante justamente o núcleo central das constituições modernas, relativa à salvaguarda dos Direitos Fundamentais do homem em face dos demais poderes públicos.

³²³ Gomes. Luiz Flavio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*, p.128/129.

³²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p.20.

³²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*, p.22.

³²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p.68. “[...] o tribunal investido na árdua tarefa de atuar a constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos valores (tarefa, claro esta, altamente criativa), ou considerar com não vinculante justamente o núcleo central das constituições modernas, vale dizer, a parte dos textos constitucionais relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do poder público.”

O que pode inibir o Juiz legalista-positivista a sair de sua neutralidade é o receio da responsabilização pela decisão tomada. Ao questionar a responsabilidade dos juízes, Cappelletti³²⁷ assevera que:

a peculiaridade do problema humano da responsabilidade (no sentido de *accountability*, ou seja, do dever de prestar contas), tenha se tornado particularmente agudo, e sentido como tal bem além do número limitado dos “especialistas”. A peculiaridade da responsabilidade humana, em nosso mundo contemporâneo, outra coisa não é, portanto, em substância, senão uma questão de *acentuada* agudeza e *alargada* sensibilidade ao problema mesmo, acentuação e alargamento derivados, exatamente, da expansão da função jurisdicional.

Acerca da limitação da responsabilidade do Estado em face dos atos praticados por seus agentes, é orientação de Cappelletti³²⁸ que:

O princípio de que o Estado, enquanto fonte de direito, não pode cometer atos ilegítimos, teve por séculos papel decisivo em muitos países, entre os quais a Inglaterra, a França, a Alemanha e a Itália, levando a excluir, ou pelo menos limitar seriamente, a responsabilidade do Estado e dos seus representantes e agentes por atos danosos no confronto com os cidadãos, prevalecendo o entendimento de que o Estado e seus órgãos devem responder perante as pessoas prejudicadas pelo ato “injusto” cometido em nome do Estado.

Esclarece também o autor que o princípio que determina que o Estado é infalível, não podendo cometer injustiças, e o princípio da coisa julgada são dois obstáculos historicamente reais, mas hoje inaceitáveis, à admissão da responsabilidade judicial em razão do fato de que o primeiro é incompatível com a concepção liberal-democrática do Estado, enquanto o segundo encontra as suas raízes na errônea absolutização do princípio da coisa julgada³²⁹.

³²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*, p.23.

³²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*, p.25-26.

³²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*, p.24-25.

Ainda relacionado à responsabilidade do juiz, deve merecer análise a tensão entre responsabilidade e independência dos juízes, exigindo-se equilíbrio entre o valor democrático do dever de prestar contas e o valor de garantia da independência, relacionados com os aspectos da imunidade e da imparcialidade do órgão julgador³³⁰.

Acerca da escolha da melhor norma jurídica a ser aplicada, conforme Rigaux³³¹ o juiz é atado por duas séries de princípios fundamentais.

Há de um lado, os princípios que governam, com maior ou menor vigor conforme os países, a neutralidade do juiz civil, e o respeito aos direitos de defesa diante das jurisdições penais. Em matéria civil, o princípio dispositivo (*Verhandlungsmaxime*) proíbe ao juiz pronunciar-se sobre demandas ou defesas que não lhe foram submetidas pelas partes, salvo dever de invocar de ofício a ordem pública: o fato se impõe ao juiz (*Da mihi factum*) inclui o objeto e a causa das demandas e das defesas, o que comanda em ampla parte a escolha da norma (*tibi dabo ius*). Em matéria penal, o juiz é encarregado do 'fato' sob todas as suas qualificações, mas não poderá aplicar uma norma se um dos elementos materiais ou intencionais da infração não é verificado.

O Magistrado deve desvencilhar-se de suas convicções morais, em prol da imparcialidade, porém, os juízes penais, em particular, não estão livres de orientarem-se em suas decisões segundo as suas pessoais convicções morais, mas devem, ao contrário, sujeitar-se às leis independentemente de tais convicções. O formalismo ético nas posturas práticas dos juízes diante das leis segue o modelo cognitivo e garantista da jurisdição e da separação do direito da moral. Devem ser julgados apenas os fatos e não os seus autores³³².

Braghittoni³³³ adverte que não pode o juiz, a pretexto de efetividade na aplicação do direito, banir as garantias constitucionais do processo ou a sua diminuição. A busca da verdade seria um mito por conta de outro mito: a

³³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*, p.30-33.

³³¹ RIGAUX. François. *A Lei dos Juízes*, p.48-49.

³³² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. p 741/755.

³³³ BRAGHITTONI, R. Ives. O Princípio do Contraditório no Processo. *Doutrina e Prática*, 135-136.

neutralidade do juiz. Essa neutralidade não deve ser entendida como passividade e sim como imparcialidade.

Voltando-se para a realidade do poder judiciário e sua ineficácia instrumental, mormente na defesa dos direitos coletivos, Wolkmer³³⁴ orienta que:

impõe-se, mais do nunca, desenvolver procedimentos efetivos de acesso e controle da população à administração da Justiça, incrementando a luta não só para os órgãos clássicos da jurisdição (juízes, tribunais etc.) reconheçam e saibam aplicar formas alternativas de Direito, como igualmente, que haja uma aceitação cada vez maior, por parte dos canais institucionalizados do Estado, das práticas de negociação e de resolução dos conflitos, mediante mecanismos não-oficiais, paralegais, informais etc.

Por derradeiro, o Magistrado Garantista não pode ser um mero e desinteressado espectador que decide consoante critérios universalmente válidos. Deve ser antes um Juiz imparcial, que não tem vínculos com nenhuma das partes adversárias que se apresentam perante ele, mas deve aplicar normas jurídicas obrigatórias para todos no âmbito de sua jurisdição.

³³⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, p.87-93.

3.4 O DISCURSO E A PRÁTICA JURÍDICA

Em se tratando de Direitos Fundamentais e Garantismo se faz necessário menos discurso e mais ação. A realidade do Neoconstitucionalismo exige comprometimento dos Magistrados no sentido que sejam superados os paradigmas da formalidade extremada.

Conforme Warat³³⁵ “em face do discurso da lei, os juristas desenvolvem práticas interpretativas que forçam o silêncio sobre as suas condições políticas, facilitando respostas gravemente patológicas (esquizofrenia e outros sintomas) e escandalosos desejos instituídos de alienar, excluir e omitir.”

O raciocínio prático é o que justifica uma decisão, quando essa decisão depende de quem a toma, “sem que ela decorra de premissas consoantes a regras de inferência incontestes, independentemente da intervenção de qualquer vontade humana”³³⁶.

Surge o questionamento acerca do papel criativo do Magistrado onde o Direito é codificado. Acerca desse tema Soares Mendonça orienta que “o ato de julgar não deve estar limitado a uma mera aplicação cega da letra da lei, mas consistir na busca incessante de soluções justas e socialmente aceitáveis. Esse pensamento propõe uma ampliação do papel criador do juiz dentro do processo, mesmo naqueles países que adotam o modelo de direito codificado”³³⁷.

Na prática o importante é alcançar a norma que responda tão bem quanto possível às necessidades gerais, garantindo o bem estar social

³³⁵ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 20.

³³⁶ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 278. Diz, ainda, o autor: Assimilar o raciocínio judiciário a um silogismo, cuja conclusão seria verdadeira, porque pode ser demonstrada formalmente a partir de premissas verdadeiras, é mascarar a própria natureza do raciocínio prático, é transformá-lo num raciocínio impessoal, do qual se terá eliminado o fator de decisão, que é, contudo, essencial.” (p. 481)

³³⁷ MENDONÇA. Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas decisões judiciais*, p. 97.

pelo justo, pelo verdadeiro e pelo útil, sem distanciar-se da necessária segurança jurídica e sem por em risco o Estado de Direito.

Diante desse anseio Perelman³³⁸ apresenta-se pessimista, no sentido de que:

o caráter arbitrário dos valores que fundamentam um sistema normativo, a pluralidade e a oposição deles, fazem que um sistema de justiça necessário e perfeito seja irrealizável. Sustentar a existência de um sistema de justiça perfeito é afirmar que o valor no qual é baseado se impõe de modo irresistível, é afirmar, em definitivo, a existência de um único valor que domina, ou engloba, todos os outros”.

Por sua vez, Osvaldo Ferreira de Mello³³⁹ afirma que “desde que o jurista assuma responsabilidades na construção de um Direito melhor e mais adequado a responder às necessidades sociais, ele desempenha papéis de Política Jurídica, que podem ir de um simples aconselhamento até a responsabilidade por um projeto de reforma constitucional ou por uma sentença inovadora”.

Para Warat³⁴⁰ “saberes comuns do Direito provocam uma dependência generalizada e manipulatória. Ela é principalmente baseada no caráter culpabilizante da ideologia. Vozes morais da lei jurídica que reprimem e padronizam os desejos condicionando-os à margem das ameaças da coerção organizada e seus efeitos psicológicos”.

A prática da magistratura garantista se faz necessária em face dos Novos Direitos Fundamentais que deverão nascer no momento certo, lembrando-se que a tecnologia e o conhecimento técnico deverão estar sempre a serviço da humanidade e são os direitos humanos uma forma de integrar justiça e

³³⁸ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 63.

³³⁹ MELLO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais de política do direito*, p.28.

³⁴⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação*, p. 25.

força desde a perspectiva do próprio indivíduo da cultura antropocêntrica do mundo moderno³⁴¹.

Perelman orienta no sentido de que “os motivos bem-redigidos devem fazer-nos conhecer com fidelidade todas as operações da mente que conduziram o juiz ao dispositivo adotado por ele. Eles são a melhor, a mais alta das garantias, uma vez que protegem o juiz tanto contra todo raciocínio que pudesse oferecer-se à sua mente quanto contra toda a pressão que quisesse agir sobre ele”³⁴².

Assevera, ainda, Perelman³⁴³ que o Magistrado deve conhecer as normas de Direito, pois:

o conhecimento da regra de direito é uma condição *sine qua non* da administração de uma justiça imparcial: consiste esta na observação da justiça formal, que exige tratamento igual de situação essencialmente semelhantes, o que explica a importância dos precedentes. O juiz é considerado, em nossos dias, como detentor de um poder, e não como ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’, pois, mesmo sendo obrigado a seguir as prescrições da lei, possui uma margem de apreciação: opera escolhas, ditadas não somente pelas regras de direito aplicáveis, mas também pela busca da solução mais adequada à situação.

Os diversos ramos do Direito exigem do Magistrado na defesa dos Direitos Fundamentais, flexibilidade em termos de conhecimento e atuação jurídica. Nesse sentido orienta Soares Mendonça³⁴⁴:

Em questões relativas a Direito Ambiental e Direitos do Consumidor, por exemplo, não basta ao juiz o conhecimento de princípios de hermenêutica e de elementos de técnica jurídica em geral. Torna-se indispensável, atualmente, uma formação interdisciplinar e, sobretudo, sensibilidade social, no momento da

³⁴¹ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*. "Los derechos humanos son una forma de integrar justicia y fuerza desde la perspectiva del individuo propio de la cultura antropocéntrica del mundo moderno". p.105

³⁴² PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 560.

³⁴³ PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*, p. 561.

³⁴⁴ MENDONÇA. Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas decisões judiciais*, p. 19.

aplicação do direito. E sendo cada vez mais especializada a matéria jurídica, é fundamental que os juízes tenham um satisfatório conhecimento dos motivos que influenciaram na criação de determinada norma jurídica, a fim de que possam melhor aplicá-la.

O Magistrado Garantista deve refletir acerca da seguinte lição de Ihering³⁴⁵:

a consciência do direito e a convicção jurídica são abstrações da ciência que o povo não consegue compreender e a força do direito reside no sentimento, exatamente como a do amor; a razão e a inteligência não podem substituir o sentimento quando este falta. A intensidade com que esse sentimento reage contra a lesão que lhe é causada é a materialização de seu vigor, sendo os ganhos sociais emancipatórios obtidos por via do embate político, cabendo ao direito institucionalizar formalmente o que foi conquistado, em termos de poder, pela sociedade.

Ainda persistem alguns Juízes atuando conforme o modelo formalista-positivista, mas a cultura garantista e o Neoconstitucionalismo vêm obtendo adesão dos Tribunais. Em recente julgamento do *Habeas Corpus*³⁴⁶ nº2005.016078-9, da Comarca de Anita Garibaldi, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, modificou a decisão do Juiz de primeiro grau proferido em 31/05/05, em cuja decisão o Magistrado determinou que o paciente efetuasse a entrega do bem objeto da medida de busca e apreensão nº 003.05.000523-8, em 24 (vinte e quatro) horas ou pagamento da importância de R\$20.000,00 (vinte mil reais) sob pena de prisão. (Grifo do pesquisador). A partir da ementa do acórdão, observa-se que houve por parte do Tribunal atenção ao Direito Fundamental de liberdade, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS - DIREITO À LIBERDADE PREVISTO NO CAPUT DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - PRISÃO CIVIL - HIPÓTESES TAXATIVAS. A liberdade se constitui em pilar fundamental do Estado Democrático de Direito podendo ser tolhida somente na esfera da legalidade estrita. No ordenamento jurídico, a regra

³⁴⁵ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*, p 38.

³⁴⁶ TJSC – HC nº2005.016078-9 - Relator: Des. Volnei Carlin. Julgado em 30/06/2005.

geral é que não haverá prisão civil, tendo restringido o legislador originário a duas hipóteses bem demarcadas, quais sejam: obrigação alimentar não quitada imotivadamente e depósito (art. 5º, LXVII, da CRFB). O depósito é disciplinado no Código Civil, podendo se materializar de forma voluntária ou obrigatória/necessária. No caso em tela, não se vislumbra a ocorrência de nenhuma das modalidades. Primeiro porque o paciente não recebeu a coisa com o fito guardá-la para outra pessoa e sim com ânimo de proprietário e segundo porque a posse não derivou de ato determinado judicialmente, nem de qualquer das hipóteses previstas no inciso II do art. 647 do CC, e sim de hasta pública.

Por outro lado, observa-se na prática que o exercício da magistratura garantista é perfeitamente aplicável. Prova disso são as reiteradas decisões de cunho garantista prolatadas pelo Dr. Alexandre Moraes da Rosa, na Comarca de Joinville – SC. Cite-se, por exemplo, a liminar concedida na Ação Civil Pública³⁴⁷ nº038.03.008229-0, onde o Ministério Público em face do Município de Joinville com o objetivo de fazer com que o Executivo Municipal suprisse o déficit de cerca de 5 mil vagas na Educação Infantil no Município.

[...] Deve-se ressaltar que a Constituição Federal de 1988, dita "cidadã", decorrido pouco mais de dois lustros já foi mutilada por mais de três dezenas de vezes. A sua feição original restou profundamente abalada, com a modificação significativa da estrutura do Estado brasileiro. A par dos aspectos positivos, os negativos se avultam, posto que desconsideram a estrutura do Estado Social, em prol do modelo Neoliberal, segundo o qual o Estado cada vez mais diminuiu, apesar de não ter ocorrido o prometido Welfare State.

De sorte que a possibilidade de realização do modelo garantista está apoiada numa cultura garantística, fundada no respeito aos Direitos Fundamentais, tendo como palco de batalhas a jurisdição, mormente Constitucional. A jurisdição passa a ser um lugar do contra-poder do modelo paleopositivista, buscando-se

³⁴⁷ *Boletim CEDES – março de 2006*-Disponível em <http://cedes.iuperj.br/PDF/06marco/liminar.pdf>
- Acesso em 14/12/2006.

implementar a racionalidade garantista, a qual nada mais é do que cumprir a constituição e suas prioridades, no caso, Educação Infantil. Os garantidores desse sistema não podem, portanto, em face de violações ou de ameaças de lesão aos Direitos Fundamentais constitucionalmente reconhecidos, manter a indiferença ou admitir passivamente que legislações infraconstitucionais avancem sobre esses bens, sem qualquer levante/resistência constitucional. Nesse sentido, compete especificamente ao magistrado, no modelo garantista, renunciar à função de boca repetidora da lei ou mesmo de corretiva desta. O magistrado, no modelo positivista tradicional, possui relação formal com a Constituição, demitindo-se - até inconscientemente, às vezes - do dever ético-político de absoluta intimidade com o texto constitucional. Esse magistrado é um burocrata informado pelo arsenal técnico disponibilizado pela dogmática jurídica, valorizador da forma, em desfavor da substância. Acredita, ainda, que a forma é a garantia da eficácia do direito, sem qualquer valoração, cumprindo as normas simplesmente porque existem e têm vigência (aspecto meramente formal). Continua interpretando a Constituição à luz do Código Civil. Renuncia ao irrenunciável: o seu poder-dever de controlar difusamente a constitucionalidade material do ordenamento infraconstitucional, tranqüilizando-se com a mera concordância formal com a Lei Maior.

No paradigma garantista, no entanto, o magistrado, como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida oxigenação constitucional.

[...] De sorte que está evidenciada com fortes tintas a fumaça do bom direito, consistente na obrigação do réu em cumprir as disposições legais antes indicadas no sentido de proporcionar o Ensino Fundamental às crianças de Joinville, bem como o perigo da demora avivado pela existência de pelo menos 2.948 crianças (número reconhecido pelo réu) desprovidas de Direito (Fundamental) à Educação. Dito de outra forma, a atuação do réu, diante das normas vigentes, viola o disposto na Constituição Federal (arts. 6º, 205; 208, IV, §2º e 227); o Estatuto da Criança e Adolescente (arts. 4º; 53; e 54, I, §2º) e a Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (Lei 9.394/96, arts. 4º, I e 11, V). (Grifos do pesquisador)

A existência moral e a defesa dos seus direitos dão ao homem um sentido maior que ultrapassa a simples luta pela sobrevivência, no sentido de que a vida não se resume na mera sobrevivência ou no atendimento ao instinto de conservação. A paz é o fim que o direito tem em vista e a luta é o meio de se serve para conseguir o direito ³⁴⁸.

³⁴⁸ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*, p 4.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente a busca de um conceito abrangente para o termo Direito Fundamental foi tarefa um tanto complexa para o pesquisador, principalmente em função da polissemia do referido termo. Cuidou o pesquisador no sentido de acautelar-se diante dos autores que restringem a amplitude desses direitos, bem como diante daqueles que ampliam demasiadamente o rol de Direitos Fundamentais.

Os autores constitucionalistas orientam que os Direitos Fundamentais fazem parte de um rol exemplificativo de Direitos Fundamentais, haja vista que mudanças na constituição e a ratificação de tratados internacionais que poderão conferir fundamentalidade formal a determinados direitos conquistados pela sociedade.

Há risco de que direitos sociais utópicos sejam inseridos na lei maior, o que pode fazer com os direitos de liberdade fiquem prejudicados em face dos direitos de prestação que não poderão ser cumpridos.

É indispensável que os operadores do direito, em especial os juízes, considerem a importância da efetivação dos Direitos Fundamentais ajustando-o às novas vertentes políticas, culturais e axiológicas que orientam as regras de aplicação do direito. Não é demais ressaltar: o formalismo-positivista do magistrado o afasta da sua missão maior – a pacificação com justiça.

Ao contrário do que propugnam os aficionados ao rigor formal do direito positivo, vislumbra-se nas constituições que o legislador, numa concepção nitidamente teleológica e instrumental, se preocupou em adotar princípios e garantias de proteção aos direitos humanos. A essência dessas disposições pode ser sintetizada na idéia de que deve prevalecer a validade material em face da validade formal da norma, permitindo-se a sintonia da aplicação do direito com a realidade fática.

A correta interpretação das regras e princípios constitui um desafio que mantém em crescente atividade a preocupação e o poder criativo dos juristas e dos operadores do direito. Afastar as normas jurídicas de seu sentido ético, para reduzi-las a meras regras técnicas, em nada contribuirá na superação dos obstáculos que se apresentam.

Evidencia-se, pois, a necessidade de uma mudança na mentalidade dos operadores do sistema jurídico.

O excessivo e injustificado apego ao formalismo transforma-se em causa freqüente do perecimento do direito subjetivo assegurado pela norma de direito material. Isso implica descrédito em relação ao Poder Judiciário.

A idéia da relevância das disposições constitucionais acerca dos Direitos Fundamentais predomina na Sociedade em que ele serão aplicados, ganhando relevo a dedução de que o formalismo tem, direta ou indiretamente, sua essência ligada ao resguardo de um ou de alguns dos Direitos Fundamentais preconizados no rol das garantias inscritas na Constituição.

A visão moderna do direito constitucional implica a finalidade do formalismo direcionado à realização do direito e à concretização da justiça com efetividade.

Por sua vez, o garantismo constitui a regulação constitucional dos excessos e arbitrariedades. É a partir dele que se pode encontrar a linha de referência para o balizamento entre o justo e o injusto. A missão do garantismo é coibir o arbítrio – do Estado em relação às partes, ou de uma delas em relação à outra, e viabilizar a realização do direito material e da justiça. Cabe, portanto, ao Poder Judiciário temperar o princípio da legalidade com os princípios de justiça.

Sugere-se do poder judiciário a adoção de uma postura de jurisdição efetivamente social, sem que isso, contudo, represente violação aos direitos individuais garantidos constitucionalmente.

A essência da atividade jurisdicional reside no poder de julgar. O juiz, personificação do Poder Judiciário, tem no processo o instrumento fundamental para o exercício da jurisdição. Assim, os julgamentos, como meta suprema da atuação do órgão jurisdicional, têm a eficiência de seu resultado subordinada à plena efetivação dos poderes do juiz na condução do processo.

É por meio da sentença que se viabiliza a realização do direito e da justiça e, como corolário, a pacificação, devendo ser encarado como o elemento que garante e exterioriza o sentimento de justiça do juiz.

Essas considerações permitem afirmar terem sido também confirmadas as hipóteses, mais precisamente partindo-se de uma visão primordialmente teleológica, voltada mais aos objetivos que o Estado Democrático de Direito pretende alcançar através da jurisdição foram delineadas as considerações atinentes ao discurso e às prática jurídicas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGUIAR. Roberto A. R. de Aguiar. *O que é Justiça*. 2. ed. Uma abordagem dialética. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1987.

ALEXY, Robert. *Los Derechos Fundamentales en El Estado Constitucional Democrático*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2001.

ARIZA, Santiago Sastre. *La Ciencia Jurídica Ante el Neoconstitucionalismo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ATIENZA. Manuel. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGHITTONI, R. Ives. *O Princípio do Contraditório no Processo: Doutrina e Prática*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado, Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CARBONEL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

CENTRO DE ESTUDOS DIREITO E SOCIEDADE – *Boletim CEDES março de 2006* -

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, mar, 2006.

COELHO. Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COLZANI, Valdir Francisco. *Guia para redação do trabalho científico*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

COMANDUCCI. Paolo. *Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

COULANGES. Fustel de. *A Cidade Antiga*. Estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2001.

COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda (Coordenador). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro:Renovar, 2001

CRANSTON, Maurice. *Direitos Humanos?* Tradução de Reinaldo Castro. São Paulo: DIFEL, 1979.

CRUZ. Paulo Marcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Curitiba:Juruá Editora, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIREITO, Carlos Alberto Meneses. *O Estado Moderno e a Proteção dos direitos do Homem*. Rio de Janeiro,1968.

ESPÍNDOLA. Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI. Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. Martins Fontes. São Paulo, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Título original: *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro Del Estado de Derecho*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005

FIGUEIREDO, Marco Túlio Caldeira. *Hermenêutica Contratual no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FLÓRES-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOMES, Luis Flávio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GUASTINI, Riccardo. *La “Constitucionalización” Del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Política do Direito*. Uma introdução política ao direito. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GSCHWENDTNER, Loacir. *A Constitucionalização do Direito Privado Contemporâneo*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

GUSMÃO. Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HABERMAS. Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART. Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HOBBS. Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2004

HUTTER, Rudolf. *Os princípios processuais no juizado especial cível*. São Paulo: Iglu, 2004.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993.

KANT. Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância: segundo tratado sobre o governo: ensaio acerca do entendimento humano*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Temas atuais da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UFSC, 1998.

MENDONÇA. Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas decisões judiciais*. 2ed. São Paulo: Renovar, 2000.

MONTENEGRO. César. *Dicionário de Prática Processual Civil*. Volume 2. 14 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA JUNIOR. José Alcebiades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2000.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *O novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

PASOLD, César Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 8. ed. Ver. Florianópolis: OAB/SC Editora – co-edição OAB Editora, 2003.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PAUPÉRIO, A. Machado. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PERELMAN. Chaïn. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Marins Fontes, 2000.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos y Constitucionalismo Ante el Tercer Milenio*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, 1996.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 8 ed. Madrid: Editorial Tecnos. 2004.

POZZOLO, Susanna. *Un Constitucionalismo Ambíguo*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Bushatsky Ed. da USP, 1973.

RIGAUX. François. *A Lei dos Juízes*. Tradução de Edmir Risso. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial – El debate Hart-Dworkin*. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?* (Teoria geral do direito). Florianópolis: Habitus Editora. 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e o Controle de Constitucionalidade*. Florianópolis: Habitus Editora. 2002.

ROSS. Alf. *Direito e Justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Editoria Universitária de Buenos Aires, 1974.

SANCHIS. Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. In CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica : dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. Revista de Direito Social, Porto Alegre, v.4, n.14 , p. 9-49, abr./jun. 2004.

SARLET. Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SERRANO, José Luis. *Validez y Vigencia – La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid:Editorial Trotta, 1999.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Mário da Gama Kury.Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1970.

TEUBNER. Gunthter. *O Direito Como Sistema Autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TRINDADE. José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos*. São Paulo:Editora Fundação Petrópolis, 2002.

TORRÉ, Abelardo. *Introducción al derecho*. 6 ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1972.

VIGO. Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. A Epistemologia Jurídica da Modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos Fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos*. In WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). *Os “Novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994.

