



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE DOUTORADO**

FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS MECANISMOS DE
CONCRETIZAÇÃO: O GARANTISMO E A ESTRITA
LEGALIDADE COMO RESPOSTA AO ATIVISMO JUDICIAL
NÃO AUTORIZADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Florianópolis-SC

2011

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE DOUTORADO**

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS MECANISMOS DE
CONCRETIZAÇÃO: O GARANTISMO E A ESTRITA
LEGALIDADE COMO RESPOSTA AO ATIVISMO JUDICIAL
NÃO AUTORIZADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Doutor em Direito, Política e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio de Urquhart Cademartori

Florianópolis-SC

2011

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária
da
Universidade Federal de Santa Catarina

O48d Oliveira Neto, Francisco José Rodrigues de
Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização
[tese] : o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao
ativismo judicial não autorizado pela constituição federal /
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto ; orientador, Sérgio
de Urquhart Cademartori. - Florianópolis, SC, 2011.
268 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina.
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em
Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito natural. 3. Constituição. 4.
Estado. 5. Estado de direito. 6. Poder judiciário. 7.
Garantismo jurídico. I. Cademartori, Sergio de Urquhart. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-
Graduação em Direito. III. Título.

CDU 34

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS MECANISMOS DE
CONCRETIZAÇÃO: O GARANTISMO E A ESTRITA
LEGALIDADE COMO RESPOSTA AO ATIVISMO JUDICIAL
NÃO AUTORIZADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Esta Tese foi julgada adequada para obtenção do Título de “Doutor em Direito, Política e Sociedade”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito.

Florianópolis (SC), 24 de março de 2011

Prof. Antonio Carlos Wolkmer, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Sergio de Urquhart Cademartori,
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Lênio Luiz Streck, UNISINOS

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia, UNIVALI

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa, UFSC

Prof. Dr. Orides Mezzaroba, UFSC

Dedico este trabalho para minhas
filhas, Sofia e Marina.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao prof. Dr. Sérgio de Urquhart Cademartori, meu professor no curso de graduação em direito, na especialização em direito público, orientador no curso de mestrado e, agora, no de doutorado. Sempre atento ao bom desenvolvimento da pesquisa, me municiou de todo o material necessário para o bom desenvolvimento deste trabalho, mostrando suas características mais marcantes: a dedicação com o ensino e a pesquisa e a amizade com que trata seus alunos.

Agradeço aos membros da banca de defesa prévia e da banca de defesa definitiva, cujas contribuições foram fundamentais para aprimorar este trabalho.

Agradeço ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao qual sou vinculado funcionalmente, a todos os Professores do Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e aos Professores do Departamento de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante, em Alicante, Espanha, em especial aos Professores Doutores Josef Aguiló Regla e Manuel Atienza, os quais me acolheram naquela instituição, emprestando todo o apoio necessário ao desenvolvimento da presente pesquisa.

Agradeço a meus familiares e pessoas próximas a mim ao longo desses últimos quatro anos, em especial, a meus pais, Francisco e Marília, pela inegável incentivo para o estudo; à Fernanda, pelo impulso decisivo na reta final e às minhas filhas, Sofia e Marina, que souberam compreender minha ausência e a importância que esse trabalho tem para minha formação.

Agradeço aos amigos do “Grupo Cainã”, professores de direito do Brasil e do Exterior que, ao longo de dez anos, tem se preocupado com os rumos do direito, manifestado em mais de dez publicações.

Agradeço aos meus amigos Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço e Gerson Cherem II, juízes como eu e interlocutores sempre presentes ao longo de todos esses anos, em especial, durante os anos de participação na diretoria da Associação dos Magistrados Brasileiros, o que me possibilitou ter uma visão global da magistratura brasileira.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar como as mudanças ocorridas na forma de compreender o direito e seus reflexos na atividade jurisdicional. Partindo das formas tradicionais de explicar o direito (o direito natural e o direito positivo) chega-se ao reconhecimento de que, após a redescoberta das Constituições no Estado Democrático de Direito, é possível se falar em superação do positivismo e emergência de um pós-positivismo, onde a separação entre direito e moral já não é tão clara. Além disso, de um Estado que se apresentava organizado como Estado Legislativo de Direito, agora temos um Estado Constitucional de Direito, o que resulta em uma vinculação maior de todos ao texto constitucional. Agora, há uma “dupla artificialidade”, já que a produção normativa deverá estar adequada formal e materialmente ao texto constitucional. Todas essas transformações resultam em mudanças na função jurisdicional, onde se evidencia a necessidade de um novo paradigma que a justifique e a explique, já que inviável é a manutenção de uma forma de atuar ainda pautada pelos postulados do Estado Liberal, onde o juiz funcionava como “a boca que pronunciava as palavras da lei”. Impulsionado pelo reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais e por uma série de demandas que lhe foram submetidas – especialmente após a edição da Constituição de 1988 – surge um intenso debate relacionado aos limites da sua atuação. E é aqui que entra o garantismo, onde há a preocupação com a necessária limitação do poder (sempre entendido de forma negativa) e o oferecimento de ferramentas como, por exemplo, a estrita legalidade, a qual, em um sistema de controle de constitucionalidade como o brasileiro, oferece boa solução para a uma adequada realização dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito. Direito Natural. Direito Positivo. Constituição. Estado. Estado de Direito. Estado Liberal. Estado Legislativo. Estado Democrático. Poder Judiciário. Garantismo. estrita legalidade.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the changes occurred in the ways of comprehending the Law and its reflexes in the jurisdictional activity. From traditional ways of explaining a legal system (natural law and positive law) we come to acknowledge that, after the rediscovery of constitutions under the democratic rule of law, it is possible to consider the overcoming of positivism and the emergence of a post-positivism, where the separation between law and moral is no longer clear. Apart from that, from a state that was once organized under a Legislative rule of law we now have a state that abides by the Constitutional rule of law, which implies in broader binding to the constitutional text. Now there is a “double artificiality”, since normative production must formally and materially suit the constitutional text. All these transformations resulted in changes to the the jurisdictional function. There is an evident need for a new paradigm to both justify and explain this function, since it is not possible to maintain a mode of operation that is still set by postulates of a liberal state—wherein the judge acted as the “mouth that utters the words of the law”. Stimulated by the recognition of fundamental rights and guarantees and by a number of demands arising from this, particularly after the 1988 Constitution was issued, an intense debate emerges in relation to the limits of this function. And it is here where guaranteeism comes into play, where there is a concern with the necessary limitation of power (always construed in the negative sense) and the supply of tools such as strict legality, which offers a good solution for the adequate realization of fundamental rights under a constitutional control system like Brazil’s.

Keywords: law. natural law. positive law. Constitution. State. rule of law. liberal state. legislative rule of law. democratic rule of law. Judiciary. Guaranteeism. strict legality.

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es analizar los cambios ocurridos en la manera de comprender el derecho y como se reflejan en la actividad jurisdiccional. Partiendo de las formas tradicionales de explicar el derecho (el derecho natural y el derecho positivo) se llega al reconocimiento de que, tras el redescubrimiento de las Constituciones en el Estado Democrático de Derecho, es posible hablar de superación del positivismo y emergencia de un pos-positivismo, donde la separación entre derecho y moral ya no es tan clara. Además de eso, de un Estado que se presentaba organizado como Estado Legislativo de Derecho, ahora tenemos un Estado Constitucional de Derecho, lo que resulta en una mayor vinculación de todos al texto constitucional. Ahora, existe una “doble artificialidad”, dado que la producción normativa deberá estar adecuada formal y materialmente al texto constitucional. Todas estas transformaciones resultan en cambios en la función jurisdiccional, donde se vuelve evidente la necesidad de un nuevo paradigma que la justifique y la explique, pues es inviable la manutención de una forma de actuar aun pautada por los postulados del Estado Liberal, donde el juez funcionaba como “la boca que pronunciaba las palabras de la ley”. Impulsado por el reconocimiento de los derechos y garantías fundamentales y por una serie de demandas a las que fue sometido – especialmente después de la Constitución de 1988 – surge un intenso debate relacionado a los límites de su actuación. Y es aquí donde entra el garantismo, donde existe la preocupación con la limitación necesaria del poder (siempre entendido de forma negativa) y el ofrecimiento de herramientas como, por ejemplo, la estricta legalidad, la cual, en un sistema de control de constitucionalidad como el brasileño, ofrece una buena solución para una adecuada realización de los derechos fundamentales.

Palabras-llave: Derecho. Derecho Natural. Derecho Positivo. Constitución. Estado. Estado de Derecho. Estado Liberal. Estado Legislativo. Estado Democrático. Poder Judicial. Garantismo. estricta legalidad.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
1 AS CONCEPÇÕES DE DIREITO E A INFLUÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO	27
1.1 Introdução	27
1.2 As concepções de Direito: como compreender o direito (jusnaturalismo e juspositivismo).....	30
1.3 O jusnaturalismo: aspecto histórico e principais teses.....	32
1.4 O juspositivismo: desenvolvimento histórico.....	38
1.4.1 Três momentos do positivismo jurídico.....	39
1.4.2 O positivismo de Kelsen e Hart.....	45
1.5 Bobbio e os três aspectos do positivismo jurídico (como abordagem, como teoria e como ideologia).....	48
1.5.1 O positivismo jurídico como abordagem.....	49
1.5.2 O positivismo jurídico como teoria.....	50
1.5.3 O positivismo jurídico como ideologia.....	52
1.6 As principais teses do positivismo jurídico	52
1.7 A crise do positivismo jurídico e o debate sobre sua superação.....	55
1.8 O Realismo jurídico.....	61
1.9 Resumo do debate	62
2 O NEOCONSTITUCIONALISMO: CONCEITO, ESTRUTURA E CONEXÕES COM A RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO.....	65
2.1 O Estado de Direito.....	65
2.2 Estado de Direito Liberal.....	69
2.3 Estado de Direito Social.....	74
2.4 O esgotamento do Estado de Direito	76
2.5 O Estado Constitucional de Direito.....	78
2.6 A Constituição do Estado Constitucional de Direito.....	80
2.7 A Construção do Estado Constitucional de Direito no Brasil.	83
2.7.1 O Estado Legislativo de Direito no Brasil.....	84
2.7.2 O Estado Constitucional de Direito no Brasil	93
2.8 Os direitos fundamentais como elemento central do estado constitucional de direito.....	97
2.8.1 Direitos fundamentais: um plano geral (construção histórica, fundamentos, gerações, conceito, características e	

tipologia).....	97
2.8.2 Os direitos fundamentais na história constitucional brasileira: das meras declarações aos mecanismos de concretização.....	105
2.8.2.1 A aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais.....	106
2.8.2.2 O mandado de injunção.....	107
2.8.2.3 A inconstitucionalidade por omissão.....	109
2.9 Resumo do debate.....	111
3 O GARANTISMO COMO RESPOSTA.....	113
3.1 Teoria Geral e base para surgimento.....	113
3.2 Três concepções da palavra “garantismo”.....	119
3.2.1 Primeira concepção: um modelo normativo de direito.....	119
3.2.2 Segunda concepção: uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência das normas.....	122
3.2.3 Terceira concepção: uma doutrina filosófico-política.....	124
3.3 As mudanças provocadas pela introdução do garantismo jurídico em um modelo de positivismo clássico.....	125
3.3.1 O garantismo e a teoria do direito.....	125
3.3.2 O garantismo e as dimensões da democracia (formal e substancial).....	128
3.3.3 O garantismo e o papel do juiz.....	131
3.3.4 O garantismo e a ciência jurídica.....	133
3.4 Os direitos fundamentais como parâmetro: a identificação segundo Ferrajoli.....	134
3.5 As objeções ao pensamento de Luigi Ferrajoli.....	144
3.6 O garantismo e a superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo.....	151
4 O PODER JUDICIÁRIO E SUAS POSSIBILIDADES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A RESPOSTA DO GARANTISMO.....	161
4.1 O momento atual do Poder Judiciário.....	161
4.2 O poder que se manifesta no processo: o direito processual constitucional e o rompimento dos limites formais.....	163
4.2.1 O devido processo legal processual e o devido processo legal material (<i>procedural due process e substantive due process</i>).....	165
4.2.2 Os princípios processuais que decorrem do devido processo legal.....	167
4.3 Os reflexos dessas mudanças na atividade jurisdicional.....	171

4.3.1 Mudam os fundamentos da atuação jurisdicional.....	172
4.3.2 Mudam a forma da atuação jurisdicional.....	173
4.3.3 Muda o resultado da atuação jurisdicional.....	175
4.4 Os problemas que decorrem dessas mudanças: os limites da atuação jurisdicional.....	175
4.5 A Lei n. 12.010/2009: exemplo de estrita legalidade.....	178
4.6 As peculiaridades do sistema de controle de constitucionalidade do direito brasileiro.....	185
4.6.1 Plano geral do controle de constitucionalidade.....	185
4.6.2 O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.....	187
4.6.3 As técnicas de decisão no controle de constitucionalidade e a abertura do processo de discussão da compatibilidade formal e material da norma.....	190
4.6.4 Estrita legalidade e controle da atividade legislativa: o juiz constitucional dentro dos parâmetros do garantismo.....	194
Conclusão.....	199
Referências.....	211
Anexos:.....	219
1) Súmulas Vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal.....	219
2) Decisão do Recurso Especial n. 889.852, do Superior Tribunal de Justiça.....	246

1 INTRODUÇÃO

A partir da promulgação da Constituição da República em outubro de 1988, percebeu-se um movimento até então pouco usual, para não dizer inédito. O ajuizamento de ações junto ao Poder Judiciário – que aumenta a medida que o tempo passa – tendo por objeto questões que tratam de direitos sociais e que, na quase totalidade, dependem de políticas públicas, as quais tradicionalmente foram tidas como de exclusiva competência dos administradores públicos, vedada a intervenção do Poder Judiciário.

Desse fato decorreu um profundo debate em nosso país relacionado aos limites da atuação jurisdicional, já que para alguns o poder de escolha do administrador público não pode ser invadido pela atuação do Poder Judiciário. Para eles, tal quadro leva a um rompimento do princípio da separação de poderes, causando uma verdadeira substituição de um governo democraticamente eleito pela vontade de um agente político, não legitimado para tanto. Para outros, tal se mostra normal e aceitável em um Estado Democrático de Direito, já que a característica principal dessa forma de entender o Estado é a submissão de todos à Constituição, documento que em tempos atuais tem a pretensão de dirigir todos os setores da vida em sociedade.

Essa questão pôs em destaque uma discussão paralela e relacionada aos fundamentos da legitimidade da atuação judicial e, ainda, na visão dos defensores de uma postura mais restritiva do juiz, a uma insegurança jurídica, resultado direto da ausência de soluções uniformes para problemas comuns.

Tendo como pano de fundo essa discussão, o que se pretende neste trabalho é propor uma nova forma de compreender a atividade jurisdicional e seus limites, para o que será necessário reconhecer que as transformações ocorridas no sistema jurídico, político e constitucional dos últimos anos, redefiniram os fundamentos da atividade jurisdicional. Além disso, pretende-se verificar se – para além dessas mudanças – existem ainda outros pontos onde a atuação jurisdicional possa ter uma inserção mais eficaz para a realização dos direitos fundamentais, o que será feito com apoio na teoria geral do garantismo de Luigi Ferrajoli.

O método utilizado será o indutivo e, no primeiro capítulo, será feita a reconstrução da trajetória do pensamento de Luigi Ferrajoli, motivo pelo qual serão descritas as formas de compreender o Direito, em especial a transição do direito natural para direito positivo e o questionamento das teses que o sustentam, tendo sempre como base as

transformações que ocorreram nos sistemas jurídicos com o advento do constitucionalismo (ou neoconstitucionalismo).

No segundo capítulo, o ponto de partida será o surgimento do Estado Moderno e o monopólio da produção normativa, de onde será possível perceber os dois períodos pelos quais passou a organização estatal, cada qual com uma compreensão de qual o papel a ser exercido por uma Constituição e, evidentemente, pelo constitucionalismo. O primeiro é o “Estado Legislativo de Direito”, onde a validade de uma norma decorria apenas do seu aspecto formal e à Constituição era reservada a função de separar poderes e declarar direitos de oposição diante do Estado, principal mecanismo de proteção contra o absolutismo, forma política inimiga dos revolucionários do século XVIII. Sob ele duas formas de Estado: a) o Estado Liberal com o domínio absoluto da burguesia e que, com o passar dos anos, fez nascer uma sociedade marcada pelo elevado número de pessoas em miséria e fome e, b) o Estado Social, que foi quando se percebeu que o liberalismo levado a extremos transformou a opressão política em opressão econômica. O segundo é o “Estado Constitucional de Direito”, cuja marca fundamental é a superação do estado legislativo de direito e a compreensão de que: 1) a vinculação a uma norma somente ocorrerá se houver compatibilidade formal e material; 2) a democracia, ao lado do aspecto formal, possui também uma dimensão substancial, a qual é delimitado pelos direitos e garantias fundamentais; 3) a Constituição obriga a todos (Estado e sociedade) e os coloca no caminho da realização dos direitos e garantias fundamentais e, 4) há a retirada do direito da maioria suprimir os direitos previstos, já que se constituem em cláusulas protegidas pela rigidez constitucional.

Assim, será possível perceber como o direito cresceu em importância nas sociedades contemporâneas, as quais não têm mais como abrir mão dos seus instrumentos e, ainda, como ele (o Direito) pode exercer uma função mais ampla do que aquela que lhe era reservada no velho estado legislativo de direito de modo que, a partir de uma nova compreensão do papel desenvolvido pelas constituições nos estados contemporâneos (um novo constitucionalismo), nada mais natural que o Poder Judiciário passe a ser o foco das atenções.

O próximo passo será estudar o reflexo dessas idéias no cenário brasileiro. O Brasil chegou ao final do século XX almejando um novo momento político e social. Atendendo a esta expectativa é que foi editada a Constituição de 1988, a qual se preocupou não só com a declaração de direitos (a mais extensa da história política brasileira), mas também com o oferecimento de uma série de mecanismos cujo

objetivo último era a efetivação desses direitos agora declarados. Dentre eles são destacados: a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, parágrafo 1º), o mandado de injunção e a (art. 5º, inciso LXXI), a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º).

Além disso, na Constituição de 1988 houve a adesão do Brasil a um “Estado Democrático de Direito”, expressão que marca a superação do antigo “Estado de Direito”, e determinou que todas as ações praticadas em nome do Estado tenham sua legitimidade calcada não mais unicamente na lei e no Poder Legislativo, mas sim em um grau de juridicidade superior, qual seja, a própria Constituição. Dá-se a mudança do seu espaço de atuação, já que, de documento que assegurava as pretensões da burguesia ao separar poderes e declarar direitos de oposição diante do Estado com a finalidade maior de fugir do absolutismo, passou a reconhecer as pretensões da população em relação a este mesmo Estado, superando inclusive o poder da maioria, na medida em que restou subtraído do seu âmbito de decisão determinados direitos reconhecidos em seu texto.

Com ele consolidou-se a opção por um documento dotado de supremacia formal e material, determinante da vigência e da validade das normas abaixo dele e fixando-lhes ainda o modo de interpretação e compreensão.

Mas, apesar de tudo isso, há que se reconhecer que assiste razão a Paulo Bonavides, para quem a dificuldade atual está localizada não mais no reconhecimento de direitos e na sua declaração, mas sim “em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer ou inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos” (BONAVIDES, 2005, p.338).

Tal é, sem dúvida alguma, o ponto fundamental para a superação final das antigas estruturas do Direito e do Estado – que ainda privilegiam antigas técnicas –, estruturas essas totalmente inadequadas para fazer frente a este novo desafio. O pensamento que proclama uma compreensão do sistema apenas e tão somente pela vinculação formal do conjunto normativo, já não tem mais lugar no pós-positivismo e no Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Daí que cuidadoso exame merecerão as idéias de Luigi Ferrajoli, expostas inicialmente em **Diritto e Ragione**, obra publicada na Itália em 1989 e traduzida para o espanhol em 1995, objeto do terceiro capítulo. Nele será explorada a pretensão de Ferrajoli, que é a de construir uma “teoria geral do Garantismo”, o que faz a partir da identificação de três

aspectos de uma crise profunda e crescente vivida pelo Direito na atualidade.

A primeira crise é a chamada “crise da legalidade”, ou seja, do valor vinculante da norma e que se expressa pela ausência ou pela ineficácia dos instrumentos de controle. A seu ver, resultado mais imediato é a ilegalidade do poder e um reflexo disso pode ser encontrado em vários Estados – europeus ou não – em que há uma espécie de Estado paralelo que funciona baseado na corrupção e se estende por todas as áreas (política, economia, administração pública etc.).

A segunda está ligada à inadequação das estruturas do Estado de Direito para dar conta das novas funções a ele atribuídas no chamado *Welfare State*. Se antes a marca fundamental do modelo na sua versão liberal era a de protetor de uma esfera de individualidade, cuja atuação não exigia apenas a imposição de limites e proibições, agora tudo muda. Exige-se do Estado de Direito Social uma atuação positiva, atuante, pró-ativa, de que resulta uma inflação legislativa que é provocada pelos mais diversos setores sociais com leis cada vez mais específicas, parecendo meros atos administrativos. Há dificuldade para a consolidação de um sistema de garantias tão eficiente como foram aqueles criados para proteger os postulados do liberalismo, situação agravada pela acentuação do caráter incompleto, seletivo e desigual que se manifesta na crise pela qual este modelo de Estado passou no início dos anos setenta.

A terceira crise está relacionada ao debilitamento do Estado Nacional e se manifesta no deslocamento dos lugares da soberania, já que as questões relacionadas, por exemplo, às questões militares, de política monetária e políticas sociais escapam de suas fronteiras, passando a depender mais de questões externas do que de questões internas. Além disso, há um enfraquecimento do constitucionalismo, ante a inexistência de suporte teórico em Direito Internacional que resolva a inserção desses novos espaços decisórios externos no sistema das fontes de Direito.

No raciocínio de Ferrajoli, o problema central está em que essas três crises podem colocar em colapso a própria Democracia, já que, por trás de todas elas, está presente uma crise da legalidade, ou seja, do princípio da legalidade na sua versão mais pura e naquilo que tem de mais precioso: a vinculação de todos às normas legais. Sua ausência gera a ilegalidade do poder e formas neoabsolutistas de exercício do poder público.

A esse respeito pode ser dito ainda que – como se trata de uma teoria que se desenvolve no ambiente do Estado Constitucional de Direito e é própria dele – não traz consigo a simples defesa de um mero legalismo, até porque o Garantismo é incompatível com a falta de limitação jurídica do poder legislativo, já que a mera sujeição do juiz à lei possibilitaria a convivência com as políticas mais autoritárias e antigarantistas.

Sustenta sim, a partir de uma concepção negativa do exercício do poder, vez que reconhece que há sempre presente um potencial abuso, que sua neutralização somente ocorrerá de modo eficaz com a sustentação de uma visão instrumental do Direito e do Estado. Disso decorre ainda uma complexidade específica dos ordenamentos de constituição rígida: uma dupla artificialidade que não resulta somente do caráter positivo das normas produzidas – marca fundamental do positivismo jurídico –, mas também pela sua sujeição ao Direito – marca fundamental do Estado Constitucional de Direito. A produção jurídica está disciplinada por normas, tanto formais como substanciais, de direito positivo.

Nesse passo, Garantismo e Estado Constitucional de Direito são expressões que se identificam, podendo até mesmo afirmar-se que o segundo expressa a fórmula política do primeiro, de modo que, apenas por meio desse, aquele consegue realizar seu programa.

No quarto e último capítulo, a atenção será dirigida ao reflexo dessas mudanças na forma de atuar do juiz, detentor de parcela do poder do Estado e que se manifesta através do ato de “dizer o direito”. São mudanças que se irradiam por vários planos e que serão examinadas dentro da separação tradicional que é feita por FERRAJOLI quando trata da dupla artificialidade típica do neoconstitucionalismo: ao lado das vinculações formais, as vinculações substanciais.

Desse ponto é que surge um ambiente de tensão, onde o exercício da atividade jurisdicional deverá necessariamente se dar em meio a essas limitações (formais e materiais), não se podendo deixar de lado que um Estado Constitucional de Direito não suporta poderes ilimitados.

Além disso, e após uma análise das peculiaridades do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, onde se demonstrará sua riqueza marcada pela incorporação ao longo dos anos de modernas técnicas de decisão constitucional como a declaração de nulidade sem redução de texto e a interpretação conforme (as chamadas decisão de interpretação) e, ainda, do processo de democratização da decisão com audiências públicas e a figura do *amicus curiae*, a análise final será em torno desses dois fortes aspectos do sistema atual: a estrita legalidade

como forma de realização de direitos sociais, agora balizada pelo controle de constitucionalidade, o que impede o ativismo judicial voluntarista.

1 AS CONCEPÇÕES DE DIREITO E A INFLUÊNCIA DO CONSTITUCIONALISMO

1.1 INTRODUÇÃO

Para tratar da influência do constitucionalismo (ou neoconstitucionalismo)¹ na Teoria do Direito e, em especial, no positivismo e suas principais teses, fundamental é recordar que, a partir do surgimento do Estado Moderno e o monopólio da produção normativa, existiram dois momentos distintos pelos quais passou a organização estatal. Para cada um deles, um tipo de compreensão de qual o papel a ser exercido por um texto constitucional e, evidentemente, pelo constitucionalismo.

O primeiro deles é o chamado “Estado Legislativo de Direito”, em que a validade de uma norma decorria apenas do seu aspecto formal e à Constituição era reservada a função de separar poderes e declarar direitos de oposição diante do Estado, principal mecanismo de proteção contra o absolutismo, forma política inimiga dos revolucionários do século XVIII. Sob ele, duas formas distintas: a) o Estado Liberal – com o domínio absoluto da burguesia –, que, com o passar dos anos, fez nascer uma sociedade marcada pela elevada desigualdade; e, b) o Estado Social, acompanhado da percepção de que o liberalismo levado a extremos havia transformado a opressão política em opressão econômica. Como bem disse Paulo Bonavides, o Manifesto do Partido Comunista de 1848, documento que condensa as ideias de resistência daquele período, “poderia ter começado com as mesmas palavras do Contrato Social. Na verdade, o que levou Marx àquela profunda e sombria reflexão crítica foi a perplexidade da mesma dor: ver o Homem

¹ Na linha do que diz Figueroa: “*la constitucionalización del pensamiento jurídico ha dado lugar al ‘constitucionalismo’. Se ha denominado genéricamente constitucionalismo (y más precisamente neoconstitucionalismo con el fin de acentuar el nuevo carácter que há adquirido en la actualidad) a la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura iustéorica conceptual y-o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas*” (FIGUEROA, 2002, p. 164).

escravizado” (BONAVIDES, 1996, p. 172). Mais adiante conclui: “Rousseau queria a libertação política do Homem; Marx, a liberdade econômica” (BONAVIDES, 1996, p. 173).

Para dar conta desse novo modelo (o Estado Social), opera-se uma transformação nas estruturas de Estado, com o objetivo de adaptá-lo à nova realidade. O Estado, que no liberalismo se preocupava apenas com a liberdade política e a igualdade formal, e que, por isso mesmo, comportava-se como um mero expectador dos movimentos do mercado, passa a um Estado protagonista, especialmente nas questões sociais, o que representa uma transformação da estrutura do antigo Estado Liberal, não no sentido de transformá-lo em um Estado Socialista, mas algo próximo, já que mantém a adesão à ordem capitalista².

Esse modelo protagonista chega à segunda metade do século XX em crise, já que, por se valer da forma do Estado Legislativo de Direito, o Estado Social veio a se tornar compatível com os mais diversos e perversos sistemas de organização política. Foram estados sociais, a Alemanha nazista e também a Itália fascista, constatação fundamental para determinar – após o final da 2^a Guerra – um repensar a respeito dessa estrutura política típica do Estado moderno, com o claro objetivo de impedir que as atrocidades cometidas até aquele momento voltassem a ocorrer.

Daí o segundo momento: o Estado Constitucional de Direito, modelo marcado pela superação do Estado Legislativo de Direito e a compreensão de que a vinculação a uma norma somente ocorre se houver compatibilidade formal e material. Com ele, ganha corpo a compreensão de que a Democracia³ possui também um aspecto substancial, que é delimitado pelos direitos e garantias fundamentais e, ainda, que vontade da maioria e democracia não significam o mesmo, já

² Como disse a respeito Bonavides: Trata-se de uma “transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia” (BONAVIDES, 2005, p. 184).

³ O conceito de Democracia aqui utilizado é o de Norberto Bobbio (2009, p. 30-31) para quem esta se caracteriza por ser um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos, entendendo-se por processo de democratização a ampliação do número de pessoas com direito a participação nesse processo.

que a primeira é apenas um caminho para a segunda, o que implica a extensão do princípio da legalidade também ao poder da maioria⁴.

A partir desse momento, firma-se a idéia de que a Constituição atinge a todos (Estado e sociedade) na busca da máxima realização dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos, chegando até mesmo a retirar da maioria o direito de supressão do ali colocado, já que suas principais normas se constituem em cláusulas protegidas por outra característica igualmente importante no momento atual: a rigidez constitucional.

Assiste-se, ainda, a uma constitucionalização dos direitos, ou busca de um grau de juridicidade superior, o que bem representa a crise pela qual passou o Estado de Direito na sua roupagem meramente legislativa, que decorreu diretamente do uso da lei como mecanismo de regulação social.

Matérias antes tratadas exclusivamente no campo legislativo passaram a compor o rol dos direitos constitucionalmente assegurados, o que alterou a compreensão das estruturas jurídicas do Estado e acabou por redefinir o lugar do Direito na sociedade. Dá-se o fenômeno da “onipresença do Direito”, já que matérias antes deixadas ao livre arbítrio dos indivíduos passaram a ser reguladas pelo Estado através do Direito e seus instrumentos⁵.

O objetivo desse movimento é claro: pacificar e ajudar a superar as dificuldades básicas da vida humana, em muitos casos determinada pela escassez de recursos ou pela vulnerabilidade. A busca de satisfação dessas necessidades leva o homem a entrar em conflito, seja pela associação para satisfação, seja pela disputa na busca do bem da vida, momento em que entra em ação o instrumento Direito (marcadamente o Direito Constitucional) com o objetivo de evitar ou resolver alguns conflitos entre os indivíduos e de provê-los de certos meios para fazer possível a cooperação social (NINO, 2003, p. 3).

⁴ A esse respeito, afirma Ferrajoli que a democracia sempre foi confundida e compreendida unicamente como a vontade da maioria, visão equivocada que ignora aquela que é a máxima aquisição e, ao mesmo tempo, fundamento do Estado Constitucional de Direito: “la extensión del principio de legalidad también al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluyendo el legislativo, y su funcionalización a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados” (FERRAJOLI, 1995, p. 11).

⁵ Foi esse movimento que levou Nino a afirmar que “El derecho, como el aire, está en todas las partes” (NINO, 2003, p. 3).

Assim, é possível perceber como o Direito cresceu em importância nas sociedades contemporâneas, que não têm mais como abrir mão dos seus instrumentos. Além disso, mesmo observado esse fato sob diferentes perspectivas, não há como desconsiderar que há um ponto comum em todas elas: a compreensão de que o Direito pode exercer uma função mais ampla do que aquela que lhe era reservada no velho Estado Legislativo de Direito, de modo que, a partir de uma nova compreensão do papel desenvolvido (ou que pode ser desenvolvido) pelas constituições nos Estados contemporâneos (um novo constitucionalismo), é necessário rediscutir as concepções de direito e as teses que as justificam.

Em resumo, questiona-se se as respostas que o juspositivismo dá quando se trata de compreender o direito ainda são as adequadas para o novo constitucionalismo surgido em meados do século XX.

1.2 AS CONCEPÇÕES DE DIREITO: COMO COMPREENDER O DIREITO (jusnaturalismo e juspositivismo)

Um dos trabalhos paradigmáticos na Teoria do Direito, desenvolvido com o objetivo central de traçar uma compreensão do que é o Direito e como pode ele ser compreendido, é o livro de Herbert Lionel Adolphus Hart, Professor de Oxford, Inglaterra, intitulado “O conceito de Direito”, publicado pela primeira vez em 1961 e traduzido para o português em 2009, já com o pós-escrito em que o autor responde às críticas feitas ao seu pensamento (HART, 2009).

Com sua publicação, deu-se início a um interessante debate teórico em torno das concepções possíveis sobre o Direito e seus fundamentos. O principal interlocutor de Hart foi Ronald Dworkin, também professor britânico que reconheceu que ele (Hart) desenvolveu “a mais influente versão contemporânea do positivismo” (DWORKIN, 2007, p. XI).

Mas, abstraída a discussão levada a efeito nessas duas obras, o que será tratado mais à frente, merece ser colocada em relevo a afirmação inicial de Hart a respeito da dificuldade para responder a pergunta “O que é Direito?” e como, diante dela, se apresentam obstáculos inexistentes quando em comparação com outras áreas de conhecimento (HART, 2009, p. 3).

São quatro os motivos pelos quais tais dificuldades podem ser geradas: 1) A juridicidade – por ser o Direito um fenômeno histórico e relativo a sociedades concretas – nem sempre pode ser compreendida a partir de propriedades exclusivamente abstratas que dispensam o espaço

e o tempo; em razão disso, ao se analisarem as sociedades contemporâneas, que são sociedades organizadas sob a forma estatal, deve-se eleger algumas premissas que, por vezes, não se encontram em sociedades primitivas ou internacionais que não se organizam sob a forma estatal; 2) A complexidade do Direito, marcado por uma variedade de perspectivas a partir das quais se pode compreendê-lo e que dele geram imagens distintas; é o caso dos legisladores, dos juízes, dos advogados, dos teóricos (os estudiosos) do Direito ou das pessoas em geral; 3) O caráter prático e valorativo do Direito, já que uma decisão judicial que, por exemplo, aplica uma pena a um homicida, é também um juízo de reprovação social do ato praticado; e, por fim, 4) As dificuldades próprias em definir algo que é principalmente linguagem e que tem como marca a ambiguidade (uma palavra pode ter diversos significados) e a vagueza, ambos “defeitos” próprios dela, a linguagem (ATIENZA, 2007, p. 33).

Ora, sabe-se que um conceito se determina a partir de sua intenção e de sua extensão. Daí que a última das características apresentadas (a vagueza) leva justamente à impossibilidade de determinar com clareza o que se quer (a intenção) e quais os seus limites (a extensão). É o que pode ser chamado de “defeito congênito”: se intrínseca e naturalmente é vago, também intrínseca e naturalmente será difícil apreender sua intenção, ou o conjunto de propriedades que o definem, e sua extensão, ou o campo de aplicabilidade do conceito (ATIENZA, 2007, p. 55).

Como estratégia para superar essas dificuldades – especialmente a última –, Hart propõe a utilização de um caminho alternativo e diverso daquele empregado nas outras áreas de conhecimento: em lugar de um conceito fechado de Direito, procura “fazer avançar a teoria do direito, oferecendo uma análise aperfeiçoada da estrutura característica dos sistemas jurídicos internos e uma melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral como tipos de fenômenos sociais” (HART, 2009, p. 22).

O uso desse método acarreta algumas consequências. A primeira é que, da relação do Direito com essas categorias (com as quais possui similitudes e áreas comuns), torna-se possível compreendê-lo melhor e, mesmo que não se chegue a um conceito, ao menos se alcança obter um quadro mais nítido em relação a sua essência e seus pontos fundamentais. A segunda revela a existência de mais de um modo de compreender o que significa Direito já que, a depender de como se entende a coerção ou a moral, pode-se chegar a concepções diferentes do objeto investigado.

Em relação a esse último ponto, tem-se que o pensamento jurídico ocidental – especialmente no século XX – oferece três formas fundamentais de compreender o Direito: o juspositivismo, em que a identificação do Direito se dá através das normas ou sistemas jurídicos; o jusnaturalismo, em que a ênfase se dá nos valores que fundamentam ou legitimam o Direito; e, por fim, o realismo, com destaque nas ações humanas de criação ou aplicação do Direito, o que, em sentido genérico, não deixa de ser uma forma de positivismo, já que o fato de incluir a eficácia (ao lado da validade) não o desnatura como tal (BOBBIO, 2006, p. 142).

Em todas essas formas, um ponto em comum: a apresentação de um modo de compreender o Direito, com respostas próprias e articuladas quando confrontadas com a força ou a moral, elementos apontados por Herbert Hart.

1.3 O JUSNATURALISMO: ASPECTO HISTÓRICO E PRINCIPAIS TESES

Como se trata de uma resposta filosófica, evidentemente que o direito natural não surgiu antes da chamada “percepção filosófica”, daí ser possível afirmar que ele (o direito natural) é tão antigo quanto o pensamento ocidental.

Sua presença já era sentida na Grécia do final do Século VII a.c., entre os filósofos chamados de pré-socráticos. Em Heráclito, encontra-se a proposição de que existe uma lei que rege o mundo e o coloca em ordem, e não desordem e, no século V a.c. – período chamado de “humanista” – é Sócrates (470-399 a.c.) quem afirma que, acima dos homens, existe um mundo de valores objetivos, entre eles a justiça (FERNÁNDEZ-GALIANO, 1977, p. 191).

Anos mais tarde, apresenta-se o período clássico, com Platão (427-347 a.c.) e Aristóteles (384-322 a.c.), e o refinamento dessas idéias, com o pensamento de que existe uma ordem natural que independe do mundo real, dos fatos e das ações humanas.

Contemporâneo a estes últimos, aparece também Sófocles (495-406 a.c.) e sua peça “Antígona”. Nela se dá a conhecida passagem em que a protagonista, em um diálogo com o soberano (Creonte) – após confessar que havia desobedecido a uma das suas ordens – faz uma crítica ao direito estatal com a invocação do direito natural. A respeito da lei considerada injusta, diz ela:

Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos

que as estabeleceu para os homens. Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não-escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem, nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram...

Como se vê, em todos eles a compreensão de que, além da existência de um conjunto de direitos em uma ordem natural (que se apresenta imutável ao homem), a aceitação de que este direito natural deva ser a base para a validade do direito posto pelo soberano.

Tais ideias evidentemente influenciaram o período subsequente, o que pode ser percebido já com os escritos de Cícero (106-43 a.c.), em Roma, especialmente com duas afirmações feitas por ele: 1) o Direito tem sua base e fundamento na natureza, nascendo dela; 2) esse fato faz com que essa lei natural tenha precedência – em todos os aspectos – sobre as normas humanas (FERNÁNDEZ-GALIANO, 1977, p. 218).

Com o cristianismo, momento importante pela nova concepção de mundo que oferece, surge uma nova forma de justificação do direito natural, e é a partir daí que ele se forma de modo a possibilitar a grande influência que vem a exercer no ocidente.

Isso pode ser visto com Santo Agostinho (354-430). Desenvolve ele o desenho de um esquema estrutural de idéias e postulados transcendentais do cristianismo, em que aparece não mais uma natureza divinizada, valorativa ou deôntica em si mesma, mas sim “una naturaleza creada por un dios transcendental, de acuerdo com un plan o orden divino que queda reflejado en essa naturaleza creada y que es cognoscible mediante el conocimiento de esta” (RONDÁN; SUÁREZ, 1997, p. 38).

É a compreensão de que *non videtur lex quae iusta non fuerit* (não há lei que não seja justa), o que agrega ao jusnaturalismo uma de suas marcas fundamentais: a possibilidade de descumprimento da lei positiva em caso de contrariedade da lei natural. Quando a lei for injusta, não será lei (*lex injusta non est Lex*), o que é reafirmado por outro religioso de igual importância, São Tomás de Aquino (1225-1274). Para ele, há uma lei eterna concebida como norma de vigência universal, e, mediante a qual, Deus exerce seu governo sobre todos os seres. Dela há uma parte, a lei natural, que afeta de maneira específica a criatura humana, de modo que si no aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio (se em algo se separa da lei natural, já não será lei, senão corrupção de lei) (FERNÁNDEZ-GALIANO, 1977, p. 256).

No início da Idade Moderna, surge outra versão de jusnaturalismo, esta também preocupada em promover a defesa dos direitos individuais e a limitação do poder dos governantes. É o chamado “jusnaturalismo racionalista”, que tem sua base calcada na completa emancipação do direito natural da teologia ao concebê-lo como um objeto passível de conhecimento, da mesma forma que os números ou figuras geométricas, de modo que, assim como podem ser operados estes últimos, ainda que nada materialmente haja para contar ou para descrever suas formas, “así también es posible conocer un orden normativo (moral y jurídico) independiente de toda experiencia o revelación” (SANCHÍS, 2005, p. 308).

Hugo Grocio, filósofo e jurista holandês que viveu entre 1583 e 1645, e que é apontado por muitos como o autor que inaugura o direito natural racionalista, afirmou que, mesmo que Deus não exista, haverá um direito natural fundado em um sistema ético independente da vontade de Deus revelada nas sagradas escrituras. Para ele, isso poderia dar-se mediante a observação do mundo, da natureza das coisas e do homem e, tendo em conta o fim a que se dirige o homem, qualquer pessoa pode deduzir os princípios de direito natural, sem necessidade alguma de partir de uma visão religiosa do mundo.

Essa concepção foi acompanhada por diversos autores daquele período (Samuel Puffendorf, Cristiano Tomasio e Cristiano Wolf), o que fez com que tais ideias chegassem aos séculos XVII e XVIII com vigor suficiente para embalar as revoluções que viriam a ocorrer e, novamente, mudar os rumos da história ocidental, assim como ocorrera com o cristianismo.

Nesses movimentos, encontra-se a noção de pacto social apresentada por Thomas Hobbes (1588-1679) com a afirmação de que, em seu estado de natureza, o homem é egoísta, o que causa uma guerra permanente, e de que o homem é o lobo do próprio homem (*homo hominis lupus*). Por isso, faz-se necessária a existência do Estado como forma de sair dessa situação, para o que não dispensa o direito natural, apesar de reconhecer sua insuficiência.

Na mesma linha seguiram John Locke (1632-1704) e Jean Jacques Rousseau (1712-1778). Em todos eles encontra-se o entendimento que contribuiu para a construção de uma compreensão de que o Estado e suas instituições são resultado da vontade dos homens. Assim, o Estado e o Direito não existem por obra de Deus ou dos costumes, mas sim como produto de seres racionais que atuam guiados por seus interesses (SANCHÍS, 2005, p. 309). Ou, como sustentou Kant: a passagem do estado de natureza para o estado civil é um dever para o

homem; o que, em outros termos, significa que a constituição do Estado não é nem um capricho nem uma necessidade natural, mas uma exigência moral (BOBBIO, 1997, p. 121).

Passado esse período, no século XIX o jusnaturalismo experimenta um período de baixa, o que se dá especialmente pelo surgimento de correntes filosóficas que repelem a metafísica e dão maior atenção aos atos e fatos humanos e, ainda, a uma explicação histórica da realidade. Some-se a isso o surgimento das correntes positivistas – que fazem nascer o positivismo jurídico – e, ainda, a crítica ao direito natural e a defesa de que só é direito o direito positivo (FERNÁNDEZ-GALIANO, 1977, p. 321).

Esse momento foi apenas mais um dentre tantos outros. Daí falar-se sempre em “eterno retorno do direito natural” ou simplesmente de sua revitalização, pelo menos em duas dimensões muito claras: 1) a dimensão moral, em que serve como espaço de crítica ao Direito, externada essa crítica sobre o direito positivo. É o chamado “jusnaturalismo deontológico” em contraposição ao “jusnaturalismo tradicional”, baseado em certo objetivismo moral que intenta ser contraponto aos diversos e ocasionalmente injustos direitos positivos; e 2) a dimensão jurídica, que propõe a recuperação de uma ideia conhecida e que acompanha o direito natural em toda a sua história: a necessária conexão entre direito e moral. É a compreensão de o Direito “que é” não poder se desconectar por completo do direito que “deve ser”, de modo que a justiça não será apenas um juízo crítico externo que se faz sobre determinada ordem jurídica, mas sim um ingrediente imprescindível dele mesmo (SANCHÍS, 2005, p. 312).

Em síntese: o Direito é algo mais que uma simples manifestação de vontade política, constituindo-se em um conjunto de limites supralegais, fora do controle dos legisladores e dos governantes.

Um dos que defenderam essa proposição foi Stammler (1856-1938). Para ele, o direito positivo tem que ser um direito justo, com um critério de justiça fornecido pelo direito natural, que, a seu ver, apresenta um caráter variável, já que se constitui em uma forma pura, vazia em si mesma, capaz de receber diferentes conteúdos nas distintas épocas históricas, de maneira que “El Derecho natural nos dirá qué es formalmente lo justo en todas partes y en todo momento, pero no lo que es justo en cada momento, pues ello dependerá del contenido histórico

que se dé a la forma de lo justo” (FERNÁNDEZ-GALIANO, 1977, p. 343)⁶.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o impacto que gerou o que foi feito até chegar a ela, por muitos atribuídos ao direito positivo e seu afastamento dos critérios de moral (ou de justiça), as concepções antes apontadas foram acolhidas por muitos autores, dentre os quais se destaca Radbruch (1878-1949), que desenvolve a chamada doutrina da “natureza das coisas”, uma nova categoria ética, com a finalidade de servir de base à formulação de um novo objetivismo, tanto ético como jurídico.

Ao ver de perto as consequências do regime nazista, Radbruch reafirma a necessidade de que o legal esteja em consonância com o justo, não lhe bastando para isso apenas estar positivada (LUÑO, 2009, p. 78). Para Radbruch, o direito natural não se deriva apenas da natureza humana (universal, estável e permanente), mas também da “natureza das coisas”, esta mutável e variável no tempo e no espaço⁷.

Nesse esquema, a natureza do homem seria fixa, imutável, ao passo que a natureza das coisas seria mutável, variável; as ideias jurídicas aparecem, então, essencialmente determinadas pela matéria jurídica, pela época de que tratam, pelo espírito do povo em que surgem ou, como ele mesmo diz, “en una palabra, por lo que llamamos la naturaleza de las cosas (determinación material de la idea)” (RADBRUCH, 1951, p.30).

Outro autor de grande importância nesse ressurgimento do direito natural é o norte-americano Lon L. Fuller (1902-1978), que sustenta que uma lei não será válida se formar parte de um sistema jurídico que não se corresponda com um código superior, este obrigatoriamente baseado em valores éticos ou, no mínimo, em ideais de racionalidade. O direito natural, afirma:

⁶ Ainda a esse respeito, Luño acrescenta que é justamente por isso que, para Stammler, o direito seria “un mero proceso formal o – como él mismo dijera – ‘una forma pura de ordenación’ que pretende harmonizar los fines o propósitos individuales con los fines de la sociedad, ajustando los deseos individuales a los fines comunitarios, según un ideal social de justicia que el citado autor cifraba en el logro de una ‘comunidad de hombres de voluntad libre’”. (LUÑO, 2009, p. 76).

⁷ Nas palavras de Radbruch: “la Filosofía del derecho descansa en parte sobre la naturaleza del hombre y en parte sobre la naturaleza de las cosas; en parte sobre la idea del derecho y en parte sobre la materia de éste. La naturaleza del hombre es el factor constante y la naturaleza de las cosas el factor variable en la filosofía del derecho” (RADBRUCH, 1951, p.25).

[...] no tiene que ver con la religión ni con el absolutismo moral y ni siquiera supone la existencia de un Derecho 'superior' al Derecho positivo; se trata de un Derecho natural que, básicamente, tiene carácter procedimental o institucional y que forma parte del mismo Derecho positivo, esto es, constituye lo que él denomina 'la moralidad interna' del Derecho (ATIENZA, 2007, p. 296).

Também merece atenção o trabalho de John Finnis, para quem o Direito é um conjunto de princípios de razão prática que ordenam a vida do homem e da comunidade. Tais princípios derivam de certos bens básicos: valores objetivos em que qualquer pessoa razoável deveria reconhecer esse caráter.

Duas são as teses que constituem o seu pensamento: 1) existem bens humanos (coisas boas para a existência humana, como, por exemplo, a liberdade, a vida, o conhecimento, a religião, etc.) que só podem ser assegurados por meio do Direito; e 2) existem exigências de raciocínio prático (exigências metodológicas que permitem distinguir o pensamento correto do incorreto) que só as instituições humanas (como o Direito) podem satisfazer.

De tudo o que foi colocado, percebe-se que, apesar de algumas variações, o jusnaturalismo não se afasta da ideia de que o Direito possui uma ordem de valores conhecíveis através da razão. Além disso, permanece ele ainda ligado a uma compreensão de que é um espaço privilegiado de crítica ao direito posto pelo Estado, tal qual presente em Sófocles e sua peça “Antígona” (495-406, a.c.). Assim pensado, o direito injusto jamais será direito.

Em síntese, em relação a ele (o direito natural), pode-se dizer: 1) Todo sistema ostenta uma pretensão de justiça e correção, posto que resultaria contraditório uma ordem normativa que se apresentasse como injusta; 2) A existência de um sistema não necessita só do reconhecimento e cumprimento externos, mas também do reconhecimento interno (juízes e funcionários); 3) Ainda que nada garanta que as normas jurídicas sempre coincidam com os ideais de justiça, tomada a perspectiva de quem participa do sistema, sempre será possível afirmar que uma norma radicalmente injusta não é uma norma jurídica (seriam patologias do sistema); e, por fim, 4) O cabal conhecimento do Direito – seja científico, seja operativo – exige que o intérprete adote o chamado “ponto de vista interno”, que deverá ser

comprometido com os valores éticos essenciais pertencentes ao sistema, necessários para a realização dos juízos de validez⁸.

1.4 O JUSPOSITIVISMO: DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Como já dito antes, quando se trata de concepções de direito, o positivismo jurídico é a antítese do direito natural, guardando com ele clara oposição, o que se percebe pelos seis critérios de distinção apontados por BOBBIO (2006, p. 22) por meio de antíteses:

1ª. antítese – universalidade/particularidade: o direito natural vale em todas as partes, ao passo que o direito positivo somente vale em determinados e específicos lugares;

2ª. antítese – imutabilidade/mutabilidade: o direito natural é imutável no tempo, o que não ocorre com o direito positivo, que tem sua vigência marcada por critérios claramente colocados pelo sistema;

3ª. antítese – *natura/potestas populus*: esta relacionada com a fonte do direito; nela, o direito natural emerge da própria natureza (a metafísica), ao passo que o direito positivo surge da vontade popular;

4ª. antítese – *ratio/voluntas*: diz respeito ao modo pelo qual o direito é conhecido; o direito natural, pela razão, e o direito positivo, pela declaração (promulgação);

5ª. antítese – decorre do objeto: para o direito natural, o comportamento regulado é bom ou mau por si mesmo, ao passo que para o direito positivo há uma indiferença, de modo que a qualificação (bom ou mau) somente será assumida após a conduta ser disciplinada pelo direito; e

6ª. antítese – decorre da finalidade: o direito natural estabelece aquilo que é bom, já o direito positivo estabelece aquilo que é útil.

Como se percebe, são diferenças fortes e substanciais, que bem demonstram a incompatibilidade entre os dois modos de ver o direito, tanto que foi justamente a partir do surgimento do positivismo jurídico, em meados do século XIX, que se deu o enfraquecimento do direito

⁸ Nas palavras de Sanchís, é preciso adotar “*el llamado punto de vista interno, un punto de vista comprometido con los valores éticos esenciales en que descansa el sistema y que, entre otras cosas, resulta indispensable para efectuar juicios de validez o de aplicación del Derecho que suponen en todo caso desarrollar una argumentación moral que ha de partir de tales valores; no es posible, pues, una aproximación neutral o externa al conocimiento del Derecho*” (SANCHÍS, 2005, p. 312).

natural, sendo o positivismo jurídico apontado como a principal causa desse enfraquecimento.

Três são os fatores decisivos para esse acontecimento: 1) o historicismo e sua compreensão de que o homem e a razão são produtos históricos, de modo que à razão compete apenas e tão somente descrever a realidade e compreender as forças ocultas que a determinam; 2) o positivismo filosófico baseado no pensamento empirista e antimetafísico, sendo o positivismo acolhido pelo direito apenas no sentido de entendê-lo como um conjunto “de prescrições assumidas como tais e nas suas relações lógico-sistemáticas” (PALOMBELLA, 2005, p. 121); 3) a estatização do direito, ou seja, a construção do Estado como forma política do mundo moderno que se caracteriza pela progressiva monopolização da produção jurídica e sua identificação com a autoridade do soberano.

Este último fato é apontado por BOBBIO (2006, p. 26) como o momento principal da passagem do direito natural para o direito positivo. Atribui isso à dissolução da sociedade medieval, cuja principal característica é o pluralismo. Eram vários agrupamentos sociais, cada qual com seu ordenamento jurídico e o direito não era produzido pelo Estado. Com a formação do estado moderno “a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para essa criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado” (BOBBIO, 2006, p. 27).

1.4.1 TRÊS MOMENTOS DO POSITIVISMO JURÍDICO

Os fatores acima arrolados (o historicismo, o positivismo filosófico e estatização do direito) acabaram por influenciar três modos de desenvolvimento do positivismo, todos surgidos em locais diferentes, a saber: na Alemanha, a “Escola Histórica do Direito”; na França, a “Escola da Exegese” e, por fim, na Inglaterra, a “Jurisprudência Analítica”.

Em relação ao primeiro (Escola Histórica do Direito), apresentou-se ele como uma concepção de direito surgida nos séculos XVIII e XIX, auge do romantismo; fornece os principais elementos de crítica ao

direito natural, o que se dá a partir da primeira obra que pode efetivamente ser considerada como expressão dessa corrente. Escrita por Gustavo Hugo, em 1798, com o título de “Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo”, afirma que o direito natural não é mais entendido como um sistema normativo autossuficiente, como um conjunto de regras distinto e separado do sistema do direito positivo, “mas sim como um conjunto de considerações filosóficas sobre o próprio direito positivo” (BOBBIO, 2006, p. 46).

Para o seu principal representante, F. K. Von Savigny, deve ser rejeitada a ideia de que o homem pode criar o direito racionalmente – e a partir do nada –, já que ele (o Direito), assim como a língua, os costumes e as artes, é um fenômeno histórico, produto do que chamou de “espírito do povo” (ATIENZA, 2007, p. 232). Foi por esse motivo que o historicismo emprestou toda sua força para contribuir para a fundação dessa nova concepção de direito, havendo cinco pontos em que sua influência pode ser percebida quando confrontadas as duas concepções: 1º) a individualidade e a variedade do homem, de que se pode extrair que não existe um Direito único, que ele não é produto da razão, mas sim da história e que, por isso, varia no tempo e no espaço; 2º) a irracionalidade das forças históricas, o que leva à conclusão de que não há um cálculo racional do qual possa resultar um sentimento de justiça; 3º) o chamado “pessimismo antropológico”, ou seja, a descrença nas inovações que se pretende impor à sociedade; 4º) o amor ao passado, o que os levou a procurar reviver um antigo direito germânico em contraposição à mera recepção do direito romano; e, por fim, 5º) o sentido da tradição, que os levou a reavaliar o costume como forma de produção jurídica.

Essa compreensão, além de tornar o direito natural desnecessário – já que o direito positivo estava justificado por si mesmo – acabou por produzir um isolamento do direito da própria realidade social e, em consequência, uma ciência do Direito abstrata e formal, tanto que se converteu em um dos modelos de formalismo jurídico, a Jurisprudência dos Conceitos, desenvolvida especialmente por Rudolf Von Jhering (PALOMBELLA, 2005, p. 126).

O segundo deles, a Escola da Exegese, foi um movimento surgido na França e sustentava a redução do direito à lei, podendo-se afirmar que, “vitoriosa a revolução francesa, a Burguesia, depois de ascender defendendo o direito natural, foi constringida a abandoná-lo, para consolidar seu poder. O caráter ‘descobridor’, revolucionário, deste, foi substituído pelo signo da lei, em particular do Código Civil de 1804...” (AZEVEDO, 1999, p. 13).

E é justamente pela codificação que se dá a troca do jusnaturalismo racionalista para o positivismo jurídico em sua compreensão mais radical, vez que “identifica o direito com a lei e confia aos tribunais a missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor” (PERELMAN, 1999, p. 32). A esse respeito, afirma-se que não há dúvida alguma de que a codificação na França foi um movimento fundamental do positivismo jurídico. Com ele, iniciou-se e consolidou-se uma linha do pensamento jurídico europeu, cuja influência é sentida até hoje, resultado do iluminismo e de uma cultura racionalista: a existência de um “legislador universal (isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares) e da exigência de realizar um direito simples e unitário” (BOBBIO, 2006, p. 65).

A codificação traz consigo o triunfo de uma série de ideias, as quais podem ser colocadas comparativamente da seguinte forma: em lugar do monopólio do poder político típico do antigo regime, a participação nas decisões políticas; em lugar de uma sociedade dividida por privilégios hereditários, uma sociedade sem tais privilégios; e, ainda, em lugar de uma sociedade sem direitos e sem garantias ou limitações ao poder do Estado, uma nova sociedade com o reconhecimento de direitos e a implantação de um estado limitado pela lei.

Esse o contexto do Código Civil de 1804, documento redigido por uma comissão formada por quatro juristas: Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu e Maleville. O foco principal era um conjunto de leis que regulamentassem as relações entre os cidadãos, daí estar dividido em quatro partes: "Das Pessoas", artigos 1º a 515º; "Dos Bens" e "Das Diferentes Modificações da Propriedade", artigos 516º a 710º; e "Das Diferentes Maneiras pelas quais é Adquirida a Propriedade", artigos 711º a 2.281º. Com ele, e a partir dele, a lei passaria a circunscrever o indivíduo do seu nascimento à sua morte através do sistema do registro civil laico. Deu-se o reconhecimento do casamento civil, e se, por um lado, a figura de um Deus estava ausente do Código Civil, por outro, ao pai de família era atribuído um papel preponderante, com a finalidade de garantir a ordem no seio da família. A propriedade, transformada pela Declaração dos Direitos Humanos de 1789 num direito "inviolável e sagrado", é então apresentada como a alma universal da legislação.

Embora o documento tenha nascido de inspiração iluminista e jusnaturalista, esta é abandonada no curso de sua aprovação, evidenciando a oposição entre o que se pretendia no início e o que se produziu no final. Se, no início, a intenção era deixar toda a tradição

para trás e inaugurar totalmente o novo, sob a condução de Napoleão se produziu algo diverso: um documento que manteve algumas das estruturas jurídicas do passado, cenário que é percebido pela redação do art. 4º daquele Código, em que constava a proibição de deixar de julgar quando houvesse silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei⁹.

Interessante é observar que a intenção dos redatores era diversa da resultante da interpretação dada. O que os primeiros queriam era deixar aberta a possibilidade da livre criação do direito por parte do juiz, mas o inverso é que foi entendido: uma exaltação da onipotência do legislador e a obrigatoriedade de o juiz encontrar uma solução dentro do sistema jurídico (BOBBIO, 2006, p. 75).

Essa compreensão – que impede todo o poder de criação do direito a partir do juiz e proclama a força do legislador – funda a chamada “Escola da Exegese”, movimento de fundamental importância para o positivismo jurídico que sustenta que a interpretação da legislação deve ser um ato mecânico e passivo.

Bobbio (2006, p. 78) agrupa em cinco pontos as causas que determinaram esse entendimento: 1º) a codificação que permite o uso de uma via mais simples e mais curta para a solução de qualquer controvérsia; 2º) a mentalidade dos juristas dominada pelo princípio de autoridade, ou seja, o respeito à vontade do legislador; 3º) a doutrina da separação dos poderes, fundamento ideológico do estado moderno que impede o juiz de criar direito, sob pena de invadir competência do poder legislativo; 4º) o princípio da certeza do direito, que remete à necessidade de se ter um critério seguro para identificar a correção das condutas; e, por fim, 5º) uma questão de natureza política: a pressão exercida por Napoleão em relação às faculdades de direito para que fosse ensinado apenas o direito positivo.

⁹ Como bem diz Bobbio: “os projetos inspirados nas ideias do jusnaturalismo racionalista representavam a Revolução no ponto culminante da parábola, quando esta queria fazer tabula rasa de todo o passado: o retorno à natureza, no que tais projetos se inspiravam, desejava precisamente ser um desafio ao passado, à disciplina jurídica que o direito romano, a monarquia francesa e as outras instituições tradicionais vinham criando ao longo dos séculos. Nas intenções das comissões napoleônicas, em lugar disso, o novo código não deveria constituir-se em um início, um ponto de partida absolutamente novo e exclusivo, mas antes um ponto de chegada e de partida ao mesmo tempo, uma síntese do passado que não deveria excluir a sobrevivência e a aplicação do direito precedente (costume e direito comum romano), ao menos em casos para os quais a nova legislação não estabelecesse alguma norma” (BOBBIO, 2006, p. 73).

Suas características fundamentais podem assim ser resumidas: inversão das relações tradicionais entre o direito natural e o direito positivo, de modo que os representantes da escola da exegese não negam o direito natural, mas o minimizam por força de seu reduzido caráter prático; concepção de que normas jurídicas são apenas aquelas produzidas pelo Estado; a busca da vontade do legislador, ou seja, interpretação calcada na intenção do legislador ao produzir a única norma que reconhecem como jurídica; culto ao texto da lei, ao qual todos estão subordinados; e, uma última, respeito ao princípio da autoridade, ou seja, “a tentativa de demonstrar a justeza ou a verdade de uma proposição, apelando para a afirmação de um personagem cuja palavra não pode ser colocada em discussão, é permanente e geral na história das ideias” (BOBBIO, 2006, p. 88).

Outra transformação substancial que então se impõe – em decorrência da nova compreensão do sistema jurídico – se dá em relação ao juiz, que acaba transformado em um ser passivo. Dessa compreensão se extrai um dos principais dogmas sustentados pelos defensores dessa corrente: a segurança jurídica. De modo geral, não só os juízes, mas todos os operadores do direito são transformados em “*servidores acríticos del poder político establecido, ya fuese éste dictatorial o democrático, defendiendo la primacía de la ley positiva por encima de todo y dejando de cuestionarse los aspectos que afectan a la legitimidad o justicia de las normas jurídicas existentes*” (LUÑO, 2009, p. 83).

Por último, o terceiro dos movimentos, a chamada “Jurisprudência Analítica”. Com origem na Inglaterra do século XIX, foi criada por John Austin (1790-1859), aluno de Jeremy Bentham, de quem tomou a concepção de que o Direito é um conjunto de mandatos emanados dos soberanos aos súditos, respaldados pela coação (ATIENZA, 2007, p. 274).

Trata-se este último (Jeremy Bentham, 1748-1832) de um autor britânico que influenciou vários países com sua codificação do direito, mas não conseguiu a adoção de suas ideias em seu país de origem, a Inglaterra. Iluminista e utilitarista, defendeu a codificação do direito britânico e sua sistematização, com o objetivo de clarificação e limitação dos poderes dos juízes. Para ele, só o direito positivo poderia ser direito; daí negar a existência do direito natural e, por consequência lógica, a existência de direitos anteriores ao Estado. É o que se extrai de sua produção científica (“*A Fragment on Government*”, de 1776), que, por ter sido uma das primeiras teorizações sobre o direito positivo e a compreensão de que direito é o direito posto, constitui-se em

“antagonista coerente das teorias dos direitos naturais e das abstrações metafísicas relativas à ideia de justiça” (PALOMBELLA, 2005, p. 121).

O universo de Bentham era o sistema do *common law*, do qual foi crítico, chegando a apontar cinco defeitos fundamentais nele existentes, a saber: 1) a incerteza do direito, o que impede o cidadão de prever as consequências de suas ações; 2) a retroatividade, já que, quando o juiz decide com base em um novo precedente, ante a ausência de outros, cria direito novo e aplicado retroativamente; 3) o fato de não ser fundado no princípio da utilidade, já que – segundo o autor, falta poder ao juiz para eleger a forma de solução das controvérsias que, em sua visão, devem estar previamente colocadas em lei; 4) a falta de competência do juiz para solucionar todos os casos que lhe são colocados, competência que reconhece ao legislador; e, por fim, 5) a ausência de condições do povo para controlar a produção do direito por parte dos juízes, o que não ocorre em relação aos legisladores (BOBBIO, 2006, p. 98).

Na visão de Bentham, todo o sistema jurídico deveria ser calcado na codificação do direito, códigos estes que teriam como características: utilidade, ou seja, a produção do melhor resultado para o maior número de pessoas; completude, que não deixaria espaço para a criação judicial do direito; clareza e precisão, de maneira que todos pudessem conhecer seu conteúdo; e, por fim, existência de uma motivação que indicasse a finalidade a ser atingida com aquela lei. São ideias fundamentais para a consolidação do positivismo jurídico, o que veio a acontecer com Austin, que “representa um pouco o *trait d’union* entre as várias correntes que concorreram para fazer surgir o positivismo jurídico e particularmente entre a escola histórica alemã e o utilitarismo inglês” (BOBBIO, 2006, p. 101).

Foi com ele que se deu a separação entre a teoria geral do direito ou filosofia do direito positivo e a ciência da legislação. A primeira estudaria o direito que é, e a segunda, o direito que deveria ser, podendo-se dizer ainda que Austin

comparte con el iuspositivismo la tesis de la diferenciación entre la ley que es o existe y la ley que debería ser o no debería ser de acuerdo con un estándar asumido, comparte, por lo tanto la idea de construir un sistema de derecho positivo racional y autónomo al margen de todo contenido ético y de todo aspecto histórico o sociológico del mismo (AMADO, 2002 , p. 119).

Para isso, também sustenta que é necessária e fundamental a codificação, entendendo que o direito positivo se caracteriza “por um objeto certo (o direito como ele é), por uma visão imperativa de norma (estruturada como comando), por uma concepção estatalista do direito (a fonte da norma é o titular da soberania, órgão legislativo do Estado)” (PALOMBELLA, 2005, p. 122).

1.4.2 O POSITIVISMO DE KELSEN E HART:

Após essas três escolas, todas do século XIX e parte do século XX, ainda no primeiro quarto deste último, outro fator histórico e doutrinário de relevo no positivismo jurídico será o trabalho de Hans Kelsen, “teoria pura do direito”, o qual pode ser considerado como uma explicação a respeito da natureza do direito em que são eliminados os elementos sociológicos, políticos e morais. A definição se dá a partir das normas positivas que integram o ordenamento jurídico independentemente de seus conteúdos específicos, com o objetivo de “*proporcionar a la ciencia jurídica el mayor rigor, coherencia y autonomia posible, liberandola para ello de lo que consideraba disciplinas extrañas, tales como la psicología, la sociología o la ética*” (LUÑO, 2009, p. 84).

Segundo esse autor, os ordenamentos normativos poderiam ser divididos em dois tipos: 1) os estáticos, em que as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo – pelo fato de que derivam umas das outras, partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, com a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico – e 2) os dinâmicos, em que “as normas que os compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através da autoridade que os colocou” (BOBBIO, 1994, p. 71-72).

Para Kelsen, o ordenamento jurídico é do tipo deste último, ou seja, dinâmico, já que “o enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente de seu conteúdo” (BOBBIO, 1994, p. 73), isto porque, como ele mesmo coloca na “Teoria pura do Direito”, a ideia de validade está ligada à de vinculação do indivíduo àquela conduta, vale dizer, deverá ele agir de acordo com o prescrito em lei. À pergunta de por que deve agir como prescrito em lei, diz ele que tal não poderá ser respondido

com a simples verificação de um fato na ordem do ser, já que o fundamento de validade de uma

norma não pode ser um tal fato. Do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do fato de algo dever ser não se pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma (KELSEN, 1998, p. 215).

A validade de uma norma, então, não pode decorrer simplesmente do fato de ter emanado de um agente. Há necessidade de que este agente tenha competência conferida por uma norma para que sua validade esteja presente, a qual vincula o agente e o indivíduo que está obrigado a cumpri-la.

Outro ponto fundamental da teoria pura do direito de Kelsen, e que interessa aqui, é a concepção do sistema em sua forma de pirâmide e a noção de hierarquia das fontes do direito, o que contribuiu decisivamente para que, sob o ponto de vista científico, o raciocínio jurídico fosse organizado.

Os pressupostos da teoria pura do direito podem ser sistematizados da seguinte forma: 1) é uma ciência em que o único objeto é o direito positivo, ignorando tudo o que não corresponda a sua definição; 2) o direito é só o direito positivo (teoria pura do direito positivo); 3) o objeto do estudo do direito deve ser apenas o “dever ser jurídico”, e não a finalidade ou o conteúdo da norma (aspectos metafísicos); 4) a norma jurídica é um juízo lógico-hipotético que une um suporte fático a uma consequência jurídica; 5) o direito é um sistema coativo de normas escalonadas hierarquicamente, de modo que cada norma terá sua validade determinada pela norma anterior e superior, até chegar à chamada “norma hipotética fundamental”; e, por fim, 6) ao contrário daqueles que dizem que as normas jurídicas decorrem da vontade do Estado, Kelsen aponta que Estado e Direito são uma coisa só (LUÑO, 2009, p. 85).

Mas, em que pese a riqueza dessas contribuições, o que prevaleceu em algumas culturas jurídicas, em especial na América Latina, foi uma leitura parcial e restritiva das ideias de Kelsen que acabou por justificar uma série de golpes de estado e uma separação da ciência jurídica de sua dimensão crítico-valorativa, afirmando-se a respeito que o afastamento do direito dos seus fundamentos filosóficos e sociais, e sua consequente redução a uma simples forma que aceita qualquer conteúdo, serviu “para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e

procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política” (DALLARI, 1996, p. 82).

Da mesma forma, aponta que, com o advento do estado nacional socialista e suas práticas violadoras dos direitos humanos, mesmo para os mais ferrenhos positivistas, ficou difícil insistir no argumento de que “lei é lei”, ressurgindo a ideia de que há princípios que, apesar de não reconhecidos em um determinado e específico sistema jurídico, impõem-se como proteção a todas as pessoas (PERELMAN, 1998, p. 95).

Por fim, um último autor de fundamental importância no estudo do positivismo é Herbert L. A. Hart e sua obra “O conceito do direito”, trabalho já referido linhas atrás, publicado em 1961, em que, além de tratar do conceito de direito, apresenta uma nova compreensão do positivismo, opondo-se a Austin e a Kelsen na visão que trata o direito como ordens respaldadas por ameaças ou como organização da força.

Para ele, comparados os diversos tipos de leis encontrados em qualquer sistema jurídico moderno, percebe-se a insuficiência da compreensão do Direito como ordens coercitivas. Após afirmar que “nem todas as leis ordenam que se façam ou se deixem de fazer determinadas coisas”, aponta:

Há ramos importantes do direito aos quais essa analogia com as ordens apoiadas em ameaças deixa de se aplicar, já que desempenham uma função social totalmente diferente. As normas jurídicas que definem as formas de se fazer ou celebrar contratos, testamentos ou matrimônios válidos não exigem que as pessoas ajam desta ou daquela maneira independentemente de sua vontade. Essas leis não impõem deveres ou obrigações (HART, 2009, p. 37).

Além disso, o modelo de direito desenhado – no caso, pelo positivismo clássico de Austin –, que sustenta a ameaça – como seu traço distintivo, merece de Hart objeções em três pontos fundamentais, que dizem respeito: 1) ao conteúdo da lei, já que – como acima demonstrado – algumas normas possuem conteúdos que não se mostram semelhantes ao modelo das normas com ameaças de sanção pelo descumprimento; 2) ao âmbito de aplicação, já que, se o direito é determinado pela existência da ameaça, resta sem explicação o caráter auto-obrigatório da lei que incide inclusive em relação àqueles que detêm o poder de sancionador (HART, 2009, p. 57); e, por fim, 3) à sua origem, já que existem os

costumes (o direito consuetudinário), aos quais se reconhece juridicidade.

Com essas objeções, Hart intenta derrubar a forma pela qual o direito e as normas vinham sendo considerados até então, razão pela qual, em substituição a essa compreensão – e pela inconsistência delas na identificação de elementos comuns a todas as normas –, propõe uma tipologia das normas, o que se constitui no elemento central de sua compreensão de direito.

Para ele, as normas somente podem ser: 1) normas primárias, aquelas que prescrevem determinados comportamentos, e 2) normas secundárias, distribuídas como de reconhecimento, de mudança ou de adjudicação.

A primeira delas, chamada “regra de reconhecimento”, é apontada como sendo aquela que especifica as características que deverá possuir qualquer regra primária para ser considerada como uma norma autêntica do ordenamento em questão. As normas de mudança são aquelas que facultam a certas pessoas a possibilidade de criar, modificar ou eliminar novas regras. Por fim, as de adjudicação são aquelas que reconhecem poder a certas pessoas para identificar quando as regras primárias são descumpridas, além de estabelecer os procedimentos a ser seguidos quando tal ocorre (HART, 2009, p. 118-125).

Com essa estrutura e com a combinação desses tipos de normas, pensa Hart, “tornar-se-á claro que temos aqui não apenas o cerne de um sistema jurídico, mas também um poderosíssimo instrumento para a análise de muitos problemas que têm intrigado tanto os juristas quanto os teóricos da política” (HART, 2009, p. 127).

1.5 BOBBIO E OS TRÊS ASPECTOS DO POSITIVISMO JURÍDICO (COMO ABORDAGEM, COMO TEORIA E COMO IDEOLOGIA)

Autor de vários escritos sobre o tema, Norberto Bobbio é considerado um dos pioneiros no enfrentamento do positivismo jurídico intencionando a identificação de seus fundamentos. Fez isso em um trabalho publicado em 1961 sob a forma de artigo depois incorporado (em 1965) ao livro “*El problema del positivismo jurídico*” (BOBBIO, 1992). Nele, Bobbio afirma que o “positivismo jurídico”, apesar de ter sido apresentado historicamente como uma única doutrina, tem-se expressado ao largo de sua história sob três formas básicas, sem que entre elas haja uma necessária conexão conceitual, de modo que ser

positivista em uma dessas concepções não implica necessariamente sê-lo em outra.

São os chamados “três aspectos do positivismo jurídico”. Contudo, antes de tratar deles, essencial é recordar os sete problemas por ele apresentados, por meio dos quais é possível identificar as principais características do positivismo jurídico. O primeiro deles, relacionado ao modo de abordar e de encarar o direito, responde a esta questão tratando o direito como fato, e não como um valor. Dessa forma, o jurista deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor. O segundo trata da definição do direito, pois, para o positivismo jurídico, o direito é definido em função da coação, de onde nasce a teoria da coatividade do direito. Esse problema está ligado ao anterior, já que tratar o direito como fato leva a considerar como direito o que vige numa determinada sociedade, a saber, aquelas normas que são feitas valer por meio da força. O terceiro se volta para as fontes do direito, sabendo-se que, no positivismo jurídico, a lei é a fonte privilegiada, não havendo dispensa das demais fontes – costumes, direito judiciário ou direito consuetudinário. O quarto se prende à teoria da norma jurídica, sendo aqui a norma um comando que responde à chamada teoria imperativista do direito. O quinto problema, através do qual se pode extrair uma das suas características, diz respeito à teoria do ordenamento jurídico, que considera a estrutura não mais da norma isoladamente tomada, mas do conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade, o que leva à teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico. O sexto tem como objetivo o método da ciência jurídica, ou seja, a questão da interpretação jurídica e a forma mecanicista de realizá-la apregoada pelo positivismo. Por fim, o sétimo problema, tem seu foco na teoria da obediência e sua compreensão de que “lei é lei”, a qual leva ao chamado “positivismo ético”, posto que se trata mais de uma ordem não científica, e sim moral ou ideológica (BOBBIO, 1994, p. 131).

Dessas características, como já dito, é possível extrair que o positivismo pode ser considerado sob três aspectos diferentes: como modo de abordar o direito, como teoria do direito e, por último, como ideologia do direito.

1.5.1 O POSITIVISMO JURÍDICO COMO ABORDAGEM

Em relação ao primeiro aspecto, o chamado positivismo jurídico como abordagem ou modo de se aproximar do direito, a preocupação

não é com os instrumentos ou técnicas empregadas para a sua investigação, mas sim com a delimitação do objeto a ser investigado. Nesse caso, o direito será compreendido a partir da separação entre o direito que é do direito que deve ser ou, ainda, do direito como fato do direito como valor. Ao operador do direito, caberá ocupar-se do primeiro e não do segundo, e, como diz Bobbio: “Si se quiere usar una sola palabra para designar esta forma de approach al derecho, se la podría llamar científica” (BOBBIO, 1992, p. 41-42).

Tomada essa perspectiva, pode-se dizer que “o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência com as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais” (BOBBIO, 2006, p. 135), que apresentam como característica fundamental sua avaloratividade, vale dizer, a total separação entre juízos de fato e juízos de valor.

Nesse passo, o juspositivismo representa o estudo do direito como fato e não como valor, já que, da definição do direito, deve ser expurgada toda e qualquer qualificação que seja fundada num juízo de valor e que, conseqüentemente, possa vir a comportar distinções dentro do direito em bom ou mau, justo ou injusto. E é justamente essa atitude que contrapõe o positivismo jurídico ao jusnaturalismo, modo de entender o direito “que sustenta que deve fazer parte do estudo do direito real também a sua valoração como base no direito ideal, pelo que, na definição do direito, se deve introduzir uma qualificação que discrimine o direito tal qual é segundo um critério estabelecido do ponto de vista do direito tal qual deve ser” (BOBBIO, 2006, p. 136).

1.5.2 O POSITIVISMO JURÍDICO COMO TEORIA

Um segundo aspecto do direito positivo é a sua compreensão como teoria do direito, ou seja, a vinculação do fenômeno jurídico com a formação de um poder soberano com capacidade para exercer a coação, no caso, o Estado. É a identificação do positivismo jurídico com a teoria estatal do Direito, ao qual se vincula uma série de outras teorias próprias do juspositivismo, a saber:

- 1) A teoria da coatividade, elemento cuja presença remete diretamente ao Estado, organização social que possui tal força de modo eminente e exclusivo. Segundo Bobbio: “definir direito em função da coerção significa considerar o direito do ponto de vista do Estado. A definição coercitiva se funda, portanto, numa concepção estatal do direito” (BOBBIO, 2006, p. 147).

2) A teoria das fontes do direito, que trata da identificação e da definição do direito. Sua importância está ligada ao fato de que, a partir dela se alcançam as normas que efetivamente fazem parte do ordenamento jurídico, primeiro passo a ser dado por qualquer jurista quando se ocupa do ordenamento. Está baseada na ideia de que a lei prevalece em relação às demais fontes, para o que necessita da ocorrência de duas condições: a existência de várias fontes no ordenamento jurídico e, ainda, que estas não estejam no mesmo plano. Deverá ser um ordenamento jurídico completo, com estrutura hierarquizada.

3) A teoria imperativista da norma jurídica, que cumpre seu papel no positivismo jurídico sustentando a premissa de que a norma jurídica é um comando, o que a aproxima da concepção legalista-estatal do direito. Não surge com o positivismo jurídico, resultado de uma longa tradição, já estava presente no pensamento filosófico-jurídico romano.

Bobbio apresenta a evolução do pensamento jurídico em dois momentos, vencidas as diversas fases. O primeiro é o que chama de “imperativismo ingênuo”, que “considera o direito como um conjunto de comandos dirigidos pelo soberano aos cidadãos, sem analisar ulteriormente a estrutura do imperativo jurídico”. O segundo é o “imperativismo crítico”, que “precisa os caracteres do imperativo jurídico sob dois aspectos: a) a norma jurídica é um imperativo hipotético; b) a norma jurídica é um imperativo que se dirige não aos cidadãos, mas aos juízes” (BOBBIO, 2006, p. 195).

4) A teoria do ordenamento jurídico, que – ao contrário das demais que já existiam e foram apenas reelaboradas pelo positivismo jurídico –, foi por ele criada. Trata-se da compreensão do direito como um sistema único e está baseada em três características fundamentais a ele atribuídos: a unidade, a coerência e a completude. No dizer de Bobbio: “são essas três características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem” (BOBBIO, 2006, p. 198).

5) A teoria da interpretação, ligada à função da jurisprudência pensada pelo positivismo jurídico. Para seus defensores, sua função é apenas “declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente, isto é, no conhecimento puramente passivo e contemplativo de um objeto já dado” (BOBBIO, 2006, p. 211). Sua tarefa não é criar, mas sim interpretar, vale dizer, compreender o sentido e o alcance da norma dada.

1.5.3 O POSITIVISMO JURÍDICO COMO IDEOLOGIA

O positivismo jurídico como ideologia é categoria aqui compreendida como:

[...] expressão do comportamento avaliativo que o homem assume face uma realidade, consistindo num conjunto de juízos de valores relativos a tal realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores acolhido por aquele que o formula, e que têm o escopo de influir sobre tal realidade (BOBBIO, 2006, p. 223).

Assim foi compreendido o positivismo pelos adeptos da Escola da Exegese, acusados de fetichismo em relação à lei, já que tinham por característica não se limitar a aceitar o fato de que, naquele momento, o direito se põe na sociedade deles mediante a lei. Iam além e valoravam positivamente esse fato, considerando a lei como a melhor e única forma boa de criação do direito. Como se vê, não eram apenas intérpretes, mas também admiradores do Código de Napoleão (BOBBIO, 2006 p. 224).

1.6 AS PRINCIPAIS TESES DO POSITIVISMO JURÍDICO

De início, em relação aos três aspectos do positivismo jurídico, é preciso dizer que são modos de encarar o positivismo totalmente independentes entre si, se olhados a partir do primeiro, de modo que compreender o positivismo como abordagem não implica necessariamente compreendê-lo como teoria, isto porque “A relação de conexão entre o primeiro e a segunda é uma relação puramente histórica, não lógica, pois os primeiros estudiosos que aplicaram o método positivista viveram num contexto histórico-social (a Europa continental do século passado) no qual o direito era produzido exclusivamente pelo Estado, e com base em tal dado elaboraram a teoria juspositivista” (BOBBIO, 2006, p. 234).

Da mesma forma, visualizá-lo como método e como teoria não significa vê-lo como ideologia, o que é demonstrável tanto no plano lógico, já que não é possível extrair de um fato um juízo de valor, como no plano histórico, “pois a teoria juspositivista parece geralmente ligada a concepções éticas relativistas bem distantes da concepção do Estado ético e das outras concepções éticas que comportam o princípio da absoluta obediência à lei” (BOBBIO, 2006, p. 234).

Outro ponto que merece destaque diz respeito à percepção geral de que, das três formas de positivismo jurídico antes apresentadas, a de maior sucesso e aceitação foi a primeira delas, qual seja, o positivismo jurídico como enfoque ou modo de aproximação do direito, em que as oposições e divergências com o jusnaturalismo contemporâneo ficam mais ressaltadas. Isso pode ser claramente percebido com o direito constitucional e a compreensão do que se entende por uma constituição, categorias que foram merecedoras de um tratamento científico que as aproximou do positivismo jurídico durante o período liberal-burguês, já que naquele momento o que se precisava era apenas e tão somente de uma doutrina que oferecesse embasamento puramente técnico e científico ou, em outras palavras, de um meio de explicação de uma realidade cujo conteúdo apareceria indiscutível.

Colocadas essas questões, percebe-se ainda que o positivismo jurídico – na sua versão mais aceita – está calcado em cinco pontos centrais, a saber: 1) o direito é um fato social que tem origem na vontade dos homens e se traduz por leis (direito posto), o que afasta a possibilidade de qualquer origem metafísica; 2) o direito não é qualquer fato social, mas sim um fato social diferente dos demais porque regula o uso da força; 3) o direito está separado da moral (o direito que é e o direito que deve ser); 4) o direito é neutro axiologicamente, vale dizer, a aproximação deve ser avaliativa; e, 5) não pode existir qualquer obrigação moral de obediência ao direito já que o caráter jurídico de uma norma não depende de sua adequação a qualquer ordem ética (SANCHÍS, p. 320).

Todas elas, normalmente, são apresentadas de forma agrupada e em apenas duas teses centrais: a tese das fontes sociais do direito e a tese da separação entre direito e moral.

Em relação à primeira (a tese das fontes sociais), o direito é entendido como um fenômeno social que varia historicamente ou, ainda, tem sua origem na vontade dos homens, seja ela expressa através de enunciados que são chamados de leis, seja através de uma prática social consuetudinária (SANCHÍS, p. 319). Essa forma de ver e direito não é negada pelos jusnaturalistas, que divergem apenas no que se refere a ser ela a única origem do sistema normativo. Para eles existe outra, de ordem metafísica.

Já em relação à segunda (a tese da separação entre direito e moral), tem sido apontada como a principal divergência entre jusnaturalistas e positivistas, dado que estes últimos defendem a separação entre as duas categorias, apesar de não negarem que as normas jurídicas e as normas morais possam coincidir. Rejeitam apenas

a chamada “tese conceitual” e admitem a possibilidade de identificar um sistema jurídico ou de qualificar uma realidade como jurídica, sem necessidade de recorrer a critérios de justiça¹⁰.

Os que defendem a vinculação entre direito e moral – e que, por isso mesmo, aproximam-se dos jusnaturalistas – sustentam, em resumo que: 1) as normas de todos os sistemas jurídicos refletem os valores e aspirações morais da comunidade em que atuam; 2) as normas de um sistema jurídico devem estar ajustadas a certos princípios morais e de justiça universalmente válidos, independentemente da aceitação ou não pelo grupo ao qual se dirigem; 3) essas normas devem reconhecer e tornar efetivas as pautas morais vigentes na sociedade; 4) não é possível formular uma distinção conceitual entre normas jurídicas e normas morais; 5) os juízes aplicam normas jurídicas e também normas morais; 6) os juízes devem recorrer a normas e princípios morais para resolver os casos que não têm solução clara apontada pelas normas jurídicas; 7) os juízes não devem aplicar normas jurídicas que contrariem princípios morais ou de justiça; 8) as normas do sistema jurídico têm força moral obrigatória; 9) formular princípios de justiça aplicáveis a distintas situações juridicamente relevantes e verificar até que ponto as normas jurídicas satisfazem a tais princípios é tarefa da ciência jurídica; e, por fim, 10) para identificar um sistema jurídico, ou uma regra, como norma jurídica não basta sua adequação formal, mas também há necessidade de sua adequação com princípios morais e de justiça (NINO, 2003, p. 16-17).

Como se vê, grande foi a remodelação pela qual passou – e para alguns ainda passa – o positivismo jurídico, o que é resultado de uma série de discussões internas ocorridas ao longo dos anos e leva, conseqüentemente, alguns a apontar como incoerentes ou inadequadas as teses de uns ou de outros. Por trás disso, o que tem sido chamado de “tensão interna do positivismo” ou “tese da autodestruição”, que poderia ser assim resumida: as teses centrais do positivismo jurídico clássico (Austin, Bentham e outros) são inadequadas para dar conta da complexidade de nossas práticas jurídicas. Contudo, o intento de superar

¹⁰ Dito de outra forma, “la polémica entre ambas tesis no se refiere a la relación empírica entre derecho y moral; ningún partidario de la tesis de la separación niega que los sistemas jurídicos sean reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada. La discusión se centra en la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre derecho y moral” (VALDES, 1998, p. 19)

essas dificuldades conduz à adoção de teses incompatíveis com a doutrina positivista (NAVARRO, 2001, p. 135).

Mas, apesar disso, pode-se dizer que, de todos os debates existentes, é possível uma redução a três formas de positivismo jurídico, as quais partem das duas teses centrais antes referidas e estão em condições de atender as variações decorrentes das influências sofridas. São elas: 1) o positivismo jurídico duro ou excludente, que funda sua compreensão na ideia de que “la identificación del Derecho no puede depender de criterios morales; 2) o positivismo jurídico brando ou includente, para quem o direito “no necesita depender de criterios morales, aunque en sistemas jurídicos desarrollados sí depende de tales criterios, pues dichos sistemas están dotados de una regla de reconocimiento compleja que introduce, junto con los criterios referidos al origen, criterios morales de identificación”; e, por fim, 3) o positivismo jurídico axiológico ou normativo, que “sostiene que esa identificación debería no depender de criterios morales” (ATIENZA, [s.a.], p. 7-28).

Dos três, o chamado “positivismo brando ou includente” (do qual Hart é um dos expoentes) é considerado o mais refinado e de maior expressão no século XX, tendo como característica a concepção de que, através das normas se podem estabelecer racionalmente uns mínimos conteúdos de justiça que toda organização social deve incorporar para ser viável e que pode ser chamado de conteúdo mínimo de direito natural (ATIENZA, 2007, p. 103).

1.7 A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO E O DEBATE SOBRE SUA SUPERAÇÃO

Apesar das mudanças e adaptações ocorridas, alguns problemas de ordem teórica ainda permanecem e têm justificado a afirmação de que o positivismo jurídico está em crise e, por isso, em processo de superação. O primeiro dos problemas está relacionado ao nome, já que sob ele têm sido colocadas situações completamente diversas. O estudo de Bobbio antes mencionado, que apresenta três modos de ser e de compreender o positivismo jurídico, bem demonstra esta situação: as teses que se abrigam sob o nome de “positivismo jurídico” nem sempre possuem um elo comum e, em muitos casos, foram explicitamente rechaçadas por autores considerados positivistas e, em outros casos,

“fueron sostenidos por juristas positivistas pero no como parte esencial del positivismo por ellos defendido” (NINO, 2003, p. 30)¹¹.

O cenário é alimentado pelo que tem sido apontado como o segundo e mais grave problema do positivismo jurídico, principal divisor de idéias a seu respeito: a discussão voltada para a separação, ou não, do direito com a moral. Nesse ponto, as opiniões se dividem em relação às tendências atuais do positivismo jurídico, chegando-se até mesmo a questionar sua sobrevivência ou, ainda, sua insuficiência para dar conta dos sistemas jurídicos contemporâneos. Para um grupo considerável de teóricos, a constitucionalização da ordem jurídica e a positivação dos valores morais fizeram surgir um novo paradigma teórico, aparelhado para dar conta dos atuais sistemas normativos após a invasão do direito pela moral.

Em relação a esse tópico, não se pode negar que, mesmo com a adoção de um “positivismo brando ou includente” (Hart e seus “conteúdos mínimos de direito natural”), as bases juspositivistas sofreram forte abalo com a apresentação das teses de Ronald Dworkin, professor britânico que polarizou com Herbert Hart um dos debates mais intensos e produtivos do direito nos últimos anos.

Entre seus trabalhos, o livro de maior influência – que interessa diretamente aqui – é “Levando os direitos a sério”. Nele o autor expõe o que chamou de “uma teoria liberal do direito”. É um trabalho marcado pela crítica à teoria por ele chamada de “teoria dominante do direito”, parte dela dominada pelo positivismo jurídico, em que Dworkin reconhece a teoria defendida por H. L. A. Hart como a mais influente de todas as teorias (DWORKIN, 2007, p. XI).

Escrito na ótica do sistema jurídico anglo-americano, e por isso a partir da perspectiva do juiz que tem que resolver um caso difícil e não do legislador, tem sido apresentado como um marco no debate entre constitucionalismo de princípios e positivismo jurídico (ARIZA, 1999, p. 178).

Seus enfoques centrais podem ser aglutinados em três pontos fundamentais, todos tomando em conta o positivismo defendido por Hart, do qual se declara opositor: 1) no que se refere à separação entre direito e moral, aponta a diferença entre princípios e normas, para, com

¹¹ Com isso também concorda Carrió, que chega a classificar “positivismo jurídico” como uma expressão “intoleravelmente ambígua”, já que por ela se designam teses e concepções que se relacionam de forma distinta com o fenômeno “direito” e que são, até mesmo, incompatíveis entre si (CARRIÓ, 1990, p. 321).

isso, afirmar a existência de uma relação necessária entre essas duas categorias; 2) no que se refere à origem social do direito, faz a defesa dos princípios como *standards* jurídicos que se integram ao direito por critérios diferentes dos de sua origem, o que derruba a regra de reconhecimento hartiniana; e, por fim, 3) no que toca à discricionariedade judicial, à existência de princípios, nega legitimidade aos juízes para criar direito (ZAPATERO; GÓMEZ, 2007, p. 58).

Como se vê, é uma teoria que ataca diretamente os pontos em que estão calcadas as teses juspositivistas, afirmando especialmente que “existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moralidad correcta que permite que el juez pueda encontrar siempre criterios para ofrecer una respuesta” (ZAPATERO; GÓMEZ, 2007, p. 59).

Na concepção de Dworkin, um sistema jurídico não é apenas um conjunto de regras, mas sim, um sistema que possui princípios e normas, apresentando-se a diferença entre eles em dois planos distintos: 1) diferença lógica, já que as regras obedecem à lógica do tudo ou nada, ao passo que os princípios são passíveis de uma convivência harmônica; e 2) os princípios possuem, dentro do sistema, uma importância maior do que as regras. São princípios morais que se encontram implícitos nos fatos institucionais ocorridos na prática jurídica no passado.

Em relação aos princípios, poderão ser de dois tipos: 1) diretrizes políticas, que são dirigidas ao legislador e fixam objetivos socialmente valiosos; e, 2) princípios em sentido estrito, dirigidos aos juízes e dos quais derivam conteúdos de direitos individuais a ser gozados pelas pessoas.

A importância dessa distinção reside no fato de que, aos olhos de Dworkin, os juízes não são – e nem deveriam ser – legisladores delegados, o que justifica a refutação da afirmativa de que eles legislam quando tomam decisões consideradas políticas, as quais em verdade já foram tomadas por outras pessoas. Em suas palavras:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele

segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio (DWORKIN, 2007, p. 128-130).

O papel do juiz no caso acima é apenas o de aplicar o que já foi objeto de decisão pelo legislador quando fez a escolha política, não havendo nem mesmo criação do direito, apenas descoberta e explicitação do que, repita-se, já tinha objeto de decisão. Elas apenas tornam efetivos os direitos políticos já existentes. Além disso, não há possibilidade ou espaço para o ceticismo e sempre haverá uma única resposta para cada caso, “porque siempre hay una teoría sustantiva de carácter moral y político (de entre las que se adecuan a los materiales del Derecho) que es la mejor, lá mas profunda” (ATIENZA, 2007, p. 308).

Como já afirmado, são teses fortes que atacam direta e frontalmente a compreensão de direito apresentada por Hart, especialmente no que se refere ao reconhecimento da existência de princípios e a conexão deles com os valores morais. Sua colocação dentro do sistema cria dificuldades quase que insuperáveis ao juspositivismo. Tal quadro, somado aos movimentos do constitucionalismo do segundo pós-guerra, é que tem levado às afirmações que apontam para a inadequação do positivismo diante da realidade normativa atual.

Assim pensam Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero. Em um texto intitulado “*Dejemos atrás el positivismo jurídico*”, esses autores não contestam a veracidade das duas teses principais do positivismo (fonte social do direito e separação do direito com a moral), mas afirmam sua debilidade, o que ocorre em dois planos: 1) são irrelevantes; e, 2) constituem um obstáculo “que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del Derecho adecuadas a las condiciones del Estado Constitucional” (ATIENZA; MANERO, [s.a.], p. 21).

Quanto ao primeiro plano, o da irrelevância, recordam eles que muitos autores jusnaturalistas estão de acordo com a tese das fontes sociais do direito, compreendida como realidade histórica mutável, dos quais Radbruch, Fuller e Finnis são exemplos, o que faz desaparecer a diferença entre os dois grupos e torna semelhantes seus enfoques. O mesmo ocorre com a tese da separação entre direito e moral, especialmente se for considerado o ponto de vista dos positivistas com a concepção de juspositivismo brando ou inclusivo em que se sustenta a existência de um mínimo de direito natural nos ordenamentos positivados (ATIENZA; MANERO, [s.a.], p. 21).

Quanto ao segundo plano – o do obstáculo, ressaltam Atienza e Manero que o problema do juspositivismo não está tão somente nas teses que o definem, mas também em certas concepções que o acompanharam e que dizem respeito “a la concepción descriptivista de la teoría del Derecho y a la concepción de las normas jurídicas como directivas de conducta que resultan de otros tantos actos de prescribir” (ATIENZA; MANERO, [s.a.], p. 21), as quais foram defendidas por autores como Kelsen, Ross ou Hart.

Nesses dois pontos existe um elemento comum: a compreensão de que a teoria do direito é orientada a uma descrição livre de valorações do seu objeto. Isso gerou uma incomunicabilidade com o discurso prático em geral e um afastamento daqueles que não eram os cultores dessa teoria do direito, de modo que, se nada podia ser dito ou recomendado em relação ao seu bom desenvolvimento e funcionamento, seria natural um desinteresse daqueles teóricos que não eram seus cultivadores¹².

Concluem Atienza e Manero: o juspositivismo, ao ver as normas como diretivas de conduta, meramente descritivas, e ao dar ênfase a seu elemento de autoridade em detrimento do seu aspecto valorativo, ficou inabilitado para dar conta dos problemas atuais. Sua visão do direito é como o de um sistema, e não como prática social complexa, característica principal dos ordenamentos atuais em que a constituição ocupa todos os espaços de regulação normativa (ATIENZA; MANERO, [s.a.], p. 26).

Em razão disso, e como o juspositivismo não consegue dar respostas adequadas quando chamado, é que sustentam sua superação como forma de entender e de compreender o direito. Afirmam que as categorias e teses centrais do juspositivismo não oferecem respostas quando o sistema é confrontado com a realidade. Não se trata de um novo jusnaturalismo, posto que não se atribui a origem do direito a uma ordem metafísica, e nem de um positivismo com nova roupagem, já que a previsão – dentro do ordenamento jurídico – de normas de caráter moral fez ruir a ideia da separação conceitual, tornando evidente a

¹² Nas palavras de Manoel Atienza e Juan Ruis Manero: “*no podía interesar a los filósofos de la moral o la política y en cuanto a los dogmáticos, un aparato conceptual que se ve a sí mismo como orientado exclusivamente a la descripción del sistema jurídico ha de verse, necesariamente, como de interés limitado por quien trata, fundamentalmente, de suministrar criterios para la mejor aplicación y desarrollo de ese mismo sistema jurídico*” (ATIENZA; MANERO, [s.a.], p. 22).

necessidade de entendimento dos aspectos morais e a necessidade de construção de sistemas para a adequada compreensão deles.

A separação entre o direito e a moral resultou em um afastamento da realidade, motivo pelo qual é possível falar em crise do positivismo jurídico e seu fim. Abre-se espaço, pois, para o surgimento de um novo paradigma, o constitucional, que pretende essencialmente “mostrar que el Derecho está íntimamente relacionado con la moral y que por ello el jurista deve estar comprometido con la moral que aparece expresada en la Constitución” (ARIZA, 1999, p. 146).

Na mesma linha segue Garcia Pelayo (1984, p. 63) ao apontar cinco críticas dirigidas ao programa positivista que justificam sua inaptidão frente ao constitucionalismo atual, a saber: 1) no direito constitucional é inviável a compreensão de que o estudo do direito fica limitado às normas postas pelo sistema, havendo que se dar atenção aos costumes e usos constitucionais; 2) a ordem normativa olhada de forma isolada é insuficiente para a compreensão adequada da norma constitucional – é preciso analisar o contexto social e político em que ela se insere; 3) a finalidade da norma faz parte do seu conteúdo e condiciona sua aplicação, característica que tem feito surgir novos e diferenciados métodos de interpretação; 4) a norma só tem vigência quando incorporada a uma situação real: deixa de ser vigente a norma constitucional que perde o seu referencial com a realidade; e, 5) qualquer norma está inserida e condicionada por uma situação histórica, o que dá lugar à criação de novas normas e, também, outorga novo sentido às existentes, alterando seu conteúdo.

É uma situação que pode ser claramente percebida quando ocorrem os conflitos de princípios constitucionais, tão comuns na atualidade em que o juspositivismo se apresenta como incapaz de dar respostas quando a norma é confrontada com uma realidade que se altera. Considere-se, ainda, que o questionamento parte do próprio sistema (as normas de caráter moral inseridas na constituição). Essa incapacidade chega a tanto que o entendimento da norma necessita ser auxiliado pela interpretação, como é o caso da chamada interpretação constitucional evolutiva e tantas outras que surgem no cenário da teoria constitucional.

Em síntese: o constitucionalismo, que pode ser apontado como a novidade teórica dos últimos anos, colocou em debate a insuficiência do positivismo jurídico. Seus problemas – dentre eles a chamada “tese da autodestruição” – acabaram por invadir o palco do debate com as discussões em torno da flexibilização da separação entre direito e moral,

o que foi determinado especialmente pela invasão dos conceitos desta última com as normas constitucionais.

De tudo isso, não se pode negar que assiste razão a Aguiló, Atienza e Manero (2007, p. 116) na constatação das posturas possíveis neste momento da teoria do direito, quando as constituições se colocam no centro do ordenamento jurídico.

A partir daí, três são as posturas possíveis: 1) ignorá-lo ou negá-lo e seguir construindo a teoria do direito e a dogmática constitucional como se fazia no passado; 2) reconhecer a existência das mudanças, mas pensar que elas podem ser explicadas e manejadas sem necessidade de introduzir algo como um novo paradigma no pensamento jurídico; e 3) pensar que o novo fenômeno jurídico requer também uma nova teorização. Nessa última, cabe uma subdivisão: 3.1) os que consideram que a nova teoria pode e deve elaborar-se sem abandonar a forma do positivismo jurídico; e 3.2) os que consideram que o positivismo – em qualquer das suas formas atuais – não oferece uma base teórica adequada para dar conta desses fenômenos, de modo que o constitucionalismo contemporâneo obrigaria a todos a ir mais além do positivismo jurídico (REGLA; ATIENZA; MANERO, 2007, p. 116).

1.8 O REALISMO JURÍDICO

Como já dito antes, em que pese o realismo jurídico não deixar de ser – em sentido genérico – uma espécie de positivismo jurídico, já que a inclusão da eficácia entre os seus elementos não o desnatura como tal, necessário aqui descrever seus pontos principais. Afinal, é esta forma de compreender o direito a que mais privilegia a manifestação judicial, objeto central deste trabalho.

Seu surgimento se dá em meio as transformações ocorridas na transição do estado liberal para o estado social, motivada pelo declínio do primeiro. Isso foi no final do Século XIX e início do Século XX, e luta era contra o formalismo, surgindo vários autores que se ocuparam de criar pontes entre o direito estatal e a realidade social¹³. Mas foi, contudo, nos Estados Unidos da América onde esta corrente floresceu de modo mais contundente.

Nas palavras de BOBBIO (p. 142), a chamada “escola realista do direito” entende o direito como o conjunto de regras que são

¹³ A esse respeito ver Atienza (2007, p. 278), onde inclusive há a descrição de uma série de correntes com essa preocupação.

efetivamente seguidas numa determinada sociedade, sendo que sua diferença com os juspositivistas (em sentido estrito) pode ser assim colocada: “os juspositivistas enfocam o direito pelo ângulo visual do dever ser, considerando assim o direito como uma realidade normativa; os realistas enfocam o direito do ângulo visual do ser, considerando assim o direito como uma realidade factual” (BOBBIO, p. 142).

Como se percebe pelo acima colocado, a diferença entre as duas formas de compreender o direito está relacionada à fonte do direito, já que no caso dos primeiros há uma centralidade na legislação (dever ser), e não no que efetivamente é feito dela no campo da realidade (ser). Este ponto é fundamental para que se compreenda de forma adequada o realismo, já que não se trata de um direito extraído da conduta dos cidadãos, como pode parecer a uma primeira vista. Trata-se de um direito que é extraído da conduta dos juízes, que são aqueles que tem sob sua responsabilidade fazer com que as normas de conduta sejam respeitadas.

Em lugar de um direito legislativo, temos então um direito que origina da atividade judicial.

1.9 RESUMO DO DEBATE

O que se pretendeu até aqui foi, em síntese, reconstruir e realçar as bases que alimentaram o pensamento jurídico atual, com especial ênfase no impacto que o constitucionalismo contemporâneo causou no positivismo jurídico. Se no momento de seu surgimento, o Direito era explicado como um fenômeno natural, ou seja, fundado na natureza – por uma ordem de idéias ou ditado por um deus – mais tarde e com a complexidade da vida em sociedade, acaba-se por optar pela sua positivação, transformando-se aquilo que tinha uma explicação metafísica em algo que pode ser explicado de forma positiva, consolidada.

A partir daí, o juspositivismo passa ser a concepção dominante de direito, especialmente na Europa central. Não que outras formas não tenham surgido, mas reconhece-se, nenhuma delas com a força do modo dominante. Exemplo disso é o realismo jurídico que, apesar de entendido como uma forma de positivismo jurídico, já que dele se diferencia quase que exclusivamente em função das suas fontes, tem sua influência restrita aos Estados Unidos da América e a Escandinávia.

A consolidação dessa forma de entender o direito não o deixou livre das transformações políticas e sociais que afetaram o mundo moderno e contemporâneo. Assim foi quando da transformação do

estado liberal em estado social e, mais recentemente, na passagem do estado legislativo de direito para o estado constitucional de direito. Nesse momento, aliás, é que se dá o questionamento principal: o positivismo jurídico está superado?

No que se refere a teoria do direito, a resposta que tem se apresentado é em sentido positivo, e isto por um motivo principal: as teses que sustentam o positivismo jurídico já não cabem mais dentro do constitucionalismo, havendo a necessidade de sua reformulação, especialmente para que se dê conta das normas de conteúdo moral que foram inseridas nas Constituições pós-século XX.

E o reconhecimento deste cenário leva à necessidade de compreender como se deu esta transformação sob a ótica da organização do Estado. Em outras palavras: como se operou a transformação do estado em estado de direito e, posteriormente, em estado constitucional de direito, isso sem perder de vista o objeto central: compreender o ambiente do garantismo.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO: CONCEITO, ESTRUTURA E CONEXÕES COM A RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

2.1 O ESTADO DE DIREITO

Para tratar de forma adequada o constitucionalismo, aqui compreendido como teoria que dá sustentação a um específico e determinado modelo de Constituição e de Estado, é preciso examinar os conceitos fundamentais da grande estrutura que lhe dá apoio desde o seu surgimento nos primórdios do Estado Moderno, o “Estado de Direito”¹⁴.

De início, destaque-se que seu ponto fundamental reside no poder, elemento que une as duas expressões que lhe dão origem (Estado e Direito), o que fica evidente ao se examinar o poder político. Dele, os juspositivistas do século XVIII salientaram a coação que, em sua visão, era o elemento central do Direito e se sobrepunha à justiça apregoada pelos jusnaturalistas. Para eles, juspositivistas, o Direito é a justificação do poder do Estado e do governante, afastando-se de outras ordens como, por exemplo, a tradição ou a religião, concepções comuns à Idade Média.

Isso, porém, não significa afirmar que os jusnaturalistas não entendessem a coatividade como elemento característico do Direito, apenas não lhe conferiam o mesmo peso. Consideravam a justiça como elemento central do Direito, característica minimizada pelos juspositivistas clássicos que, como já visto, o compreendiam mais como coação e menos como o que é (ou deveria ser) o justo. Mas, apesar dessa diferença entre o caráter valorativo e o caráter de autoridade, em um ponto concordavam: tanto para uns como para outros, a coação (o poder) tinha papel instrumental de grande importância na realização dos fins do Direito (ATIENZA, 2007, p. 116).

Foi a partir dos contratualistas modernos (como Hobbes, Locke e Rousseau) que pensar a coatividade como um dos elementos do Direito ganhou corpo, dando-se a vinculação ao poder político e, conseqüentemente, ao Estado. A força do Direito é política e estatal e decorre do “pacto social”, fórmula que explica a passagem do estado de natureza para o estado de sociedade civil: no primeiro, os indivíduos

¹⁴ A concepção de “Estado de Direito” que se utilizará aqui é aquela recordada por Luigi Ferrajoli e atribuída a Norberto Bobbio, que se refere a duas situações: governo *sub lege*, ou submetido a leis, e governo *per lege*, ou exercido mediante leis gerais e abstratas (1995, p. 856).

possuem certos direitos naturais que não podem fazer valer, ou não podem possuir de maneira segura, senão chegando ao segundo momento em que instituem um poder político capaz de lhes assegurar esses direitos¹⁵.

A esses autores, soma-se Emmanuel Kant, filósofo alemão do século XVIII que aderiu ao pensamento de Rousseau no que se refere ao pacto social como origem do poder político, com uma diferença, porém: para ele, trata-se de um “todo racional” e não de um fato histórico, dando-se um processo de racionalização com sua transferência da esfera sociológica para a esfera normativa¹⁶.

Como se percebe, ainda que por caminhos diferentes, todos esses filósofos optaram por uma explicação do pacto social e da passagem do estado de natureza para o estado civil com a transformação dos direitos naturais (vida, liberdade, etc.) em direitos civis, a partir do reconhecimento de que o Direito é inseparável do Estado. É justamente daí que resulta o “Estado de Direito” como categoria própria, onde “Direito” e “Estado” se apresentam como dois aspectos da mesma realidade: se, por um lado, o Direito se mostra como direito estatal (Direito do Estado), por outro, o Estado também se apresenta a partir do Direito, já que seu poder só será legítimo se submetido ao Direito (ATIENZA, 2007, p. 127).

Dessa forma, pode-se definir o Estado de Direito como o Estado de Direito racional, isto é, o Estado que realiza os princípios da razão em e para a vida em comum dos homens, tal como estavam formulados na tradição da teoria do Direito racional¹⁷, e apresenta como

¹⁵ No dizer de Manuel Atienza: necessitam de “un poder capaz de imponerse a cada uno de los individuos: ese poder soberano, que surge y se fundamenta con el pacto social, es lo que hace que los derechos naturales pasen a ser derechos civiles” (2007, p. 117). Também a esse respeito, Norberto Bobbio se manifesta em Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant (1997, p. 119).

¹⁶ Nas palavras de Norberto Bobbio: “o contrato social para Kant não é um fato histórico, mas um ideal da razão. Que significa esta transformação da doutrina tradicional? Significa que o Estado não é de fato fundamentado no consenso, mas deve estar fundamentado no consenso, ainda que de fato tenha-se originado da força. Significa em outras palavras que o consenso é um ideal a que o Estado deve visar, é uma exigência na qual qualquer Estado deve inspirar-se. Não é um acontecimento empírico, mas um ideal racional que, enquanto tal, vale independentemente da experiência” (1997, p. 125).

¹⁷ Lembra Ernest Wolfgang Bökenförde: “el Estado del derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de

características principais: 1) a renúncia a toda e qualquer ideia de um objetivo pessoal do Estado, já que seu objetivo é o interesse de todos os indivíduos; 2) a limitação das tarefas do Estado à liberdade e à segurança da pessoa e da propriedade; e, 3) a organização do Estado e a regulação de sua atividade segundo princípios racionais que giram em torno do reconhecimento de direitos básicos de cidadania (liberdades em geral), igualdade jurídica, garantia da propriedade, independência dos juízes, governo responsável e império da lei elaborada com participação da representação popular (BÖKENFÖRDE, 2000, p. 20).

Sem desconsiderar a importância da impessoalidade e da limitação das tarefas do Estado sustentada pelos liberais, a verdade é que – dos três aspectos mencionados – o último deles merece um destaque especial, já que – para a existência de um verdadeiro Estado de Direito – é fundamental que o poder esteja submetido ao Direito, o que somente ocorrerá se houver um Estado em que ele, o poder, e a sua atividade, estiverem regulados e controlados pela lei. Daí o acerto em se afirmar que *“El Estado de Derecho consiste así fundamentalmente en el ‘imperio de la ley’: Derecho y ley entendidos en este contexto como expresión de la voluntad general”* (DÍAS, 1998, p. 29).

Aqui se alcança uma das marcas fundamentais do Estado de Direito, em que se privilegia o pensamento de que o governo das leis é melhor que o governo dos homens. Trata-se de uma discussão que sempre acompanhou os debates a respeito do Estado, firmando-se a opção pelo primeiro modelo, não se questionando, contudo, o fato de que se trata de leis positivadas por quem detém o poder, restando apontar quem estabelece as normas para ele, o detentor do poder. A esse respeito, Bobbio afirma que duas foram as respostas que surgiram: a primeira ressaltando que seriam elas leis naturais ou decorrentes da tradição (como no caso de Antígona), a segunda indicando a existência do grande legislador, o homem sábio. Foi esta a mais destacada para justificar a aceitação das primeiras constituições escritas, que “nascem sob o signo da missão histórica extraordinária de quem instaura, com um novo corpo de leis, o reino da razão, interpretando as leis da natureza e transformando-as em lei positiva com uma Constituição saída, de um só jato, da mente dos sábios” (BOBBIO, 2010, p. 97).

A partir daí, a positivação tornou-se regra, abrindo caminho para que, anos mais tarde, já no século XX, Hans Kelsen apresentasse o que é considerado como sua grande contribuição ao assunto: colocar de lado

los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional” (2000, p. 19).

uma compreensão do Estado a partir de um ponto de vista sociológico – em que ele era visto como uma forma de organização social – e privilegiar o ponto de vista jurídico, vale dizer, o Estado como órgão de produção jurídica. Como aponta Bobbio (2010, p. 57), foi com Kelsen que o Estado ficou definitiva e totalmente resolvido no ordenamento jurídico, desaparecendo a compreensão que o via como entidade diversa do Direito, “que dele regula a atividade dedicada à produção e à execução de normas jurídicas”.

Entendido sob o aspecto histórico, o Estado de Direito é uma estrutura política que assumiu diversas formas ao longo dos anos. Ainda que de modo embrionária, sua presença é notada já no século XIII, quando ocorreu um processo de organização dos territórios europeus motivado por três fatores sócio-políticos: 1) a existência de um senhor com “*imperium*”, ou seja, com o poder de fazer justiça, cobrar tributos e convocar exércitos; 2) a existência de uma assembleia representativa com funções de limitar o poder do senhor e de colaborar na administração; e 3) a presença de regras em substituição aos costumes, iniciando-se um lento processo de positivação dessas regras (FIORAVANTI, 2004, p. 14).

A formação de grandes territórios foi o que, na visão de Bobbio, contribuiu de modo decisivo até mesmo para a discussão a respeito do nome “Estado”, já que se buscava utilizá-lo para designar somente o novo, recusando-se essa nomenclatura para as organizações políticas existentes antes daquele período, em especial, as localizadas na Antiguidade. A tentativa era clara: anunciar o novo e romper com a tradição política anterior, visão que é destacada pelos autores que colocam a dissolução da sociedade medieval como um elemento anterior ao processo de formação dos grandes Estados territoriais. Sustentam a não continuidade entre os ordenamentos de antes (da Antiguidade ou da idade intermediária) e os da época (os da Idade Moderna), considerando “o Estado como uma formação história que não só não existiu sempre, como nasceu numa época relativamente recente” (BOBBIO, 2010, p. 68).

Os argumentos a confirmar essa tese estavam ligados justamente à organização dos territórios e ao exercício da soberania através da monopolização de serviços essenciais, produção de normas jurídicas, recolhimento de impostos, organização de exércitos, tudo como descrito por Max Weber, ou seja, “o Estado Moderno definido mediante dois elementos constitutivos: a presença de um aparato administrativo com a função de prover a prestação de serviços públicos e o monopólio legítimo da força” (BOBBIO, 2010, p. 69).

Abstraída essa discussão, que não tem lugar neste momento, o que se percebe também é que o surgimento deste novo ente, o Estado Moderno, está calcado em algumas mudanças de compreensão a respeito de questões que sempre acompanharam a vida do homem em sociedade, em especial em dois pontos.

O primeiro diz respeito à relação entre Estado e sociedade, posto que se rompera uma tradição secular surgida na Antiguidade. Todas as análises eram então feitas a partir da organização política, a sociedade considerada como apenas uma parte da primeira. A vida social do homem era analisada a partir da organização política. Contudo, a partir dos processos revolucionários dos séculos XVIII e XIX, deu-se uma clara inversão, de modo que “pouco a pouco a sociedade nas suas várias articulações torna-se o todo, do qual o Estado, considerado restritivamente como o aparato coativo com o qual um setor da sociedade exerce o poder sobre o outro, é degradado à parte” (BOBBIO, 2010, p. 61).

O segundo se reporta à relação governantes-governados, já que – também historicamente – a análise do Estado sempre se fez a partir do olhar e da atuação dos governantes (ponto de vista do governante), a ele dedicando-se boa parte dos escritores políticos; situação que se alterou no início da Idade Moderna com a incorporação dos direitos naturais e a concepção de que o cidadão tem direitos (bem-estar, segurança, propriedade e resistência a leis injustas). Desse entendimento, resultaram as Declarações de Direitos do século XVII – com especial ênfase para a francesa e a americana – nas quais está claramente colocada a idéia de que o governo é que serve para o indivíduo, e não o contrário, princípio que exerceu grande influência sobre todas as Constituições que vieram depois (BOBBIO, 2010, p. 65).

2.2 ESTADO DE DIREITO LIBERAL

De início, importante é frisar que há uma tendência a identificar “Estado de Direito” com “Estado Liberal”, o que pode ser explicado não só porque os fatos históricos que dão origem a um e a outro são os mesmos, mas também porque ambos têm como pano de fundo a limitação do poder do governante. Assim, apesar das tentativas de se localizarem as origens do primeiro em tempos mais remotos, não há dúvida de que o Estado de Direito se vincula, em sua origem e desenvolvimento, ao Estado Liberal, mas sem esgotar-se neste último, já que as formulações feitas para o Estado de Direito têm a possibilidade

de ser utilizadas com relação a diferentes contextos socioeconômicos e ideológicos, como é o caso do Estado de Direito Social, o que se verá mais adiante (CONDE, 1999, p. 93).

Dos pontos em comum entre os dois (Estado de Direito e Estado Liberal), o principal é o conceito do “império da lei”, sob o qual está edificada toda a estrutura do Estado Liberal em que se dá a transformação da lei em expressão maior do Direito. Esse conceito fundamenta três importantes elementos políticos e jurídicos ainda presentes na sociedade contemporânea, a saber: 1) a presunção de liberdade, que é o princípio da legalidade afirmado no art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que está dito que “Tudo o que não está proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena”; 2) o princípio da reserva legal, de modo que só a lei poderá disciplinar o exercício dos direitos individuais; e, por fim, 3) a Constituição, documento maior do ordenamento, que garante direitos e separa poderes, como bem diz o art. 16 da Declaração já referida: “Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos e nem a separação dos poderes não possui Constituição” (FIORAVANTI, 2004, p. 35).

De todos eles, sem dúvida alguma, o item que trata do surgimento das constituições é o que merece maior destaque, já que – além de abrigar e garantir os dois primeiros – é a partir daí que se tem um documento que se torna a “Lei” principal na estrutura do Estado de Direito. Isso ocorre não só porque nela foram depositadas as principais noções de como deveria ser o Estado (declaração de direitos e separação de poderes), que tanto animaram os liberais na concretização de seu objetivo maior, qual seja, acabar com o Antigo Regime, mas também, e principalmente, porque se tornou pressuposto da própria existência do Estado¹⁸.

A partir daí, firma-se entender que, sem Constituição, não haveria Estado, já que esse documento passa a ser a “*estructura jurídico-política de un estado concreto, que, a su vez, se integra como momento en la estructura total del Estado y de la sociedad*” (GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 109).

¹⁸ Como disse Emmanuel Sieyès poucos meses antes da Revolução Francesa em um documento intitulado “O que é o Terceiro Estado?": “É impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que se preencham as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é que chamamos de Constituição desse corpo. É evidente que não pode existir sem ela” (SIEYÈS, 2001, p. 48).

A Constituição liberal torna-se instrumento fundamental do Estado de Direito Liberal, já que através dela se dará o controle do poder, seja pela declaração de direitos de oposição diante do Estado ou pela separação de poderes, outra característica importante sustentada pelo ideário da época. O controle do poder político ocorre por seu intermédio, expressão maior do “império da lei”, sendo ainda por meio da Constituição que se percebe e verifica a conexão entre Direito e poder. Isso acontece porque: 1) o poder do Estado se exerce através do esquema estabelecido na Constituição; e 2) o poder social se faz estatal segundo os caminhos estabelecidos também pela Constituição, cabendo ainda ressaltar que as funções do Estado adquirem um significado especial, já que são exercício de poder, *“no de mero poder, sino de poder ejercido con arreglo a normas jurídicas, que está organizado por normas jurídicas y que actúa según y en virtud de normas jurídicas”* (GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 109).

Como movimento informado pelo liberalismo, evidente que a Constituição assume e conforma essa orientação, na medida em que prevê todos os mecanismos necessários ao desenvolvimento do ideário liberal, dentre os quais ganha relevo o individualismo, no caso de caráter abstrato e como ponto de partida para que cada um possa desenvolver a singularidade de sua existência individual. Para isso, usam três caminhos: 1) o reconhecimento de direitos individuais que criam uma esfera de liberdade diante do poder do Estado; 2) um princípio de organização do poder de maneira que se limite a si mesmo e, ainda, garanta os direitos individuais; e 3) a submissão da atividade do Estado a regras jurídicas claras com eliminação do arbítrio que possa violar os direitos individuais (GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 144).

Por tudo isso, é possível identificar as principais características do Estado Liberal, a saber: 1) império da lei, sendo esta a expressão da vontade geral; 2) divisão de poderes e submissão da administração pública ao princípio da legalidade, sempre tendo em vista a impossibilidade de concentração de poder nas mãos de um só e a possibilidade de submissão dos atos a controle jurisdicional; e 3) a declaração de direitos e liberdades fundamentais, no caso, direitos de oposição diante do poder do Estado (CONDE, 1999, p. 95).

Como se verá mais adiante, essa formulação e os postulados liberais levados a extremos deram origem a graves problemas, com especial ênfase para os de ordem social. Embora o individualismo associado a uma base de apoio sustentada por uma sociedade burguesa-capitalista tenha possibilitado ao Estado Liberal sustentar um dos seus pontos fortes, a defesa intransigente da propriedade e sua colocação

como “direito inviolável e sagrado” (art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), de todas as suas insuficiências, não há dúvida de que esse fator desencadeou a maior delas. Isso porque, uma proclamação desse porte em um contexto capitalista gerou uma deficiente proteção aos direitos e liberdades daqueles que não eram proprietários, que nem mesmo direito a voto tinham, de modo que, a lei – que teoricamente era para ser vontade geral e expressão da soberania popular – tornou-se vontade de um pequeno grupo e expressão da “soberania nacional” (DÍAS, 1998, p. 42).

A partir daí surgiram outros problemas relacionados ao esvaziamento produzido pela influência juspositivista presente no Estado Liberal desde a sua formação. Foi através dele que se produziu a ideia de redução de Direito a lei, o que contribuiu para a construção do novo modelo político dotado de um instrumento materializado e não metafísico. Em troca disso, o Direito positivo recebeu o espaço necessário para o desenvolvimento de seus postulados.

É bem verdade que isso se deu a um alto preço, já que o Estado de Direito experimentou, em função disso, uma grande perda de substância ao se converter em uma mera fórmula política vazia que poderia ser aplicada a todo e qualquer tipo de Estado. Preparado que foi pelo jusnaturalismo com a redução do Direito a pura razão independente da vontade, sofreu a retirada de seu conteúdo, o que se concluiu com Kelsen e sua sustentação de que, sob o ponto de vista juspositivista – incompatível com toda espécie de direito natural – todo Estado tem que ser Estado de Direito em sentido formal:

[...] puesto que todo Estado tiene que construir un orden, un orden coactivo de la conducta humana, y este orden coactivo, sea cualquiera el método – autocrático o democrático – de sua creación, y cualquiera que sea su contenido tiene que ser un orden jurídico que se va concretando gradualmente desde la norma fundamental hipotética hasta los actos jurídicos individuales, a través de las normas generales. Éste es el concepto del Estado de Derecho, que se identifica tanto con el concepto del Derecho como con el del Estado (KELSEN, 2002, p. 153).

Destaca Garcia-Pelayo:

[...] surgido como concepto polémico frente al Estado autoritário, intervencionista y burocrático del absolutismo, parte de la base de que el Estado ha de renunciar a preocuparse por la felicidad y el bienestar de los ciudadanos para limitarse a garantizar la libertad del despliegue vital de cada cual y que tal misión queda agotada con la positivación y mantenimiento del orden jurídica (GARCÍA-PELAYO, 1984, p. 157).

Essa opção, qual seja, negar a responsabilidade pela felicidade dos cidadãos para dedicar-se à garantia de sua liberdade, não se deu sem consequências. No final do Século XIX, após um momento de liberalismo levado ao extremo, chegou-se a um quadro social dos mais desagradáveis em relação aos níveis de miséria e fome, indicando claramente o esgotamento desse modelo como postura política, econômica e social. Hobsbawm destaca:

Eram três as possibilidades abertas aos pobres que se encontravam à margem da sociedade burguesa e não mais efetivamente protegidos nas regiões ainda inacessíveis da sociedade tradicional. Eles podiam lutar para se tornarem burgueses, poderiam permitir que fossem oprimidos ou então poderiam se rebelar (HOBSBAWM, 2000).

Tal situação havia sido bem compreendida por Marx e Engels, sendo precisa a afirmação feita por Bonavides quando diz que o Manifesto do Partido Comunista de 1848 “poderia ter começado com as mesmas palavras do Contrato Social. Na verdade, o que levou Marx àquela profunda e sombria reflexão crítica foi a perplexidade da mesma dor: ver o Homem escravizado” (BONAVIDES, 1996, p. 172), concluindo mais adiante: “Rousseau queria a libertação política do Homem; Marx, a liberdade econômica” (BONAVIDES, 1996, p. 173).

Se, antes, quando da Revolução Francesa – fato histórico que mundializou o ideário liberal – o problema era a opressão pela questão política, para Marx o problema tornou-se econômico, pois era através do dinheiro que as pessoas eram cerceadas em sua liberdade.

2.3 ESTADO DE DIREITO SOCIAL

Com o objetivo de superar as dificuldades apresentadas pelo Estado Liberal, surge como alternativa o modelo do Estado de Direito Social, formulação que intenta adaptar as bases do Estado Liberal para nele incluir os direitos sociais revisando os dois pontos principais sobre os quais se assentava o liberalismo: o individualismo e o abstencionismo do Estado. Além disso, tinha como objetivo demonstrar a incapacidade do modelo liberal clássico para resolver os difíceis e complexos problemas de uma sociedade industrializada e com novas características como, por exemplo, a cultura de massas, a sociedade de consumo, o progresso da técnica, etc. Eram problemas que não pareciam encontrar suficiente solução com a adoção dos instrumentos e procedimentos típicos do liberalismo (DÍAS, 1998, p. 103).

Compondo seu ideário, impôs-se a visão de que um Estado deveria ser intervencionista e ativo, com um poder executivo forte, bem administrado tecnicamente, tudo com o objetivo de bem controlar a atividade econômica e social e construir um estado de bem estar social (*welfare state*). De todas as suas características, a principal era o firme propósito de compatibilizar em um mesmo sistema dois elementos: 1) o capitalismo como forma de produção e 2) a concretização de um bem-estar geral. A crença de que isso era possível constituía “*el elemento psicológico, y al mismo tiempo ideológico, que sirve de base al neocapitalismo típico del Welfare State*” (DÍAS, 1998, p. 111).

Com isso, novas funções viriam a ser reservadas aos Estados, deixando eles de apenas declarar direitos e separar poderes como na visão meramente liberal. Passariam a incorporar e declarar direitos sociais, prestações impostas ao Estado, que deveriam ser realizadas em favor dos mais desfavorecidos, o que representa, sem dúvida alguma, uma grande transformação na estrutura do antigo Estado Liberal, sem se transformar em Estado Proletário como nos países do chamado “socialismo real”¹⁹.

¹⁹ Nas palavras de Paulo Bonavides: o Estado Social “representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia” (1996, pág. 184).

Contudo, com o passar dos anos, o que se apresentava como algo capaz de solucionar os problemas gerados pela crescente complexidade das relações sociais, políticas e principalmente econômicas mostrou-se insuficiente e permitiu o surgimento de reações diversas daqueles pretendidas no início das transformações políticas.

A primeira delas foi a reação marxista. Como acima colocado, o Estado Social é uma teoria crítica ao Estado Liberal burguês e a todos os seus fundamentos, o que é feito através da demonstração das contradições internas do liberalismo e da vacuidade de suas promessas. Usando esse discurso, os marxistas sustentam que o Estado é um instrumento de dominação e que a verdadeira transformação só se dará por meio de um processo revolucionário e de uma ditadura do proletariado (CONDE, 1999, p. 104). Foi exatamente isso que se tentou implantar com a Revolução Russa de 1917, à qual historiadores como Eric Hobsbawm dão igual importância à conferida à Revolução Francesa no século XVIII (HOBSBAWM, 1995, p. 62).

Uma segunda reação ocorreu com os chamados “Estados Totalitários” implantados no período compreendido entre as duas Guerras Mundiais do século XX. Apesar de ser um fato histórico e político de menor importância e de curta duração, merece atenção por partir de uma concepção substantiva de poder que o localiza não em uma classe social, como é o caso do liberalismo ou do marxismo. Coloca o poder em uma elite, o que justifica pela ideia de superioridade de um indivíduo sobre a massa, além da valorização de princípios como personalidade, autoridade, ortodoxia e exclusividade (CONDE, 1999, p. 106).

Se, de início, o que se pretendia era a superação do Estado Liberal, logo se percebeu – especialmente em função de sua fraqueza teórica – que não se tratava de superação alguma, mas apenas e tão somente de um “*enmascaramiento de los peores defectos e inconvenientes de éste, agravados además como consecuencia de su organización totalitaria del poder*” (DÍAS, 1998, p. 57).

Além disso, o exame das suas principais características demonstra que não se tratava de uma nova teoria ou concepção de Estado, mas de uma remodelação das bases do Estado Liberal com as seguintes adaptações: 1) inseriu-se uma ideologia oficial com caráter de dogma, implantada à força; 2) fomentou-se a apatia política, o que ocorreu em consequência da inferioridade das massas em relação ao “poder intelectual” das elites; 3) os direitos e liberdades decorriam apenas e tão somente do Estado, submetidos a suas conveniências e interpretações; 4) consolidou-se a figura de líder político como detentor do poder

constituente; 5) estabeleceu-se uma organização, partido político ou não, funcionando como corrente de transmissão entre governante e governado; 6) criou-se um aparato policial a serviço da ideologia dominante, com a função de impedir qualquer divergência ideológica com aquele dogma; e, por fim, 7) o Estado se organizou de forma hierárquica e piramidal com os poderes legislativo e judiciário reduzidos a órgãos a serviço da ideologia oficial (CONDE, 1999, p. 107)²⁰.

Tal situação é visível quando se percebe que, apesar de cada um dos modelos (liberal e social) ter sua concepção própria de Constituição, ambos se tornaram possíveis somente sob a forma de “Estado de Direito” em função da chamada “fungibilidade ideológica” deste último, o que pode ser atribuído a sua histórica e já mencionada adesão ao positivismo jurídico.

2.4 O ESGOTAMENTO DO ESTADO DE DIREITO

Com a constatação de que o surgimento dos Estados totalitários foi justificado a partir do uso do modelo do Estado de Direito, iniciou-se o processo de seu enfraquecimento. Suas deficiências tornaram-se evidentes, com especial destaque, a cega adesão ao positivismo jurídico e a redução do Direito à lei, o que contribuiu de modo definitivo para o entendimento da distância que se estabeleceu entre o que se pretendia com essa fórmula política e o que foi feito sob ela anos mais tarde, acontecimentos que marcaram definitivamente o mundo em meados do século XX.

A limitação do modelo do Estado de Direito se evidencia ao se perceber que os instrumentos para garantia dos direitos dispensados aos indivíduos diante do poder político estavam calcados apenas e tão

²⁰ Elias Díaz acrescenta: “*a pesar de todas sus protestas demográficas y ‘revolucionarias’, la verdad es que el facismo continúa siendo capitalismo. Su crítica al individualismo y al abstencionismo liberal no alcanza y no pretende alcanzar el centro de esos mecanismos, que no es outro que ese capitalismo y esa burguesía. Al contrario, lo que hace es eliminar el obstáculo que para éste había llegado a representar el liberalismo a causa de la posible evolución y apertura de los sistemas liberales hacia la democracia y el socialismo. Evolución y apertura, en gran parte, impuesta por las exigencias de la nueva clase, el proletariado*” (1998, p. 57).

somente em duas afirmações: (1) o poder está submetido ao direito e (2) a lei geral e abstrata é expressão de poder e tem sua origem na vontade geral. Contudo a fragilidade dessas afirmações foi-se evidenciando na proporção em que se tornava claro que, para alcançá-las, eram necessárias duas mudanças fundamentais: a primeira diz respeito à justificação da autoridade – impôs-se o entendimento de que governante e Estado são bons e servem para o bem da sociedade; a segunda está relacionada à transformação do Direito em um molde ou recipiente com capacidade para absorver todas as decisões do soberano. Ora, o problema disso é que essas duas mudanças (a convencionalidade em torno do governante e o formalismo exagerado) acabaram por dismantelar o potencial garantista da lei como limite ao poder, de modo que, superado o absolutismo do rei, foi ele substituído pelo poder concentrado das assembleias soberanas, de modo que “*al absolutismo monárquico sucede una suerte de absolutismo legislativo o concepción absoluta de la ley a la que queda finalmente asimilada la propia idea de derecho*” (PEÑA FREIRE, 1997, p. 53).

Ora, não há dúvida de que a expressão “Estado de Direito”, uma das expressões mais afortunadas na ciência jurídica contemporânea, indica um valor (a eliminação das arbitrariedades) e uma direção (do governo dos homens para um governo de leis). Tal situação, porém, não tem a condição de esgotar todas as possibilidades de utilização de seus postulados e de evitar até mesmo interpretações que venham a negar os motivos determinantes de sua criação. Tanto é assim que, justamente por ser possível reduzir o Estado de Direito a uma fórmula carente de significado substantivo, “*no es de extrañar que en la época de los totalitarismos de entre-guerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como ‘estados de derecho’*” (ZAGREBELSKY, 2002, p. 21).

Esse ponto foi fundamental para determinar o esgotamento do Estado de Direito na sua versão meramente legislativa e a necessidade de proposição de uma nova fórmula política para dar conta de novos modos de proteção dos indivíduos contra os abusos do poder político, o que passa indubitavelmente pelo redimensionamento do princípio da legalidade, inaugurando-se um período em que só serão estados de direito aqueles modelos políticos-institucionais que incorporem normas que estabeleçam vínculos materiais, os quais serão condições para a validade normativa²¹.

²¹ A esse respeito diz PEÑA FREIRE, (1997, p. 58): “Sólo serán estados de derecho aquellos modelos político-institucionales que incorporen

2.5 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

A construção de uma nova forma política está ligada ao reconhecimento de dois significados para a expressão “Estado de Direito”: (1) em sentido fraco ou formal, em que ele será apenas um poder conferido pela lei e exercido na forma e procedimento previstos ou, (2) em sentido forte ou substancial, em que será compreendido no sentido de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, não só quanto a sua forma, mas também em relação a seu conteúdo (FERRAJOLI, 1995, p. 856).

No caso do primeiro (formal), designa ele *“cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos”* (FERRAJOLI, 2005, p. 13), ao passo que, no caso do segundo (substancial), significa *“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”* (FERRAJOLI, 2005, p. 13).

Esse quadro apresenta uma divisão que – a par das alterações na Teoria do Estado – é encontrada também na Teoria do Direito, já que tal importa na definição de dois modelos normativos distintos: de um lado, o modelo paleopositivista do Estado Legislativo de Direito (Estado legal) formado fundamentalmente por regras e, de outro, o modelo neojuspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), marcado pela existência de princípios e regras, com

normativamente una serie de limites o vínculos materiales, como condiciones de validez normativa, a las posibilidades de expresión del poder político”. Também a esse respeito ver CADEMARTORI, (2006, p. 17), de onde se extrai a idéia de que a crise da lei e do poder legislativo levou a que se questione “a capacidade dos mesmos de regular adequadamente a vida social e política, supondo assim a definitiva superação do Estado Legislativo de Direito enquanto modelo de ordenação social e a necessidade de restaurar a eficácia do direito como limite ao poder. O déficit de indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, afetados pelos processos políticos ordinários, criará a necessidade de um nível de juridicidade superior e vinculante. O resultado será a afirmação do caráter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e da sua produção normativa”.

constituições rígidas e mecanismos de controle de constitucionalidade (FERRAJOLI, 2005, p. 14).

É a partir da separação entre dois modos de ser do Estado de Direito que se torna possível buscar a transformação necessária para sua superação e, com isso, encontrar uma fórmula política adequada para dar conta do momento. Na visão de Ferrajoli, Estado de Direito em sentido forte ou substancial não é o mesmo que Estado Constitucional de Direito, já que a existência do primeiro não exige a presença de uma Constituição formal. Requer sim a submissão da lei a princípios normativos ligados às liberdades fundamentais e à separação de poderes, o que pode ocorrer sem a presença de uma Constituição. Além disso, são dois modelos (Estado de Direito Legal e Estado Constitucional de Direito) que refletem duas experiências históricas ocorridas na Europa continental como resultado de uma tripla mudança de paradigma que se refletiu na natureza e na estrutura do Direito e da ciência jurídica e, por fim, na jurisdição.

O primeiro dos paradigmas foi o Direito pré-moderno, abandonado que foi para que se desse a passagem para o segundo: o Estado Legislativo de Direito, momento marcado pela afirmação (1) do monopólio estatal da produção jurídica e (2) do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito válido e existente.

O item 1 diz respeito às condições de existência e validade das normas jurídicas. No Direito pré-moderno, de formação não legislativa, mas sim jurisprudencial e doutrinal, não havia um sistema unitário e formalizado de fontes positivas. O que havia era uma pluralidade de fontes e ordenamentos procedentes de instituições diferentes e concorrentes (Império, Igreja etc.) (BOBBIO, 2006, p. 27).

Desse aspecto, segue o item 2 que é a mudança de paradigma na ciência jurídica, já que, a partir daí, com a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito existente, “la ciencia jurídica deja de ser una ciencia inmediatamente cognoscitiva, es decir, explicativa de un objeto – el derecho Positivo – autónomo y separado de ella” (FERRAJOLI, 2005, p. 16).

Muda também a jurisdição, deixando de ser produção jurisprudencial para se submeter à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação, ficando claro que “iusnaturalismo y positivismo jurídico, Derecho natural y Derecho positivo bien pueden entenderse como las dos culturas y las dos experiencias jurídicas que están en la base de estos dos opuestos paradigmas” (FERRAJOLI, 2005, p. 17).

O terceiro dos paradigmas diz respeito ao Estado Constitucional de Direito e à afirmação do constitucionalismo rígido. Se o primeiro momento foi determinado pelo nascimento do Estado moderno e a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito válido e vigente, o segundo surge de uma mudança menos radical, que é a subordinação da legalidade a Constituições rígidas, hierarquicamente supraordenadas as leis como normas de reconhecimento de sua validade.

Mudam, em consequência, as condições de validade das leis, já que se tornam “dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales” e também o estatuto epistemológico da ciência jurídica, “a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto” (FERRAJOLI, 2005, p. 18).

Quanto à jurisdição, também se opera uma mudança, já que sua função passa a ser aplicar a lei somente se ela for constitucionalmente válida e cuja interpretação e aplicação são sempre, por isso mesmo, “*un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad*” (FERRAJOLI, 2005, p. 18).

Há uma quarta transformação que decorre diretamente do constitucionalismo rígido: a subordinação da lei aos princípios constitucionais equivale a introduzir uma dimensão substancial não só em relação às condições de validade da norma, mas também em relação à natureza da democracia, já que esta passa a garantir também os direitos da minoria em relação aos poderes da maioria, que agora ficam limitados.

2.6 A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

O modelo neojuspositivista (ou pós-positivista) do Estado Constitucional de Direito requer uma nova compreensão de Constituição, documento que passa a ter uma importância política maior da que lhe era reservada no Antigo Estado Legislativo de Direito. Nela estarão depositados os elementos materiais que caracterizarão o novo

Estado, protegidos por dois institutos fundamentais nessa nova estrutura jurídica.

De um lado, a supremacia constitucional, que sustenta o entendimento de que a Constituição está no topo do ordenamento jurídico de que emana toda sua força normativa. De outro, a rigidez constitucional, que torna especial o momento da elaboração de uma Constituição e retira da maioria o poder de supressão de direitos e garantias, assegurando, assim, direitos à minoria, o que autoriza a afirmação de que o Estado Constitucional é mais do que Estado de Direito, já que o elemento democrático nele introduzido não foi apenas ali colocado para “travar o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (*to legitimize state power*)” (CANOTILHO, 2003, p.100).

Nesse modelo, encontra-se uma constitucionalização da ordem jurídica, processo que se dá através de uma profunda transformação do ordenamento jurídico, ao término do qual, estará o ordenamento totalmente impregnado pelas normas constitucionais, fator determinado pela existência de uma Constituição “extremamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudência y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales” (GUASTINI, 2005, p. 49).

Sua ocorrência poderá ser identificada por meio do que tem sido chamado de “sete condições de constitucionalização”, a saber: 1) rigidez constitucional, de modo que qualquer reforma do texto maior somente poderá se dar através de um processo mais agravado do que aquele utilizado para a aprovação, modificação ou revogação das leis ordinárias; 2) controle de constitucionalidade, o que decorre diretamente da rigidez e da supremacia da Constituição, e funciona como mecanismo de proteção da autoridade do texto fundamental, já que prevê modos de retirar do sistema o que a contraria; 3) força vinculante da Constituição, já que não se pode admitir que um texto com tal importância deixe de gerar obrigação aos cidadãos e ao poder público, até porque “Al asegurar el carácter normativo de las constituciones se garantiza la vinculación a las cláusulas constitucionales de los poderes públicos y los ciudadanos en los momentos de política ordinaria” (PEÑA FREIRE, 2004, p. 34); 4) adoção de uma interpretação extensiva da Constituição, ou seja, compreender-se a Constituição de modo a extrair também as normas implícitas nela inseridas; 5) aplicação direta das normas constitucionais, o que impõe a compreensão de que se trata de um documento que – em lugar de estar no topo do ordenamento jurídico –

também pode ser visto no centro de uma estrutura de onde irradia toda sua força normativa; 6) interpretação das leis ordinárias conforme a Constituição, o que significa levar a extremos o controle de constitucionalidade, incorporando as modernas técnicas de fiscalização da constitucionalidade das leis, alcançando, inclusive, as variações de interpretação das normas fora do texto maior; e, por fim, 7) influência da Constituição nas relações políticas, o que decorre diretamente da aceitação do documento pela comunidade em geral (GUASTINI, 2005, p. 50-58).

A identificação desse processo não está ligada a uma lógica do tudo ou nada, mas a uma questão de grau, de modo que uma determinada ordem jurídica poderá estar mais menos constitucionalizada. De todas, apenas as duas primeiras (rigidez constitucional e sistema de controle de constitucionalidade) apresentam-se como indispensáveis para a configuração dessa constitucionalização, já que todas as demais, por evidente, dela dependem e, assim, somente indicarão o grau de constitucionalização do sistema em exame.

Desse movimento, surge o chamado “novo constitucionalismo” (ou neoconstitucionalismo), teoria que tem como objetivo principal proporcionar cobertura teórica, conceitual e normativa a esse processo de crescente importância do texto constitucional e das normas nele inseridas. É bem verdade que a palavra “neoconstitucionalismo” tem sido empregada em variados sentidos e aplicada de modo um tanto confuso, apesar do claro objetivo de indicar distintos aspectos de uma possível nova cultura jurídica (SANCHÍS, 2005, p. 123).

Mas, apesar disso, pode-se dizer que são três as designações principais para o termo: 1) constitucionalismo como um certo tipo de Estado de Direito; 2) constitucionalismo como Teoria do Direito que serve para explicar esse novo modelo; e 3) constitucionalismo como ideologia que irá justificar ou defender a fórmula política assim designada (SANCHÍS, 2005, p. 123).

Das três, merece destaque neste momento a primeira das concepções apresentadas, qual seja, constitucionalismo compreendido como um modelo de Estado de Direito em sentido forte ou substancial (para usar as palavras de Luigi Ferrajoli). Nele se evidencia a inegável centralidade da Constituição como resultado da convergência de duas tradições jurídicas. De um lado, como regra do jogo da competência social e política, guarda o acordo de mínimos que permitem assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados e agentes políticos a fim de que sejam eles, em um espaço democrático e igualitário, “quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo

fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico” (SANCHÍS, 2005, p. 124). De outro, a compreensão da Constituição como a encarnação de um projeto político bem articulado, geralmente como o programa diretivo de uma empreitada que visa à transformação social e política (SANCHÍS, 2005, p. 125).

Essas duas concepções refletem os dois grandes momentos de construção do constitucionalismo ocidental e agora aparecem juntas, podendo-se afirmar que, se é correto que, no primeiro caso, o objetivo da Constituição seja determinar quem manda, como manda e até onde vai seu poder – em outras palavras, se o objetivo é o controle absoluto do poder –, no segundo caso, é condicionar o que deve ser objeto do exercício do poder de mando, ou seja, qual é a orientação política para as matérias nela previstas²².

O resultado disso será um constitucionalismo voltado à superação da debilidade estrutural do âmbito jurídico presente no Estado Legislativo de Direito. Para tanto, afirmará o caráter jurídico e vinculante dos textos constitucionais, a rigidez das Constituições e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como os direitos fundamentais, signos desse processo (CADEMARTORI, 2006, p. 20), processo que – ao seu final – se apresentará como um autêntico “câmbio genético” do antigo Estado de Direito, transformando-se definitivamente em Estado Constitucional de Direito (ZAGREBELSKY, 2002, p. 33).

2.7 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NO BRASIL

De um modo geral, pode ser dito que a transição brasileira do modelo do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito é claramente percebida pelo simples exame dos textos constitucionais outorgados ou promulgados a partir da Independência, em 1822. No mesmo exame, destaca-se a substancial diferença da

²² Segundo as palavras de Luis Prieto Sanchís: “*si es cierto que en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y, en parte también, hasta donde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias*” (2005, p. 126).

Constituição de 1988 para as demais, especialmente no que toca a um dos principais elementos, os direitos fundamentais, que a marcam como uma típica Constituição do Estado Democrático de Direito.

2.7.1 O ESTADO LEGISLATIVO DE DIREITO NO BRASIL

Como já colocado anteriormente, quando da separação política de Portugal – ocorrida no Brasil em 1822 – as ideias que circulavam no mundo eram as liberais, as quais evidentemente influíram o processo de construção do Brasil como nação independente e para ele foram decisivas. Naquele momento, procurou-se seguir o pensamento defendido pelo abade Emmanuel Siyès momentos antes da Revolução Francesa, quando afirmou que “é impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que se preencham as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é que chamamos de Constituição desse corpo. É evidente que não pode existir sem ela” (SIEYÈS, 2001, p.48).

Em outras palavras: sem Constituição não há Estado, devendo ainda ela ter suas bases calcadas no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1769: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

Para elaborar essa tarefa e redigir o documento que fundaria politicamente o Brasil, em junho de 1822, fez-se a convocação de uma Assembleia Constituinte que teria por missão redigir tal documento, consolidando o processo de ruptura com Portugal e encerrando o período do Brasil Colônia.

Essa Constituinte, contudo, teve curta duração. Foi dissolvida seis meses e nove dias depois de sua instalação em face das divergências com o Imperador D. Pedro I, o que denunciou a existência de duas forças políticas antagônicas na nação que ainda procurava se formar: de um lado, as ideias republicanas e, de outro, o autoritarismo do Monarca e a pretensão de manter seus poderes. Assim:

Se, por um lado, os deputados constituintes tinham sido eleitos livremente para redigir a primeira Carta Magna brasileira, por outro, todos os poderes monárquicos haviam sido preservados.

O imperador tinha o poder de pôr e dispor; os constituintes podiam escrever livremente a Constituição, desde que ela fosse ‘digna de real aprovação’. Em um tal estado de coisas, um dos lados tem que ser subjugado, já que uma composição parecia hipótese remota (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 100).

Para solucionar o impasse, decidiu-se por uma composição de notáveis, responsável pela redação do texto que foi outorgado em março de 1824 e que durou – apesar de algumas reformas – até 1889. Nesse texto, estabeleceu-se a existência do Poder Moderador, forma encontrada para resolver a tensão política existente e que era, em verdade, a institucionalização do poder absoluto. Dizia o artigo 98:

O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Dentre seus poderes, nomear Senadores, convocar as sessões do parlamento, nomear e demitir Ministros de Estado, suspender Magistrados, perdoar penas, conceder anistias e outros.

Além desse aspecto fundamental, merece ser destacado ainda que se tratou do único texto semirrígido em nossa história política constitucional, já que dizia o seu artigo 178:

É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos, e aos direitos individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas (nos artigos 173 a 177), pelas legislaturas ordinárias

Foi consagrado o princípio do *jus soli* para o reconhecimento da nacionalidade, regra fundamental para um país colonizado como o Brasil; o voto censitário, ou seja, não podiam votar os que tivessem

menos de 25 anos, o clero, os que não possuíssem determinada renda (cem mil réis) e as mulheres.

Não foi o documento modelo de expressão do liberalismo no Brasil²³, o que só veio a acontecer mais à frente, com a República, fato que não retira sua importância, já que se tratou de um documento que “logrou absorver e superar as tensões entre o absolutismo e o liberalismo, marcantes no seu nascimento, para se constituir, afinal, no texto fundador da nacionalidade e no ponto de partida para a nossa maioria constitucional” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 163).

Esse texto teve vigência até a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, fato histórico que pôs fim à Monarquia e foi inaugurado sob o ponto de vista constitucional com a edição do Decreto 01, em que se adotou uma nova forma de governo: a república federativa. Merece registro o fato assinalado por Seabra:

Nada documenta que a ideia republicana fosse uma aspiração generalizada na opinião pública, embora houvesse grupos diversos, e intelectualmente de grande expressão, que por ela batalhassem. E o episódio, em si, da Proclamação, revestiu todos os aspectos de um mero pronunciamento militar, de um golpe armado. O povo o recebeu atônito e perplexo (FAGUNDES, 1982).

Mais tarde – além de outros Decretos – foi apresentado pelo Governo Provisório o de n. 29, datado de 03 de dezembro de 1889, por meio do qual se instituía uma comissão especial composta por cinco juristas para elaborar o Anteprojeto de Constituição, documento que serviria para nortear o debate na futura Constituinte e, ainda, condensaria o pensamento do Governo (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 221).

Instalado o Congresso Nacional com poderes constituintes, iniciaram-se os trabalhos, com a questão federativa dominando os debates políticos da época, em especial, a distribuição das competências

²³ No dizer de Luis Roberto Barroso: é inegável “que a carta do império fundava-se em certo compromisso liberal, a despeito de jamais haver sido encarada pelo Imperador como fonte de legitimidade do poder que exercia” (2006, p. 09).

entre a União e os Estados membros. Em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgado seu texto final, em que se encontram as seguintes características: menção à origem do poder, o povo; ausência de qualquer referência a Deus; a adoção do nome “Estados Unidos do Brasil”; a afirmação de que a União é perpétua e indissolúvel; a fixação da tripartição dos poderes; o direito ao voto aos maiores de 21 anos, excluídas as mulheres, os mendigos e os analfabetos; a abolição das penas de banimento e morte e, ainda, a fixação da rigidez constitucional como sua marca.

Como já dito, esse documento consolidou o liberalismo no Brasil, visto nele não mais existirem aqueles dispositivos – presentes na anterior – que possibilitaram a existência de poderes concentrados, a ponto de se poder afirmar:

Nessa linha de distribuição de competência aos poderes políticos, a Constituição da Primeira República foi inexecutável: a finalidade consistia em neutralizar teoricamente o poder pessoal dos governantes e distanciar, tanto quanto possível, o Estado da Sociedade, como era axioma do liberalismo (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 257).

Mas, apesar disso, a realidade não se comportou do modo esperado pelo legislador constituinte, já que a fórmula adotada acabou por enfraquecer o poder central e reacender os poderes locais, adormecidos que tinham estado no período do Brasil Império. Isso fez com que as relações de poder – não controladas mais pelo texto constitucional – viessem a formar uma espécie de “Constituição material”, paralela àquela, em que o coronelismo se mostrou como poder real e efetivo, de modo que esses chefes locais passaram a eleger os governadores, e estes impunham os Presidentes da República (SILVA, 2005, p. 80)²⁴.

Apesar da tentativa de corrigir essa distorção com a Emenda Constitucional de 1926, já não havia como interromper o processo de desgaste do texto promulgado em 1891, dando-se então a Revolução de

²⁴ Acrescentem-se as palavras de Luis Roberto Barroso: “A fórmula federalista adotada, inspirada no modelo norte-americano, ignorou o passado unitário e centralizador do país. Recorreu-se ao mesmo critério de repartição de competências lá adotado, como se a União estivesse, subitamente, recebendo poderes expressos, delegados por Estados que antes fossem independentes, numa ficção que beirava a utopia” (2006, p. 15).

1930, com a ascensão de um governo provisório e a queda da primeira Constituição republicana.

Abstraída a discussão de ter sido ele um movimento revolucionário ou apenas um golpe de Estado, sobre esse episódio político, é preciso reconhecer:

[...] fez inevitável a reflexão ideológica posterior acerca dos fundamentos da nossa sociedade, envolvendo o atraso, o coronelismo, o patriarcalismo, a patronagem eleitoral, a miséria camponesa, o subdesenvolvimento, a aliança social da Igreja com os poderosos, o misticismo, o cangaço, o ânimo oligárquico da política, toda uma série estrutural de vícios que denotavam dependência, imobilidade, apatia ou desprezo para milhões de oprimidos sociais, banidos da participação cívica e totalmente alienados da consciência libertadora que o messianismo ideológico prometia acordar, para fazê-lo assim parte da Nação e da gerência do processo político (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 273).

O resultado foi o surgimento das bases de um Estado Social que viria a ser implantado no Brasil, especialmente a partir da Constituição de 1934, modalidade que representa uma transformação do Estado Liberal, já que sua adesão ao capitalismo se manteve, ao lado da incorporação dos direitos sociais.

Com efeito, em 1934, no Brasil se adotou um documento marcado pelo “caráter democrático, com um certo colorido social. Procurou-se conciliar a democracia liberal com o socialismo, no domínio econômico-social; o federalismo com o unitarismo; o presidencialismo com o parlamentarismo, na esfera governamental” (BASTOS, 2001, p. 121). É o que se percebe pela análise de algumas das suas características fundamentais, a saber: o voto secreto e o sufrágio feminino; a colocação da justiça eleitoral e da justiça militar na estrutura do Poder Judiciário; a previsão de normas reguladoras para a ordem econômica e social, a família, a educação, a cultura, os funcionários públicos e a segurança nacional; a previsão do princípio da irretroatividade da lei e o reconhecimento do direito de petição aos poderes públicos; a criação do mandado de segurança como forma de controle dos atos da administração pública; a nacionalização das jazidas minerais; a criação do salário mínimo; a previsão de oito horas diárias

para o trabalhador; o repouso semanal remunerado e a remuneração das férias, além de indenização por justa causa.

Como se vê, nela foram atendidas demandas provenientes de grupos políticos de expressão da época, almejando inaugurar um novo modo de atuação do Estado, agora focado nas questões sociais.

Contudo, mais uma vez, o descompasso entre a realidade e o texto fez com que este último perdesse legitimidade e, com isso, ganhasse em vulnerabilidade, tornando possível a deflagração de um golpe de Estado, isso como resultado dos movimentos de cunho extremista que proliferaram no país, a saber, “pela direita a ação integralista e pela esquerda o partido comunista” (BASTOS, 2001, p. 124).

É o momento do Estado Novo e da Constituição de 1937, um documento outorgado e de cunho autoritário, que atribuía inúmeros poderes ao Presidente da República. Dentre esses poderes, dois merecem destaque: 1) o de legislar sozinho, já que um dos seus dispositivos dizia que o Chefe do Poder Executivo – quando em recesso ou dissolvido o Parlamento – poderia expedir decretos-leis a respeito das matérias de competência da União; e 2) a possibilidade de submeter novamente ao exame do Parlamento os atos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, caso fossem relacionados a matérias que envolvessem o bem-estar do povo, a promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. Em nova votação, poderia ser derrubada a decisão judicial (art. 96, parágrafo único).

Ora, como ao longo do período de Getúlio Vargas, o Congresso Nacional permaneceu fechado e ele, com base no texto constitucional, usurpou as funções legislativas e governou por meio de decretos-leis, torna-se adequada a afirmação de que o Brasil viveu um período de “mais completa permissividade jurídica”, já que, além de poder governar sozinho e sem o parlamento, seus atos não poderiam nem mesmo sofrer controle por parte do Supremo Tribunal Federal, já que só ele, o Governante, é quem poderia deflagrar o controle de constitucionalidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 170).

Foi um período que seguia os modelos europeus da época, em especial, o nacional socialismo alemão e o fascismo italiano. Contudo, com o fim da 2ª Guerra Mundial, ficou clara a contradição do governo autoritário, já que, no plano interno se comportava como um regime que seguia a cartilha daqueles contra os quais lutava no plano externo. Daí seu inevitável esgotamento, de que se seguiu a deposição de Getúlio Vargas e a redemocratização do País.

Convocadas eleições presidenciais, estas ocorreram em dezembro de 1945, cabendo ao novo Presidente da República a instalação da Assembleia Nacional Constituinte. Em setembro de 1946, foi por ela apresentado o texto da nova Constituição, a 5ª da história brasileira.

Trata-se de um documento que, ao contrário dos anteriores, não foi elaborado com base em um texto prévio, motivo pelo qual, para sua redação, optou-se pela análise das duas primeiras constituições republicanas (1891 e 1934), o que justifica as afirmações que o definem como um documento voltado para o passado, para fatos que, segundo José Afonso da Silva:

[...] nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente. Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu (SILVA, 2005, p. 85).

Dentre suas características principais, está o municipalismo, com o fortalecimento das três funções do Estado e a retomada da linha da carta de 1934 no que se refere aos direitos individuais. No art. 141, seus incisos e parágrafos, foram previstas garantias como o respeito ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito; a impossibilidade de exclusão, por força de lei, de apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito; a impossibilidade de prisão fora dos casos de flagrante delito ou ordem escrita de autoridade competente; o *habeas corpus* ilimitado e o mandado de segurança; o direito de ampla defesa e a proibição de pena de morte.

O mesmo ocorreu em relação aos direitos sociais, havendo um conjunto de dezessete artigos que repetem o colocado na Constituição de 1934, a primeira considerada como típica de Estado Social, o que demonstra a existência ainda de uma desarmonia interna que procurava – sem sucesso – conciliar o Estado Liberal com o Estado Social (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 421).

Mas, mesmo assim, de 1946 a 1961 a vida constitucional brasileira viveu um período com poucas alterações. A Constituição de 1946 sofreu apenas três emendas, uma delas como resultado de uma tentativa de implantar um sistema parlamentarista no Brasil, opção

rechaçada em um plebiscito que resultou no restabelecimento do sistema presidencialista, mantendo o sistema implantado desde o início da república. Após esse fato, deu-se uma crise institucional determinada pela acusação de que o governo se inclinava demais para a esquerda, originada em setores da população e das forças armadas, grupo que se tornou ator central do golpe de Estado dado em 1964.

Por meio de um “ato institucional” editado nos primeiros dias de abril daquele ano, os Comandantes das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) proclamaram a manutenção da Constituição de 1946, e produziram alterações em nome de um “movimento civil e militar” chamado de “revolução vitoriosa”, o qual seria “resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções”. Nesse ato, alteravam-se as regras para a eleição presidencial com a retirada do direito do povo de escolher de forma direta seu governante. Além disso, mudaram-se a duração do mandato presidencial, os direitos e garantias individuais, as regras para o estado de sítio e a forma de tramitar o processo legislativo.

Depois deste, outros atos institucionais foram editados e igualmente produziram alterações profundas no sistema político e jurídico brasileiro, fatos que tornaram inviável a manutenção da Constituição de 1946, a essa altura apenas uma “folha de papel”.

Em função disso – e por meio de um mero Decreto editado em 15 de abril de 1966 –, o governo deu início aos trabalhos para a elaboração do anteprojeto de uma nova Constituição. Mais à frente, por meio do Ato Institucional n. 04, de dezembro daquele ano, o Presidente da República fez a convocação extraordinária do Congresso Nacional, que deveria permanecer em atividade até 24 de janeiro do ano seguinte, com o objetivo de discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição por ele apresentado.

Naquele documento, faz-se a ressalva:

No dia 24 de janeiro de 1967 as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgarão a Constituição, segundo a redação final da Comissão, seja a do projeto com as emendas aprovadas, ou seja, o que tenha sido aprovado de acordo com o art. 4º, se nenhuma emenda tiver merecido aprovação, ou se a votação não tiver sido encerrada até o dia 21 de janeiro.

Nada mais representativo de um puro Estado Legislativo de Direito, não restando alternativa a não ser concordar com a afirmação de que “Não houve propriamente uma tarefa constituinte, mas uma farsa constituinte” (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 436). O que se tinha ali eram parlamentares sem poderes constituintes e, do modo como foram organizados e determinados os trabalhos, não haveria – como não houve – qualquer oportunidade para um debate a respeito do texto apresentado “para aprovação”. O que houve – e só isso é que se esperava que fosse feito – foi apenas uma homologação do texto apresentado pelo chefe do Poder Executivo. Isso tornou claro que, com o novo texto, o objetivo dos ocupantes do poder era “construir uma atmosfera favorável ao sistema que se impopularizava e formar opinião internacional com a ideia de um regime com sua Carta constitucional votada pelo Parlamento” (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 437).

Daí que o texto apresentado foi “promulgado” com pouquíssimas e superficiais modificações em 24 de janeiro de 1967. Nele se destaca a concentração de poderes como marca fundamental, até porque, no aspecto federativo, pouco deixou aos Estados e Municípios do ponto de vista da autonomia financeira e política. No que se refere às funções do Estado, deixou o Poder Executivo hipertrofiado, já que a ele caberia a iniciativa legislativa de uma série de matérias de relevância.

Foi sob esse documento que se editou o mais duro dos golpes produzidos no Estado de Direito e na democracia brasileira: o “Ato Institucional n. 05”, maior manifestação de força até então ocorrida por parte dos militares, introduzida à margem da ordem constitucional vigente. Nesse documento, foi decretado o recesso do Congresso Nacional e fixada a competência plena do Poder Executivo para legislar. Além disso, esse Ato deu atribuição ao Presidente da República para cassar mandatos eletivos, suspender direitos políticos e confiscar bens; suspendeu as garantias da magistratura; o direito de *habeas-corpus* aos acusados de prática de crimes políticos ou outros da mesma natureza; e, por fim, determinou a exclusão de apreciação judicial de atos praticados com base em seu texto.

Cerca de um ano depois, em outubro de 1969, o governo militar, dando sequência ao seu projeto de poder, editou a Emenda Constitucional n. 01, que – apesar da forma escolhida – revelou-se uma nova Constituição, já que não foram poucas as mudanças promovidas no sistema político nacional²⁵.

²⁵ Afirma José Afonso da Silva: “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova Constituição. A emenda só serviu como mecanismo de

Pouco há para ser dito a respeito desta Constituição (1969), já que se resumia a um documento que, como o anterior (1967), tinha como pretensão dar legitimidade a um governo de força e, ainda, reorganizar a base jurídica estatal, recortada que estava por vários “Atos Institucionais”. Apesar disso, pode-se considerá-la como uma Constituição:

[...] instrumental, destinada tão somente a dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato; há, dentro dela, um núcleo, por assim dizer, tradicional, que reconhece as realidades históricas e políticas da formação nacional, e, por isso mesmo, é a sua parte duradoura; afora isso, o seu texto é de escassa, ou, mesmo, nenhuma importância (MELO FRANCO, 1986, p. 179).

Depois desse documento, sob o aspecto constitucional, poucas foram as alterações feitas na Carta de 1967, pelo menos até a edição da Emenda Constitucional n. 26, em novembro de 1985, ato pelo qual ocorreu a convocação da Assembléia Nacional Constituinte encarregada de elaborar o que seria, anos mais tarde, a Constituição de outubro de 1988.

2.7.2 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NO BRASIL

A redemocratização do País mostrou-se um processo irreversível, especialmente após o Congresso Nacional ter rejeitado uma proposta de emenda à Constituição que pretendia restabelecer o direito de a população brasileira eleger seu Presidente da República de forma direta, mesmo após o que é chamado de “a mais impressionante campanha popular da história política brasileira” (BARROSO, 2006, p. 40). Frustrada essa tentativa, a oposição foi eleita no pleito indireto e, com a doença do Presidente eleito, veio a assumir o Vice, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte responsável pela Constituição de 1988.

outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil” (2005, p. 87).

Nesse momento, após longos anos, deu-se efetivamente o primeiro espaço verdadeiramente democrático em que os brasileiros puderam ter, não só contato com as novas tendências do constitucionalismo pós-guerra que já circulavam pelo mundo, mas também a possibilidade de experimentar novas modalidades de controle de poder.

Na história constitucional brasileira, três são os momentos claramente identificados pelos quais passou o constitucionalismo: o primeiro vai da independência até a proclamação da república e sofre forte influência do constitucionalismo inglês e francês – ao lado da adoção do sistema bicameral e da tripartição dos poderes, igualmente fixa um rol de direitos e garantias fundamentais de natureza liberal; o segundo ocupa o espaço da Primeira República até a Revolução de Trinta, quando a marca fundamental é o constitucionalismo norte-americano, o que se percebe especialmente pela adoção do sistema presidencialista e federativo; e, por fim, o terceiro se inicia nos anos trinta e alcança o momento atual, sofre influência do constitucionalismo alemão e das cartas de Weimer (1919) e Bonn (1949) (BONAVIDES, 2005, p. 360).

Registre-se que o primeiro alimentou o modelo de Estado Liberal no império; o segundo, a implantação da república; e o terceiro, o Estado Social e a ideia de um Estado Democrático de Direito com base constitucional. A esta última tradição se incorporou a Constituição de 05 de outubro de 1988, já que se trata de um texto com considerável avanço em relação a várias matérias, especialmente de ordem social. Em relação a ela, pode-se dizer:

[...] avança e testifica a modernidade quando faz do racismo, da tortura e do tráfico de drogas crimes inafiançáveis, quando estabelece o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o habeas data, quando reforça a proteção dos direitos e das liberdades constitucionais, quando restitui ao Congresso Nacional prerrogativas que lhe haviam sido subtraídas pela administração militar, quando valoriza a função do controle parlamentar sobre o Executivo por via das comissões parlamentares de inquérito dotadas de poderes de investigação idênticos aos da autoridade judiciária, quando substitui o Conselho de Segurança Nacional por dois novos conselhos de assessoria do Presidente

da República no propósito de fazer mais eficaz, mais aberto e mais fiscalizado o sistema de defesa das instituições, quando define os princípios fundamentais de um estado social de direito, quando determina os princípios da ordem econômica, a defesa do meio ambiente, a proteção aos índios, as conquistas da seguridade social (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 490)²⁶.

Mas, apesar de tudo isso, ou seja, da mais extensa declaração de direitos da história brasileira e de uma série de mecanismos de concretização, ainda não se dá o que pode ser chamado de “baixa constitucionalidade”²⁷, o que pode ser explicado por dois aspectos fundamentais.

O primeiro deles diz respeito ao fato de que, no decorrer do desenvolvimento do novo momento constitucional, houve a tentativa de implementação de um ideário neoliberal por meio de uma série de reformas constitucionais que alteraram substancialmente o modelo do Estado brasileiro²⁸. Da análise das alterações, percebe-se que boa parte delas (cerca de oito) ou trataram da saída do Estado de setores até então entendidos como prioritários, como o setor elétrico, o setor de telefonia e o setor de recursos naturais (gás, petróleo e recursos minerais), ou então da internacionalização de espaços que não eram oferecidos aos estrangeiros ou que ofereciam maior limitação a sua participação, como, por exemplo, a navegação, o transporte e as empresas de mídia. É bem verdade que isso não desconfigurou a Constituição no que ela tem de fundamental, até porque a rigidez que protege as cláusulas pétreas não tinha como ser rompida e funcionou como barreira na proteção dos direitos ali colocados, dentre eles os direitos e garantias fundamentais.

Contudo, grande foi a contribuição desse movimento para o baixo apego da população em geral à Constituição, já que, para promover as alterações constitucionais ditas “necessárias para o desenvolvimento do

²⁶ A esse respeito, afirma Luis Roberto Barroso: “é inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao País” (2006, p. 41).

²⁷ Sentido adotado por Lênio Luiz Streck (2002).

²⁸ A esse respeito, remeto a trabalho que publiquei na obra de SCAFF (2003), intitulado O Poder Judiciário na Concretização do Estado Democrático de Direito após 1988.

País”, foi criado um ambiente de desvalorização da Constituição, inculcando-se a ideia de que ela (a Constituição) é que tinha que se adaptar ao governante, e não o contrário.

Ao se perceber que a Constituição poderia ser alterada com facilidade, bastando para tanto a construção de uma maioria parlamentar qualificada, todo o discurso político foi nela centrado, promovendo o descrédito no documento e a criação de um ambiente político apto a reformá-lo com frequência. A Constituição continuou sendo uma Carta de Estado democrático e de perfil social, mas, lamentavelmente, com sua credibilidade abalada²⁹.

Quanto ao segundo aspecto, pode-se dizer que ocorreu pela ausência de atuação do Poder Judiciário em questões ligadas aos direitos fundamentais, especialmente os de natureza social, imperando (em parte isso ainda ocorre) o entendimento de que muito do que está colocado na Constituição Federal, ou depende de manifestação parlamentar para que produza efeito, ou consiste em normas não dotadas de imperatividade e força vinculante.

Esse ponto é importante e merece um destaque especial, já que é inegável a necessidade de uma nova compreensão, ainda mais quando se percebe – como adiante será demonstrado – que os direitos fundamentais passaram a ser o ponto central do constitucionalismo contemporâneo.

²⁹ Esta situação pode ser percebida se analisada a questão dos juros que estavam previstos na CF. Quando do julgamento da ADI 004, em 07 de março de 1991, rel. Min. Sydney Sanches, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o já modificado parágrafo 3º, do art. 192, da CF, que tratava do assunto, não era autoaplicável, dependendo, assim, de norma complementadora. Tal ato legislativo nunca aconteceu. Em 29 de maio de 2003, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 40, a qual retirou da Constituição Federal o parágrafo 3º, do art. 192, que tratava da taxa de juros. Em meio a esse julgamento, chegou-se a afirmar que tal norma não poderia ser implementada pelo fato de que juros não era assunto para ser tratado na Constituição.

2.8 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ELEMENTO CENTRAL DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Pela construção feita até o momento, é possível identificar que efetivamente os direitos fundamentais apresentam-se como elemento central que caracteriza o Estado Constitucional de Direito, não sendo exagero algum afirmar que a proteção a esses direitos constitui-se no principal objetivo de sua existência³⁰.

Dá ser fundamental sua análise, tanto no plano geral, como no caso específica de sua construção no Brasil.

2.8.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM PLANO GERAL (construção histórica, fundamentos, gerações, conceito, características e tipologia)

Em relação aos direitos fundamentais, de modo amplo e geral, é possível falar que seu desenvolvimento ao longo dos anos coincide com a construção do constitucionalismo e do Estado moderno.

É conclusão que exsurge pela observação das concepções filosófico-jurídicas que procuram justificá-los. Encontram-se primeiro os adeptos do Direito Natural, para quem os direitos fundamentais estão localizados em uma ordem superior universal e imutável e, por isso mesmo, não se constituem em criação dos homens através da legislação ou dos Tribunais e a positivação significa apenas a sua declaração. Depois, os adeptos do juspositivismo, na visão de quem os direitos fundamentais são aqueles assim colocados dentro do sistema (escritos na ordem jurídica). É a expressão da contradição dos revolucionários franceses, que ascenderam ao poder defendendo um Direito Natural e, depois, adotaram o Direito Positivo como única fonte. O sistema

³⁰ A esse respeito, claras são as palavras de Paulo Bonavides quando afirma: “Os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas” (2005, p. 375).

jurídico não é (como no caso anterior) meramente declaratório, mas sim constitutivo. Ao lado deles, os idealistas, para quem direitos fundamentais são ideias que se projetam sobre o processo histórico, ou ainda, princípios abstratos que a realidade vai recolhendo ao longo do tempo. Por fim, os realistas, para quem os direitos fundamentais são resultado direto das lutas sociais e políticas, de modo que as condições sociais é que vão determinar o real alcance e sentido dos direitos e liberdades, ou seja, não é o que existe em uma ordem natural, nem o que está escrito, nem o que se pensa, mas sim o que é conquistado (MIRANDA, 2000, p. 42).

A esse respeito, Norberto Bobbio afirma que a busca de um fundamento absoluto para os direitos fundamentais está ligada a quatro dificuldades: a primeira resultante da ideia de que “direitos do homem” é uma expressão muito vaga, o que leva a definições tautológicas (direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem); a segunda, ao aspecto de que é uma classe variável, como bem demonstrou a História nos últimos séculos; a terceira está ligada a sua heterogeneidade, já que a diversidade de pretensões torna algumas incompatíveis entre si; e a quarta, relacionada à possível antinomia entre direitos invocados pelas mesmas pessoas, já que atualmente não existem só direitos de oposição diante do poder do Estado, mas também direitos sociais, que exigem ações concretas (BOBBIO, 2004, p. 17-22).

Sendo assim, o problema fundamental deixa de ser a busca do fundamento absoluto ou de justificá-los, deslocando-se para a questão da proteção, deixando de ser um problema filosófico, para ser um problema político, daí porque “não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis” (BOBBIO, 2004, p. 23).

Essa tem sido a opção prestigiada pela doutrina, não se desconsiderando a necessidade de reconhecer que os diversos elementos que irão compor esse fundamento são frutos de momentos históricos completamente distintos, o que inibe – como já dito – a busca de um fundamento absoluto, válido para todos os direitos em todos os tempos. Em lugar disso, melhor buscar os vários fundamentos possíveis para a justificação de um determinado direito como fundamental:

[...] sempre tendo presentes as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito deverá atuar. Não bastaria, assim, que um direito encontrasse bons fundamentos filosóficos,

aceitos no momento, para ser positivado; seria indispensável o concurso de condições sociais e históricas para que tal venha a ocorrer (MENDES, 2000, p. 114).

Cronologicamente, as declarações de direitos se confundem com a elaboração dos documentos que se apresentaram como antecedentes dos textos constitucionais e da formação do Estado Moderno. Foram documentos de grande importância, mas tinham como objetivo central não a garantia de direitos para todos e sim para alguns grupos sociais somente. Daí não se poder falar em autênticos documentos de direitos fundamentais. Em outras palavras, eram documentos outorgados pelo poder real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais de direitos de cunho estamental, já que não se preocupavam em incentivar qualquer forma de mobilidade social; ao contrário, mantinham a desigualdade do sistema³¹.

Várias foram as correntes de pensamento que se fizeram presentes em tais documentos, podendo-se destacar dentre elas: o pensamento cristão, que afirma a dignidade da pessoa humana e a semelhança do homem a Deus (a igualdade de todos); a doutrina do Direito Natural dos séc. XVII e XVIII, de natureza racionalista, em contraposição à ideia do poder derivado da divinização próprio da Idade Média; e, ainda e por consequência, o Iluminismo, que defende a ordem natural e a crença nos valores individuais³².

Assim foi com a *Magna Charta* de 1215, em que se tratou do devido processo legal como um direito de todos, o que depois deu origem ao *habeas-corpus*, o acesso à justiça e, ainda, à

³¹ No dizer de Ingo Wolfgang Sarlet: os direitos eram “atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo” (2006, p. 49).

³² A esse respeito ver trabalho de GARCIA (2006, p. 137), intitulado “O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito”, onde está colocado que, antes da positivação, é preciso destacar a existência de um “processo de formação ideal dos direitos fundamentais”, o qual está relacionado à pergunta de qual deve ser o conteúdo dos direitos fundamentais. Esta fase, segue o autor, está localizada naquele período chamado por PECES-BARBA de “trânsito à modernidade”, um longo período que “se iniciará no século XIV e chegará até o século XVIII, no qual pouco a pouco a sociedade irá se transformando e preparando o terreno para o surgimento dos direitos fundamentais”.

proporcionalidade entre o delito e a pena, à liberdade de igreja, à moderação na tributação, etc; com a *Petition of rights*, de 1628, e com a *Bill of rights*, de 1688. Esses documentos significaram:

[...] a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público, implicando expressiva ampliação, tanto no que diz com o conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto no que toca à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses (SARLET, 2006, p. 51).

Declaração de direitos fundamentais propriamente dita, e com caráter universal, só mesmo em 12 de janeiro de 1776, com a “Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia” nos Estados Unidos da América, documento anterior à Declaração da Independência daquele país, que trazia afirmações como a de que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, todo o poder está investido no povo e dele deriva, além de outras nesse mesmo padrão.

Posterior a ela, refletindo o pensamento de liberdade comum na época, em 1789, surge na França a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. De caráter mais abstrato que a norte-americana, pode-se dizer que tinha três características fundamentais: 1) **o intelectualismo**, já que a afirmação de que há direitos imprescritíveis do homem e a restauração de um poder legítimo, calcado no consentimento popular, foram operações meramente intelectuais e se desenvolveram somente no campo das ideias – é um documento filosófico e jurídico que devia anunciar a chegada de uma sociedade ideal; 2) **o mundialismo**, os princípios anunciados pretendiam ultrapassar o homem do país, buscando alcançar um valor universal; 3) **o individualismo**, porque só consagra as liberdades dos indivíduos, não mencionando a liberdade de associação nem de reunião – preocupa-se em defender o cidadão dos abusos do Estado (SILVA, 2005, p. 157-158).

Ao distinguir entre direitos do homem e do cidadão, tratou primeiro do homem independentemente de sua inserção em uma sociedade política, garantindo-lhe, de qualquer forma, a liberdade, a propriedade, a segurança (liberdades públicas). Depois cuidou do cidadão, aí entendido o homem dentro de uma sociedade política, elencando o direito de resistência à opressão, o direito de concorrer, por si ou não, para a formação da lei, o direito de acesso a cargos públicos, etc.

São esses os hoje considerados direitos políticos ou direitos civis e demonstram a preocupação excessiva que tinham com o excesso de poder político, deixando completamente de lado a opressão exercida através do poder econômico, preocupação esta que só ganha lugar a partir do Manifesto Comunista (1848), cuja importância é equiparada à publicação do “Contrato Social” de Rousseau no século XVIII (BONAVIDES, 1996, p. 169).

Com o surgimento das tensões sociais decorrentes do crescimento da burguesia a partir do triunfo das revoluções do século XVIII e o aparecimento do proletariado, ampliaram-se os direitos fundamentais, que passaram a alcançar os direitos econômicos e sociais, situação decorrente não só do Manifesto Comunista antes referido, mas também da chamada “Doutrina Social da Igreja”, iniciada pelo Papa Leão XIII com a encíclica *Rerum Novarum*, editada em maio de 1891, que reconheceu o direito de propriedade e também a necessidade de adoção de uma solução apresentada como “definitiva”: a caridade.

Em termos constitucionais e de positivação, de modo concreto, o reflexo dessa preocupação com o poder econômico somente ocorreu em 1917, com a Constituição Mexicana, que foi a que primeiro sistematizou o conjunto de direitos sociais do homem, seguida que foi pela Constituição alemã de Weimar em 1919. Em todos esses documentos, duas características fundamentais: a universalidade e o socialismo, expressão aqui empregada em sentido amplo (SILVA, 2005, p. 162).

Ainda na perspectiva de análise histórica dos direitos fundamentais, para que deles se tenha uma adequada compreensão, é preciso fazer referência às gerações (ou dimensões), ou ainda, à “mutação histórica” por eles experimentada (SARLET, 2006, p. 54).

Por isso, chamam-se de *direitos de primeira geração* aqueles que são resultado direto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo perante o Estado. São direitos de defesa, que demarcam uma esfera de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia do indivíduo. São direitos negativos na medida em que pedem uma não ação do Estado, uma abstenção. Aí estão incluídos os direitos de liberdade, os direitos civis e os direitos políticos. Em uma expressão, são direitos de resistência ou oposição perante o Estado.

Direitos de segunda geração são os que foram reconhecidos a partir das doutrinas socialistas e dos movimentos ocorridos no século XIX, dos quais resultaram amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. Aqui se trata de

direitos positivos, no sentido de que se busca uma ação concreta do Estado, e não sua passividade. Os direitos sociais são também a busca da liberdade por intermédio do Estado. Além dos direitos sociais, aqui estão incluídos os direitos culturais e econômicos.

Como *direitos de terceira geração*, apontam-se os direitos que se desprendem da figura do indivíduo, calcados na fraternidade e na solidariedade e inseridos como direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à comunicação.

Direitos de quarta geração são entendidos como aqueles ligados à democracia, à informação e ao pluralismo. Uma representação adequada desta categoria é a de que os três primeiros formam a pirâmide da qual este é o ápice (BONAVIDES, 2005, p. 562-572).

Dentre suas características³³, pode-se destacar sua *universalidade*, elemento pelo qual se torna possível afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para ser titular desses direitos. Essa universalidade, contudo, deve ser entendida em termos, já que alguns direitos fundamentais são dirigidos a grupos específicos e somente a eles dizem respeito (exemplo: os trabalhadores). Ao lado dela, o seu perfil *absoluto*, no sentido de se situarem esses direitos no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição, afirmação que também merece reparos, posto que comum a todos os sistemas a ideia de que há restrições possíveis e necessárias aos direitos fundamentais, especialmente quando diante de outros valores constitucionais.

Outra de suas características é a *historicidade*, ou seja, a variação da sua compreensão conforme os momentos históricos, podendo-se afirmar que os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente fazem sentido num determinado contexto histórico, sendo a compreensão histórica fundamental para a compreensão de cada um deles.

Por fim, a *inalienabilidade ou indisponibilidade* também aparece neste rol, e está relacionada a qualquer ato de disposição que tenha por objeto a renúncia ao exercício do direito fundamental. Sua consequência prática é deixar claro que a preterição de um direito fundamental não

³³ A esse respeito ver Paulo Gustavo Gonet Branco, in **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e COELHO Inocêncio Mártires (org.). Brasília: Brasília Jurídica, 2000, páginas 118-137.

estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir.

Além dessas, pode-se ainda apontar a *imprescritibilidade*, que impede sua corrosão pelo tempo; a *inviolabilidade*, que proclama sua preservação a todo e qualquer custo; a *efetividade*, ou seja, validade em todos os sentidos; e, por fim, sua *eficácia horizontal*, posto que tais direitos são passíveis de reclamação não só verticalmente (do particular para o Estado), mas também entre particulares.

No que toca a sua classificação, Gilmar Ferreira Mendes (2000, p. 139), ao tratar do assunto, após reconhecer que os direitos fundamentais desempenham funções múltiplas dentro do sistema jurídico e que disso decorrem as inúmeras dificuldades em classificá-los, apresenta a chamada “teoria dos quatro status de Georg Jellinek”, autor alemão de obra referente à Teoria Geral do Estado. Para este autor, são quatro as posições (*status*) em que o sujeito pode estar diante do Estado, das quais são extraídos deveres ou direitos: 1) **Status passivo**: decorre de uma posição de subordinação do indivíduo em relação aos poderes públicos, de modo que será ele detentor de deveres para com o Estado, que o vincula com mandamentos ou proibições; 2) **Status negativo**: considerando-se fundamental que os homens tenham um espaço de liberdade sem atuação do Estado, o poder do Estado é exercido “sobre homens livres”; 3) **Status positivo**: em algumas situações o homem poderá exigir que o Estado atue positivamente, que realize uma prestação – assim, ao indivíduo é reconhecido o direito de que o Estado atue a seu favor; e 4) **Status ativo**: O indivíduo desfruta de competência para influir sobre a vontade do Estado (direito ao voto).

A partir dessa formulação, é possível apresentar a seguinte classificação dos direitos fundamentais, no caso, reduzida a três tipos.

1) Direitos de defesa: são aqueles que impõem ao Estado uma abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do sujeito; limitam a atuação do Estado (incisos II, III, IV, XII, XIII, XV, todos do art. 5º, da CF/198) e se mostram como normas de competência negativa para os poderes públicos.

2) Direitos a prestação: se os direitos de defesa visam a assegurar o *status quo* do sujeito, os direitos a prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades e, com isso, estabelecer um novo molde para o futuro da sociedade. Estes direitos partem do pressuposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. São direitos de promoção que surgem da vontade de estabelecer uma igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política e se realizam por meio do Estado (p. 143). Como se traduzem

em ação positiva do Estado, existem peculiaridades especiais que se referem à densidade normativa, o que os distingue dos demais na medida em que seu modo de exercício e sua eficácia será diferenciada. Duas são as formas de prestação: 2.1) Direitos a prestação jurídica: existem direitos fundamentais que se esgotam com a edição de uma simples norma jurídica. Daí afirmar-se que “o objeto do Direito será a normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental” (p. 143). Poderão ser normas penais, que o Estado deve editar para coibir práticas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, ou de procedimento, como é o caso daquelas que tratam do acesso à justiça. 2.2) Direitos a prestações materiais: são os chamados direitos a prestações em sentido estrito. Resultam da concepção social do Estado e são relacionadas a saúde, educação, maternidade, criança, adolescente, etc.

3) Direitos de participação: há quem não reconheça essa categoria como um terceiro tipo. Contudo, é preciso reconhecer que esses direitos tratam de assuntos que, à primeira vista, pouco se identificam com os outros dois. Aqui, estão localizados os direitos políticos de votar e ser votado³⁴.

Tão difícil quanto a busca de um fundamento para os direitos fundamentais é a busca de um conceito, pecando muitos deles pela exagerada abertura ou, ainda, por serem circulares, algo como “direitos fundamentais são aqueles definidos como tal” (MARTINS NETO, 2003, p. 78). Inegável que são direitos subjetivos, vez que se apresentam como prerrogativas ou possibilidades reconhecidas a alguém, e suscetíveis de imposição coativa. Além disso, são direitos subjetivos fundamentais, ou seja, marcados pela fundamentabilidade, em contraposição aos não fundamentais, e marcados, ainda, por uma série de características que inegavelmente não se afastam do entendimento de que os direitos fundamentais integram, em cada ordenamento jurídico positivo, um conjunto mais ou menos extenso de prerrogativas subjetivas comumente pensadas como “pressupostos jurídicos elementares da existência digna de um ser humano” (MARTINS NETO, 2003, p. 88).

³⁴ Importante frisar que Luigi Ferrajoli apresenta classificação diversa, que será objeto de análise no capítulo seguinte.

2.8.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: DAS MERAS DECLARAÇÕES AOS MECANISMOS DE CONCRETIZAÇÃO

No caso do Brasil, o desenvolvimento dos direitos fundamentais não se deu de forma diversa do que ocorreu com as Constituições. Em um primeiro momento, surgiram as declarações típicas do liberalismo, refletidas diretamente nas duas primeiras Constituições (1824 e 1891). Às posteriores, agregaram-se os postulados do Estado Social e Constitucional de Direito, chegando-se hoje à mais extensa declaração de direitos já feita em um documento desse porte no País.

São 77 (setenta e sete) incisos previstos no art. 5º, com a ressalva de que não se trata de um rol exaustivo, já que no parágrafo 2º do mesmo artigo dá-se o reconhecimento explícito de outros que porventura existam ocultos e “decorrentes do regime e dos princípios” adotados pelo texto maior, que os divide da seguinte forma: I – Direitos individuais (art. 5º); II – Direitos coletivos (art. 5º); III – Direitos sociais (art. 6º e 193 e seguintes); IV – Direitos à nacionalidade (art. 12); e V – Direitos políticos (arts. 14 a 17) (SILVA, 2005, p. 184).

Ao lado deles, ainda como característica do constitucionalismo contemporâneo, constata-se a incorporação de uma série de mecanismos de concretização desses direitos, já que se chega à conclusão de que o problema destes tempos está “em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos” (BONAVIDES, 2005, p. 373).

Se a carência maior não é a declaração de direitos, mas sim a necessidade de sua concretização, de torná-los realidade, andou bem a Carta de 1988 ao prever uma série de mecanismos com essa finalidade, dentre eles a declaração de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º), o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

2.8.2.1 A APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

No que se refere ao primeiro deles, a aplicabilidade imediata prevista no parágrafo 1º do art. 5º da Constituição da República, que objetiva determinar a eficácia máxima de norma que defina direitos e garantias fundamentais, tem inspiração em outros sistemas constitucionais, dentre eles o art. 1º, inciso III, da Lei Fundamental de Bonn de 1949, que dizia: “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”.

Longe está o consenso a respeito da adequada compreensão desse dispositivo, que suscita várias polêmicas, a começar pela adequada definição de sua abrangência, ou seja, se é aplicável apenas ao art. 5º, ou a todo e qualquer direito fundamental previsto na Constituição, optando a maioria pela última posição, o que se conclui não só pela expressão utilizada (“direitos e garantias fundamentais”), mas também pelo recurso à interpretação sistemática utilizada quando se trata da Constituição. Sustentar o contrário deixaria fora do âmbito de incidência da norma os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, o que não parece ter sido a intenção do legislador constituinte (SARLET, 2006, p 273).

Outra questão está relacionada ao significado e ao alcance dessa regra, entendimento que oscila entre os que sustentam não poder ela atentar contra a natureza das coisas, motivo pelo qual a eficácia só se dá na medida da lei e, de outro lado, os que sustentam que até mesmo as normas programáticas podem ensejar, por força dela, a fruição imediata do direito previsto.

Em meio às várias opiniões, um pensamento que ganha corpo é o de que um dos objetivos da norma foi justamente o de evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, conclusão que não afasta as divergências a respeito do alcance do dispositivo, sustentando Ingo Wolfgang Sarlet que deve ser entendido como uma ordem de otimização (ou maximização) dos direitos fundamentais, ou seja, uma cláusula constitucional que estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 274).

Evidentemente que problemas existem em decorrência deste entendimento, mas não são maiores do que aqueles que sustentam a eficácia acima de qualquer impossibilidade que se apresente, já que alguns dos direitos colocados como direitos fundamentais são de difícil ou quase impossível implementação se analisados exclusivamente pela redação dada pela Constituição; também não há como se desconhecer que o grau de eficácia dependerá, ainda, “da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha” (SARLET, 2006, p. 284).

2.8.2.2 O MANDADO DE INJUNÇÃO

Sob o aspecto processual, sem dúvida alguma, a grande novidade foi a criação de um instituto próprio para dar efetividade às normas constitucionais, no caso, o mandado de injunção, instituto previsto no inciso LXXI do art. 5º da CF, em que está dito que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Trata-se de um instrumento cujo objetivo é dar concretude às normas previstas na Constituição da República, não permitindo que o ali previsto permaneça sem a efetividade esperada. Surge para tratar do que é chamado pela doutrina de uma “dramática patologia nacional: o descrédito da Constituição causado pela inércia do legislador” (BARROSO, 2006, p. 244) e, apesar de ser um instituto existente em constituições de outros países (por exemplo, a antiga Iugoslávia e Portugal), sua inclusão no sistema jurídico brasileiro foi permeada de dúvidas e grandes discussões doutrinárias a respeito de seu conteúdo, significado e amplitude das decisões nele proferidas³⁵.

Em relação aos efeitos da sua decisão, aspecto que traz toda uma linha de compreensão e que engloba os demais itens, duas correntes se fixaram: de um lado, os que sustentam ser a decisão lançada em mandado de injunção de natureza constitutiva, derivando daí a obrigação de que o juiz crie a norma regulamentadora para o caso concreto; de outro, os que sustentam ser a decisão de caráter mandamental, razão

³⁵ Um resumo dessas discussões pode ser encontrado em MENDES; COELHO; BRANCO (2008, p. 1205).

pela qual caberia ao Poder Judiciário apenas e tão somente dar ciência ao órgão omissor da mora existente, devendo ele adotar as providências necessárias para sua supressão (BARROSO, 2006, p. 124).

Em função disso, é da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal que se podem extrair elementos para uma adequada compreensão desse instituto e de seu espaço de atuação dentro do sistema jurídico nacional. Nesse passo, merece atenção a decisão lançada na Questão de Ordem do Mandado de Injunção n. 107, julgado em 23 de novembro de 1989, em que ficou assentado, por unanimidade, que a norma constitucional que fez sua previsão era autoaplicável, não dependendo seu uso de regulamentação por parte do legislador ordinário. Quanto aos efeitos de sua decisão, determinou-se que seu objetivo era obter a declaração judicial de inconstitucionalidade pela omissão, desde que caracterizada a mora em regulamentar o direito reclamado, com a finalidade de que fosse dada ciência – ao responsável pela omissão – do atraso existente, à semelhança da inconstitucionalidade por omissão³⁶.

Após esse primeiro pronunciamento, outro de grande importância foi o que ocorreu no julgamento do Mandado de Injunção n. 283, em 20 de março de 1991, em que o Supremo Tribunal Federal, além de declarar a mora do legislador no caso ali referido, concedeu prazo para a sanção presidencial, reconhecendo que, se vencido ele sem a promulgação, poderia o impetrante “obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrarem”³⁷.

Foi a primeira vez que se deu prazo para a manifestação do legislador, rompendo com uma tradicional leitura do princípio da separação dos poderes que, até então, impedia qualquer medida mais rigorosa – e com consequências – por parte do poder judiciário, quer em relação ao legislativo, quer em relação ao executivo.

Depois disso, ainda os julgamentos nos mandados de injunção ns. 283 e 284, em que soluções semelhantes foram adotadas, até que se deu o julgamento de outros três mandados de injunção que revolucionaram definitivamente a forma de compreender o instituto na Suprema Corte

³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília, S.T.F., 1957, volume 133, página 11.

³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção n. 232, julgado em 20 de março de 1991, relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no Diário da Justiça da União de 14 de novembro de 1991.

brasileira. São os mandados de injunção ns. 670³⁸, 708³⁹ e 712⁴⁰, que trataram da regulamentação do direito de greve do servidor público, matéria prevista na Constituição Federal no art. 37, inciso VII, mas pendente de regulamentação desde 1988. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal, além de reconhecer a mora legislativa e a situação de violação de direitos daí decorrentes, fixou prazo para a edição de ato normativo e, em caso de sua não ocorrência, que outra legislação – ali indicada – fosse aplicada aos casos concretos.

2.8.2.3 A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Criação da década de setenta em alguns países, a inconstitucionalidade por omissão tem sua existência decorrente do parágrafo 2º do art. 103 da Constituição de 1988, que determina: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Aqui, a exemplo dos outros dois institutos analisados, a preocupação maior do legislador constituinte foi evitar que a inércia do legislador viesse a criar um espaço de violação da própria Constituição, que se manifestaria na ausência de eficácia da norma nela prevista. A diferença aqui fica por conta de ser medida judicial que se insere no mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade, o que leva à conclusão de que seu cabimento deverá estar ligado a uma omissão que viole a Constituição, ou seja, inconstitucional⁴¹.

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção n. 670, julgado em 15 de maio de 2003, relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 31 de outubro de 2008.

³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção n. 708, julgado em 25 de outubro de 2007, relator Ministro Gilmar Mendes, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 31 de outubro de 2008.

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção n. 712, julgado em 25 de outubro de 2007, relator Ministro Eros Grau, publicado no Diário da Justiça da União de 31 de outubro de 2008.

⁴¹ Esclarece Luis Roberto Barroso: “Como regra geral, o legislador tem a faculdade discricionária de legislar, e não um dever jurídico de fazê-lo. Todavia, há casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo uma atuação positiva, mediante a edição de norma necessária à efetivação de um mandamento constitucional” (2006, p. 223).

Em relação a esse instituto, importante destacar que a discussão a seu respeito se dá no mesmo sentido do mandado de injunção, vale dizer, em relação à decisão e seu alcance. Em sua maioria, tais decisões se mantêm na linha da impossibilidade de ir além da ciência do legislador em mora para que adote as providências sob sua responsabilidade, sem previsão de qualquer consequência⁴².

Exceção a essa regra foi o julgamento ocorrido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3682, julgada em 09 de maio de 2007, cuja decisão foi publicada no Diário da Justiça da União de 06 de setembro de 2007. Nele, após reconhecer a existência de inércia do legislador no caso em exame, determinou-se que, em um prazo de dezoito meses, fossem adotadas todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do comando constitucional ali examinado.

Através da Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009, houve a inclusão de dispositivos na Lei 9868/99, interessando no momento o artigo 12-H, onde está dito que, em caso de declaração de inconstitucionalidade por omissão, o primeiro passo ser a ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias, repetindo no parágrafo 1º o afirmado pela Constituição: “Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido”.

Trata-se de dispositivo que reedita o colocado no parágrafo 2º, do art. 103 da Constituição da República, deixando ainda aberta a possibilidade para que o Supremo Tribunal Federal mantenha a construção que vem sendo feito ao longo dos anos, as quais têm condições de contribuir legitimamente para uma diminuição dos espaços legislativos que impedem o exercício de muitos dos direitos e garantias constitucionais.

Como se vê, apesar dos instrumentos previstos e da extensa declaração de direitos, é com dificuldade que se dá a implantação de um Estado Constitucional de Direito no Brasil. Penoso tem sido o caminho

⁴² “A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, publicada no DJ 30/05/03).

de concretização e de localização dos limites da atuação do Poder Judiciário, parte do Estado em que as carências dessas áreas têm se apresentado com maior evidência.

2.9 RESUMO DO DEBATE

Se no primeiro capítulo o que se pretendeu foi demonstrar o reflexo do constitucionalismo na filosofia do direito e no modo de compreendê-lo, fortes o suficiente para se falar em superação do positivismo jurídico e surgimento de um novo paradigma, neste segundo o objetivo era demonstrar como se operou esta mudança na forma de organização dos Estados.

Afinal, o que se viu foi que o surgimento do Estado Moderno está umbilicalmente ligado a idéia de Estado de Direito, expressão que reúne duas categorias essenciais da modernidade e que – unidas – possuem a pretensão de controlar o poder político, o que se dá por meio de inúmeras construções filosóficas e teóricas. A análise dessas correntes, deixa claro que de um estado legislativo de direito, chega-se ao século XX com um novo modelo consolidado: O estado constitucional de direito.

Neste, as normas jurídicas não se sustentam apenas pela observância dos aspectos formais ditados pelos textos constitucionais. Necessitam também guardar compatibilidade material, até porque há uma ampliação do objeto das normas constitucionais, já que esses textos passam por uma transformação no que se refere à sua função social, política e jurídica.

Os direitos fundamentais ganham importância e passam a ser o elemento central desses textos, não mais havendo uma preocupação única e exclusiva com sua declaração, mas também – e principalmente – com sua concretização, situação que põe em evidência a necessidade de um repensar em relação as bases em que se desenvolve a atividade jurisdicional, o que cria o campo ideal para o próximo capítulo, qual seja, examinar a contribuição da teoria geral do garantismo e suas possibilidades para o enfrentamento da questão dos limites da atividade jurisdicional na realização dos direitos fundamentais.

3 O GARANTISMO COMO RESPOSTA

3.1 TEORIA GERAL E BASE PARA SURGIMENTO

Como já dito nos capítulos anteriores, duas transformações paralelas e semelhantes deram-se em campos diversos do conhecimento e influenciaram não só o modo de compreensão do Direito, mas também as funções reservadas ao Estado contemporâneo. A primeira ocorreu na Filosofia Do Direito, que admitiu a existência de um novo momento, o “pós-positivismo”, cuja essência reside no reconhecimento de que há um novo paradigma a merecer atenção, o paradigma constitucional, o qual tem como marca fundamental a superação do mero legalismo. A segunda ocorreu na Teoria do Estado. Nela, em lugar de um Estado de Direito e da centralidade do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito vigente, surge um Estado Constitucional de Direito, que se apresenta como superação do primeiro. A mudança reside na crescente importância das constituições contemporâneas, nelas destacadas duas características fundamentais: supremacia e rigidez. Esses documentos tornam-se os elementos centrais da nova formulação, que requer instrumentos aptos para a realização dos direitos fundamentais, categoria que se apresenta como elemento central desse novo momento.

A prática de declarar direitos em cartas constitucionais, ação iniciada com as revoluções liberais – especialmente a francesa no século XVIII, ganha força com esses movimentos. Nasce a esperança de que, transformadas as aspirações sociais em direitos fundamentais, e estes, por sua vez, colocados a salvo em Constituições protegidas das maiorias eventuais, ter-se-ia proteção suficiente para criar uma sociedade livre das barbáries ocorridas ao longo dos anos.

Constatou-se, porém, sua insuficiência, já que a dificuldade atual está localizada não mais no reconhecimento de direitos e na sua declaração, mas sim “em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer ou inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos” (BONAVIDES, 2005, p. 338).

Tal é, sem dúvida alguma, o ponto fundamental para a superação final das antigas estruturas do Direito e do Estado – que ainda privilegiam antigas técnicas –, estruturas essas totalmente inadequadas para fazer frente a este novo desafio. O pensamento que proclama uma compreensão do sistema apenas e tão somente pela vinculação formal do

conjunto normativo, já não tem mais lugar no pós-positivismo e no Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Daí que cuidadoso exame merecem as ideias de Ferrajoli, expostas inicialmente em **Diritto e Ragione**, obra publicada na Itália em 1989 e traduzida para o espanhol em 1995. Desde então protagonista de grandes discussões, foi depois detalhada em uma série de trabalhos publicados, com especial atenção aos livros que apresentam os debates com outros professores, os quais serão analisados mais à frente.

A pretensão de Ferrajoli é construir uma “teoria geral do Garantismo”, razão pela qual dedica os dois últimos capítulos de sua obra **Direito e Razão** a tratar do assunto. Na base de seu pensamento, há a identificação de três aspectos de uma crise profunda e crescente vivida pelo Direito na atualidade.

A primeira crise é a chamada “crise da legalidade”, ou seja, do valor vinculante associado as regras pelos titulares dos poderes públicos, que se expressa pela ausência ou pela ineficácia dos instrumentos de controle. Seu resultado imediato é a ilegalidade do poder. Um reflexo dessa situação pode ser encontrado em vários Estados – europeus ou não – em que há uma espécie de Estado paralelo que funciona baseado na corrupção e se estende por todas as áreas (política, economia, administração pública etc.) (FERRAJOLI, 2001, p. 15).

A segunda está ligada à inadequação das estruturas do Estado de Direito para dar conta das novas funções a ele atribuídas no chamado *Welfare State*. Se antes a marca fundamental do modelo na sua versão liberal era a de protetor de uma esfera de individualidade, cuja atuação não exigia apenas a imposição de limites e proibições, agora tudo muda. Exige-se do Estado de Direito Social uma atuação positiva, atuante, pró-ativa, de que resulta uma inflação legislativa que é provocada pelos mais diversos setores sociais com leis cada vez mais específicas, parecendo meros atos administrativos. Há dificuldade para a consolidação de um sistema de garantias tão eficiente como foram aqueles criados para proteger os postulados do liberalismo, situação agravada pela acentuação do caráter incompleto, seletivo e desigual que se manifesta na crise pela qual este modelo de Estado passou no início dos anos setenta.

A terceira crise está relacionada ao debilitamento do Estado Nacional e se manifesta no deslocamento dos lugares da soberania, já que as questões relacionadas, por exemplo, às questões militares, de política monetária e políticas sociais escapam de suas fronteiras, passando a depender mais de questões externas do que de questões internas. Além disso, há um enfraquecimento do constitucionalismo,

ante a inexistência de suporte teórico em Direito Internacional que resolva a inserção desses novos espaços decisórios externos no sistema das fontes de Direito.

No raciocínio de Ferrajoli, o problema central está em que essas três crises podem colocar em colapso a própria Democracia, já que, por trás de todas elas, está presente uma crise da legalidade, ou seja, do princípio da legalidade na sua versão mais pura e naquilo que tem de mais precioso: a vinculação de todos às normas legais. Sua ausência gera a ilegalidade do poder e formas neoabsolutistas de exercício do poder público “*carentes de limites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos*” (FERRAJOLI, 2001, p.17).

A esse respeito pode ser dito ainda que – como se trata de uma teoria que se desenvolve no ambiente do Estado Constitucional de Direito e é própria dele – não traz consigo a simples defesa de um mero legalismo, até porque o Garantismo é incompatível com a falta de limitação jurídica do poder legislativo, já que a mera sujeição do juiz à lei possibilitaria a convivência com as políticas mais autoritárias e antigarantistas (ABELLÁN, 2005, p. 21).

Sustenta sim, a partir de uma concepção negativa do exercício do poder, vez que reconhece que há sempre presente um potencial abuso, que sua neutralização somente ocorrerá de modo eficaz com a sustentação de uma visão instrumental do Direito e do Estado. O Garantismo se opõe de modo veemente “*al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho, propugnando, frente al primero, la Democracia sustancial y, frente al segundo, El principio de legalidad; en definitiva, El gobierno sub leges (mera legalidad) y per leges (estricta legalidad)*” (ABELLÁN, 2005, p. 22).

Pensar o contrário colocaria em risco as conquistas do Estado Moderno, em especial, os direitos fundamentais, já que é inegável a perda de confiança que pode gerar, especialmente após a constatação das crises existentes que afetam diretamente o sistema normativo e, como já destacado, o princípio da legalidade. É bem verdade, afirma Ferrajoli, que, na época da implantação do sistema juspositivista, o quadro não era diferente, ou era até pior, mais complexo e irracional. Contudo, não se pode negar que a razão jurídica atual tem a seu favor um aliado importante: os progressos do constitucionalismo, que permitem configurar e construir o Direito atual – muito mais do que se permitiu no velho Estado Liberal – com um sistema artificial de garantias constitucionalmente preordenadas para a tutela dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2001, p. 18).

Tal decorre de uma complexidade específica dos ordenamentos de constituição rígida: uma dupla artificialidade que não resulta somente do caráter positivo das normas produzidas – marca fundamental do positivismo jurídico –, mas também pela sua sujeição ao Direito – marca fundamental do Estado Constitucional de Direito. A produção jurídica está disciplinada por normas, tanto formais como substanciais, de direito positivo (FERRAJOLI, 2001, p. 19).

Nesse passo, Garantismo e Estado Constitucional de Direito são expressões que se identificam, podendo até mesmo afirmar-se que o segundo expressa a fórmula política do primeiro, de modo que, apenas por meio desse, aquele consegue realizar seu programa, até porque *“solo este modelo político incorpora um riguroso ‘principio de estricta legalidad’, que supone el sometimiento del poder no únicamente a limites formales, sino también a los limites sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales”* (SANCHÍS, 2005 p. 41).

Pois bem, voltando à mencionada “dupla artificialidade”, é preciso dizer que ela se constitui na mais importante conquista do Direito contemporâneo, já que o modelo garantista se opõe frontalmente ao modelo paleopositivista, na medida em que se apresenta como uma garantia diante do Direito ilegítimo. Nessa construção, as Constituições são fundamentais, já que é na sua primazia como sistema de limites e vínculos para a maioria que deve ser reconhecida uma das suas dimensões essenciais, não menos importante que sua dimensão política. É o que Ferrajoli chama de dimensão substancial da Democracia, em contraposição à dimensão meramente formal, constituída precisamente pelo princípio da maioria.

Há, contudo, um aspecto importante que leva necessariamente ao reconhecimento da segunda dimensão, a substancial: no cerne da primeira, está localizada a confusão entre Democracia e princípio da maioria, de forma a se entender esta última apenas como o poder da maioria legitimado pelo voto popular. Tal compreensão

[...] ignora la que es la máxima adquisición y al mismo tiempo el fundamento del Estado constitucional de derecho: la extensión del principio de legalidad también al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluyendo el legislativo, y su funcionalización a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados (FERRAJOLI, 1995, p. 11).

Eis o reconhecimento de uma dimensão substancial da Democracia, com o importante detalhe de que estes vínculos materiais não são outra coisa senão as garantias dos direitos fundamentais, desde os direitos de liberdade até os direitos sociais:

[...] cuya estipulación ha introducido, en la estructura misma del principio de legalidad propio del actual estado constitucional del derecho, una racionalidad sustancial que se ha añadido a la racionalidad formal propia del viejo positivismo jurídico y del paradigma roussoniano de la Democracia Política, basados ambos en la omnipotencia del legislador de mayoría (FERRAJOLI, 1995, p. 12).

Partindo de uma base de Direito Penal, em que se visualiza com perfeição a divergência entre a normatividade do modelo constitucional e a ausência de efetividade nos níveis normativos inferiores, Ferrajoli sustenta a já referida "Teoria Geral do Garantismo". Como ele mesmo afirma:

La orientación que desde hace algún tiempo se conoce por el nombre de 'Garantismo' nació en el campo penal como una réplica al creciente desarrollo de la citada divergencia, así como a las culturas jurídicas y políticas que la han avalado, ocultado e alimentado, casi siempre en nombre de la defensa del estado de derecho y del ordenamiento democrático (FERRAJOLI, 1995 p. 851).

A partir daí, Ferrajoli propõe o significado da palavra "Garantismo" em três concepções diversas, suscetíveis de ser trasladadas para todos os campos do conhecimento jurídico.

A primeira delas decorre do entendimento de Garantismo como um modelo normativo de Direito, já que é justamente a partir do Direito Penal que a palavra representa a ideia de estrita legalidade, própria do Estado de Direito; a segunda representa a acepção do termo Garantismo como uma teoria jurídica da validade e da efetividade, consideradas categorias distintas entre si, e também da vigência ou existência das normas. Nesse caso, a palavra Garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o ser do dever ser do Direito, além de

propor como questão central a divergência existente – nos ordenamentos complexos – entre:

modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente antigarantistas), interpretándola mediante la antinomia – dentro de ciertos límites fisiológica y fuera de ellos patológica – que subsiste entre validez (e ineffectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas (FERRAJOLI, 1995, p. 85).

Por fim, na terceira forma de compreender Garantismo, a palavra designa uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado uma *“carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos”* (FERRAJOLI, 1995, p. 853).

Ferrajoli explica ainda que esses três sentidos, que até aquele momento haviam sido usados com uma conotação unicamente relacionada ao Direito Penal, contêm um alcance teórico mais amplo e desenham uma teoria geral fundada nos seguintes aspectos: 1) caráter de vinculação do poder público no Estado de Direito; 2) divergência entre validade e vigência produzida pela existência de normas em níveis diversos dentro do sistema jurídico e certo grau (irreduzível) de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de níveis inferiores; 3) distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e daí a divergência entre justiça e validade; e, por fim, 4) autonomia e a precedência da justiça e certo grau de ilegitimidade política das instituições vigentes com relação a ela (FERRAJOLI, 1995, p. 854).

Por todos esses motivos, fica evidente que a ampliação do campo de incidência do Garantismo jurídico é perfeitamente possível, já que a similitude de questões a ser superadas do antigo Estado de Direito e a construção de estruturas para a plena vigência do Estado Constitucional de Direito, assim apontam. Some-se a isso a identidade estrutural entre os diversos sistemas presentes no ordenamento jurídico, elemento que torna possível a ampliação dessas estruturas para os mais diversos campos do Direito que, na atualidade, passam pelos mesmos problemas.

3.2 TRÊS CONCEPÇÕES DA PALAVRA “GARANTISMO”

Dada a importância dessas três formas de entender o termo “garantismo”, necessário o exame detalhado de cada uma delas.

3.2.1 PRIMEIRA CONCEPÇÃO: UM MODELO NORMATIVO DE DIREITO

Nesta formulação, o que sobressai é a manifestação do termo "Garantismo" como uma manifestação de outra concepção do Direito moderno, que é o Estado de Direito, o qual, como se disse, tem sua formulação principal em Platão e Aristóteles, pensadores que defendiam a ideia de que, melhor que um governo de homens, é um governo de leis. Várias as roupagens assumidas pelo Garantismo ao longo dos anos, passando pelas revoluções norte-americana e francesa, culminando com o modelo hoje existente, ao qual se aplica a distinção entre governo *sub lege* e governo *per leges*, exemplificando Ferrajoli, após afirmar que ambas as situações se aplicam no campo do direito penal, em que Estado de Direito designa as duas situações:

el poder judicial de descubrir y castigar los delitos es en efecto **sub lege** por cuanto el poder legislativo de definirlos se ejercita **per leges**; y el poder legislativo se ejercita **per leges** en cuanto a su vez está **sub lege**, es decir, está prescrita por ley constitucional la reserva de ley general y abstracta en materia penal (FERRAJOLI, 1995, p. 856).

Quanto ao poder *sub lege*, importante frisar ainda que sua compreensão comporta dois sentidos, a saber: um sentido fraco, lato ou formal, de que qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e pelos procedimentos por ela estabelecidos; um sentido forte, restrito ou substancial, de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, que condiciona não só suas formas, mas também seu conteúdo.

Eis um momento importante para a compreensão da teoria garantista e como pode ela oferecer uma nova postura ao operador do Direito, especialmente no campo que aqui se pretende explorar, qual seja, o da atividade jurisdicional, já que, segundo Ferrajoli:

El término 'estado de derecho' se usa aquí en la segunda de ambas acepciones; y en este sentido

es sinónimo de 'Garantismo'. Por eso designa no simplemente un 'estado legal' o 'regulado por la ley', sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público - legislativo, judicial y administrativo - está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter); b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial. (FERRAJOLI, 1995, p. 857).

A primeira das situações trata da legitimidade formal, ao passo que a segunda trata da legitimação substancial, e justamente por força disso, ou seja, dessas duas fontes, é que os atos estão limitados, não só no tocante a sua forma, mas também no que se refere ao seu conteúdo. Se violados, levam à invalidade do ato.

Ressalta Ferrajoli que essa distinção entre legitimidade formal e legitimidade material é essencial para aclarar a compreensão da relação entre Democracia Política e Estado de Direito, já que a primeira (formal) faz referência à forma de governo e a segunda (substancial), à estrutura de poder.

Explicando melhor, pode-se afirmar que Ferrajoli pretende destacar que as normas que tratam da forma de expressão da vontade popular e definem quem será eleitor, como será o voto, a eleição dos parlamentares e governantes, são normas que se ocupam da Democracia Política. Assim, quanto mais abrangente for o sistema, mais democrático ele será.

As outras, quais sejam, as que tratam de garantir os direitos dos cidadãos, estabelecendo o respeito à liberdade pessoal e de reunião, a inviolabilidade do domicílio e de correspondência ou, ainda, as obrigações do Estado de reduzir as desigualdades sociais, promover condições para desenvolvimento do trabalho digno, assegurar saúde e educação, são regras relacionadas ao Estado de Direito. Assevera Ferrajoli:

Puede añadirse que habitualmente la violación de las reglas del primer tipo es causa de inexistencia o falta de vigencia, mientras que la de las reglas del segundo tipo es causa de invalidez de las normas producidas; y que la característica estructural del estado de derecho respecto al mero estado legal es la posible divergencia entre validez y vigencia, o sea, la existencia de normas vigentes pero inválidas por ser conformes a las reglas del primer tipo pero no a las del segund. (FERRAJOLI, 1995, p. 858).

Outro aspecto importante a ressaltar nesse ponto do trabalho de Ferrajoli pertinente às relações entre a maioria e a minoria nos Estados democráticos é sua afirmação que “*La primera regla de todo pacto constitucional sobre convivencia civil no es, en efecto, que se debe decidir sobre todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría*” (FERRAJOLI, 1995, p. 859).

Tal concepção é resultante de pacto firmado nas sociedades. Este garante um espaço não passível de discussões, o lugar dos direitos fundamentais do homem. Com o passar dos tempos, essa garantia acabou por ser constitucionalizada, especialmente em decorrência do advento do Estado Social, que se seguiu ao Estado Liberal⁴³.

⁴³ A esse respeito afirma Ferrajoli (1995, p. 862): Podemos por tanto caracterizar al estado liberal como un estado limitado por normas secundarias negativas, es decir, por prohibiciones dirigidas a sus órganos de poder; y al estado social o socialista, como un estado vinculado por normas secundarias positivas, es decir, por mandatos igualmente dirigidos a los poderes públicos. La técnica garantista es siempre la de la incorporación limitativa de los derechos civiles y, correlativamente, de los deberes públicos a los niveles normativos superiores del ordenamiento: la declaración constitucional de los derechos de los ciudadanos, repetimos, equivale a la declaración constitucional de los deberes del estado

3.2.2 SEGUNDA CONCEPÇÃO: UMA TEORIA JURÍDICA DA VALIDADE, DA EFETIVIDADE E DA VIGÊNCIA DAS NORMAS

Como já se evidenciou linhas atrás, o Garantismo não está situado fora do horizonte do positivismo jurídico. Ferrajoli, a esse respeito, esclarece:

Es claro que, con respecto a esta experiencia, la positivación o estatalización del derecho representó un enorme progreso tanto en el plano jurídico y político como en el epistemológico. La naturaleza jurisprudencial y doctrinal del derecho válido y su identificación con el derecho natural o con la justicia se resolvían de hecho, no obstante la aparente racionalidad, en una total incertidumbre y arbitrariedad del derecho vigente. La novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos (extraordinariamente parecidos, en particular en el derecho privado, a los romanos), como sobre todo en la forma 'legal', 'convencional', o 'artificial', es decir, 'positiva', del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la veritas sino precisamente la auctoritas (FERRAJOLI, 1995, p. 869).

É o princípio da legalidade, que passa a representar um postulado jurídico dos mais importantes, senão fundamental, para o positivismo jurídico, justamente na medida em que impede o arbítrio, característico do período do absolutismo. Contudo, propõe Ferrajoli a ampliação de sua compreensão para além do aspecto formal:

En dos sentidos, que después corresponden a los modelos de legalidad (lata y estricta) y de legitimación (formal y sustancial) en los que aquí se ha articulado el principio: por una parte, en el sentido de que la (mera) legalidad, como fuente (formal) de la vigencia de las normas jurídicas, es una garantía de certeza y, por tanto, de libertad frente a los poderes, que si no actuarían sin freno; por otra parte, en el sentido de la (estricta)

legalidad, como fuente (sustancial) de la validez de las normas mismas, constituye una técnica de positivación y de estabilización de los derechos fundamentales de los ciudadanos apta a hacer funcional a su satisfacción y tutela el 'artificio' estatal, que si no sería absoluto (FERRAJOLI, 1995 p. 870).

Essa compreensão abre caminho para a distinção entre vigência e validade, que serve para resolver o problema da existência de normas inválidas, já que a vigência diz respeito à existência da norma, o que ocorre quando ela é produzida com respeito às normas para tanto previstas. A validade, por sua vez, dirá respeito a sua constitucionalidade, ou seja, se ela é coerente com as normas superiores existentes dentro do ordenamento jurídico.

Em resumo, segundo Cademartori:

O pano de fundo teórico-geral do Garantismo está constituído em grande parte pela importante distinção entre quatro diferentes predicados que se podem imputar às normas: justiça, vigência, validade e eficácia (efetividade): a) uma norma é 'justa' quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extrajurídico); b) uma norma é 'vigente' quando é despida de vícios formais, ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito; c) uma norma é 'válida' quando está imunizada contra vícios materiais, ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior; d) uma norma é 'eficaz' quando é de fato observada pelos destinatários (e-ou aplicada pelos órgãos de aplicação). A relevância dessa distinção jaz no fato de que estas quatro qualidades das normas são totalmente dissociadas entre si; e a finalidade da distinção é justamente salientar essa dissociação, em particular, aquela entre vigência e validade (CADEMARTORI, 2006, p. 79).

Como se vê, nesse segundo entendimento do que é Garantismo, exsurge uma preocupação não só com o aspecto formal da norma, mas

também com seu aspecto material, substancial, como modo de garantir a realização dos direitos fundamentais do cidadão⁴⁴.

3.2.3 TERCEIRA CONCEPÇÃO: UMA DOCTRINA FILOSÓFICO-POLÍTICA

Pela primeira das concepções anteriormente apontadas, impõe-se o termo "Garantismo" como um modelo de ordenamento dotado de meios para invalidar todo exercício de poder, em contraste com as normas superiores editadas com a finalidade de proteger direitos fundamentais. Pela segunda, vê-se a compreensão do termo como uma teoria jurídica capaz de produzir a crítica que resulta na deslegitimação interna das normas vigentes agora inválidas. Na terceira concepção do termo, Garantismo designa uma doutrina filosófico-política que permite a crítica e a deslegitimação externa das instituições jurídicas positivas, conforme a rígida separação entre direito e moral, ou entre validez e justiça, ou, ainda, entre ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista ético-político ou externo do ordenamento.

Para Ferrajoli, neste último entendimento, o Garantismo consiste em uma visão de que o Estado serve de meio para a realização dos direitos fundamentais, ou seja:

[...] consiste, por una parte, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder solo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos del punto de vista ético-político o externo, virtualmente orientado a su crítica y transformación; por otra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del estado, dirigido únicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales (FERRAJOLI, 1995, p. 884).

⁴⁴ Ferrajoli (1995, p. 874) destaca: Sin embargo, mientras las condiciones formales de la vigencia constituyen requisitos de hecho en ausencia de los cuales el acto normativo es imperfecto y la norma dictada por él no llega a existir, las condiciones sustanciales de la validez; y de manera especial las de la validez constitucional, consisten normalmente en el respeto de valores - como la igualdad, la libertad, las garantías de los derechos de los ciudadanos- cuya lesión produce una antinomia, es decir, un conflicto entre normas de contenido o significado incompatible.

Trata-se de entender, segundo o autor, que o ponto de vista externo é, nada mais nada menos, que o ponto de vista das pessoas, entendidas essas como um valor.

3.3 AS MUDANÇAS PROVOCADAS PELA INTRODUÇÃO DO GARANTISMO JURÍDICO EM UM MODELO DE POSITIVISMO CLÁSSICO

A apresentação das mudanças trazidas pelo novo modelo de Garantismo leva necessariamente a um confronto direto com a concepção de Direito sustentada pelo positivismo clássico, diferença essa que pode ser percebida nos seguintes planos: 1) no plano da Teoria do Direito, em que se faz necessária uma revisão da concepção de validade das normas jurídicas, que decorre da diferenciação que é feita entre validade e vigência; 2) no plano da teoria política, já que agora se postula o reconhecimento da dimensão substancial da Democracia, não sendo mais suficiente apenas sua compreensão no plano formal; 3) no plano da teoria da interpretação e da aplicação da lei, vez que agora se impõe ao juiz uma nova postura, com a redefinição do seu papel, e, ainda, das condições para que se dê sua vinculação; e, 4) no plano da ciência jurídica, que se afasta de uma postura meramente descritiva do sistema, para assumir uma postura crítica em relação ao seu objeto.

3.3.1 O GARANTISMO E A TEORIA DO DIREITO

No que se refere à primeira alteração, evidencia-se uma clara superação das teses apresentadas por três dos mais importantes teóricos do Direito no século passado: Kelsen, Bobbio e Hart. Isto porque, conforme Ferrajoli, a validade da norma não é mais identificada unicamente por sua conformidade com as normas que regulam sua produção e que também pertencem a esse ordenamento (FERRAJOLI, 2001, p. 20).

Para o autor, essa concepção é uma simplificação indevida do sistema normativo e resulta da falta de compreensão da complexidade do princípio da legalidade no Estado Constitucional de Direito, já que não se pode desconhecer que neste, o sistema de normas sobre a produção de normas não se compõe unicamente de regras formais que tratam de competência ou procedimentos, mas sim – e também – traz *“normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder*

legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos” (FERRAJOLI, 2001, p. 21).

Isso significa que uma norma deixa de ser reconhecida somente pelo atendimento aos requisitos previstos para sua criação. Passa a exigir também respeito à matéria que é objeto dessa lei, que não poderá jamais contrariar o conteúdo da “norma de reconhecimento”. Para os aspectos formais, há o conceito de vigência, que serve justamente para a verificação do respeito, ou não, aos procedimentos para a elaboração da norma, da competência para sua edição e do atendimento aos requisitos necessários para produzir seus efeitos. Para as questões relacionadas à sua substância, ao seu conteúdo, ao seu aspecto material, busca-se o conceito de validade, que é resultado direto da dupla artificialidade do sistema jurídico que hoje se reconhece.

Há uma imposição de limitação ao poder do legislador – já na compreensão de Ferrajoli a possibilidade do abuso do poder está sempre presente – a qual é feita fundamentalmente através da separação dos conceitos de vigência e validade da norma, que deixam de ser compreendidos como um só, o que ocorria no estado paleopositivista de Direito. Agora uma norma será justa, se merecer a aprovação moral, juízo que é externo ao sistema; será válida, se não contiver vícios materiais, ou seja, não contrariar normas hierarquicamente superiores; será vigente, se preencher os requisitos formais previstos no sistema; e, por fim, será eficaz se observada pelos destinatários (ABELLÁN, 2005, p. 26).

Contudo, apesar das vantagens identificadas na teoria apresentada por Ferrajoli – considerada como uma completa Filosofia do Direito que inclui teses metodológicas, conceituais e axiológicas – ainda assim algumas dificuldades podem ser encontradas, especialmente no que se refere à separação entre vigência e validade. Nesse sentido, Abellán afirma que, ao se considerar a vigência como uma categoria submetida a um juízo interpretativo e não um mero juízo de fato, e a validade também como um juízo de interpretação e não de valor indecível, em ambos os casos não há como se afastar de uma discricionariedade interpretativa, no segundo caso mais presente do que no primeiro (ABELLÁN, 2005, p. 33).

A consequência disso é que a validade se torna então um juízo externo, afirmação reforçada pela interpretação de Ferrajoli apresentada por Abellán, para quem:

interpretar la constitución no consiste solo en atribuir significado al texto normativo según el

canon interpretativo de la intención de su autor, sino según la filosofía política que subyace a la misma y que esta solo imperfectamente recoge; es decir, según el modelo axiológico del Garantismo (ABELLÁN, 2005, p. 35).

Apesar de apontar que esse efeito pode levar ao enfraquecimento do Garantismo, vez que o coloca em posição próxima àqueles a quem critica, é preciso dizer que esse detalhe pode ser compreendido de outra forma.

É que – além de se tratar de um juízo interno e não externo – detém um forte componente de racionalidade sistêmica, ausente no exame da justiça da norma, uma vez que, como lembra Serrano:

el juicio de validez depende de los mecanismos internos de control del sistema jurídico, en mucha mayor medida que el juicio de justicia pueda depender de mecanismos de control de los sistemas Morales. Los sistemas jurídicos están más diferenciados y son, en este sentido, mucho más cerrados que los sistemas Morales (SERRANO, 1999, p. 53).

Ainda em relação ao entendimento de validade sustentado por Ferrajoli, tal sustentação leva ao reconhecimento de que – a partir daí – se constroem três novas esferas de decisão política, inexistentes na compreensão do sistema jurídico no modelo paleopositivista do Estado de Direito, em que validade e vigência se confundem. São elas: 1) a do indecidível formada pelo conjunto de direitos de liberdade e de autonomia que impedem decisões – expectativas negativas – que podem lesioná-los ou reduzi-los; 2) a do indecidível formada pelos direitos sociais que impõem decisões – expectativas positivas – dirigidas a satisfazê-los; e, por fim, 3) a do decidível, instância em que se legitima o direito de autonomia, tanto política (através da representação) como privada (através das regras do mercado). E é justamente nesse ponto, de acordo com Sanchís:

[que a] *Democracia formal aparece generada por los derechos de autonomia que determinan quién y cómo se manda; la Democracia sustancial viene delimitada por los derechos de libertad que dan lugar a obligaciones de abstención o respeto de*

âmbitos de inmunidad (lo indecible) y por lo derechos sociales que reclaman acciones positivas de dar o de hacer (lo indecible que no) (SANCHÍS, 2005 p. 43).

Dá-se então o ponto de encontro das duas formas de compreender o sistema, promovendo a ligação entre o aspecto formal e o substancial, com especial ênfase aos direitos fundamentais.

3.3.2 O GARANTISMO E AS DIMENSÕES DA DEMOCRACIA (FORMAL E SUBSTANCIAL)

Na relação entre Garantismo e Democracia, o que sobressai é a compreensão de um aspecto até então encoberto ou desconhecido da Democracia, que é a sua dimensão substancial, já que de um olhar para a Democracia que servia apenas para ditar procedimentos de coleta da vontade popular, passa-se a perceber a existência de outro aspecto em relação a ela, agora voltado para a garantia de direitos não só da maioria, mas também da minoria, vez que seu reconhecimento impede que a primeira anule ou aniquile os direitos da segunda, sem qualquer possibilidade de existência de uma onipotência da primeira, o que resulta de uma compreensão de Democracia plebiscitária ou majoritária.

E é justamente em oposição a essa compreensão limitada de Democracia que Ferrajoli aponta a existência de uma Democracia constitucional, a qual se contrapõe a uma Democracia legitimada unicamente pela vontade da maioria que desqualifica os limites impostos ao poder executivo, tido como um poder absoluto no modelo paleopositivista de Estado de Direito (FERRAJOLI, 2008, p. 25).

A esse pensamento se opõe a moderna concepção de Constituição, já que reduz (ou elimina) sua principal função por meio da imposição de limites ao poder. Para Ferrajoli, a essência do constitucionalismo e do Garantismo – e da Democracia constitucional

reside precisamente en el conjunto de limites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la Democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de limites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de

técnicas de control y de reparación contra sus violaciones (FERRAJOLI, 2008, p. 27).

Nesse novo modelo, o Estado constitucional está submetido ao Direito, tanto quando os demais poderes do Estado, o que se dá em função da supremacia constitucional, elemento que se apresenta como uma das grandes novidades nos sistemas políticos do pós-guerra. Dá-se o surgimento de um novo paradigma que passa a informar todo o Direito, redefinindo sua função dentro do sistema social, o qual pode ser mais bem compreendido se observado que é a partir do fim da Segunda Guerra mundial – quando o homem percebe que sua capacidade de destruição é superior a sua capacidade de construção – que se dá o seu surgimento. É justamente ali que se veem os malefícios que podem ser causados pela maioria diante da ausência de limites a ela e, ainda, que o consenso das massas não pode ser a única fonte de legitimação do poder (FERRAJOLI, 2008, p.28). Há uma redescoberta das constituições com uma leitura mais ampla do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que estava dito que só tinha Constituição a sociedade que garantisse direitos e separasse poderes.

A tudo isso se agrega um novo elemento: a rigidez constitucional, elemento que se apresenta com a concepção hierarquizada do sistema jurídico – de onde decorre a supremacia do texto constitucional – e que resulta, conforme Ferrajoli:

en la sujeición al derecho de todos los poderes, incluso el poder legislativo, em el plano del derecho interno y también el del derecho internacional: su sujeición, precisamente, al imperativo de la paz y a los principios de justicia positiva, y ante todo a los derechos fundamentales, establecidos tanto em las constituciones estatales como em ese embrión de constitución mundial constituido por la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración universal de los derechos humanos (FERRAJOLI, 2008, p. 29).

Esse novo elemento faz com que o momento de elaboração de uma Constituição seja um momento especial, único. Com isso, retira-se da maioria o poder de supressão de direitos e garantias, e asseguram-se os direitos à minoria, o que autoriza a afirmação de que o Estado Constitucional é mais do que Estado de Direito, já que o elemento democrático nele introduzido não foi apenas ali colocado para travar o

poder, foi também inserido pela necessidade de legitimação desse mesmo poder (CANOTILHO, 2003, p.100).

Como se apontou em capítulo anterior, há uma constitucionalização da ordem jurídica, que pode ser identificada com as chamadas “sete condições de constitucionalização” já mencionadas, que é preciso repetir: 1) rigidez constitucional, de modo que qualquer reforma do texto maior somente poderá se dar através de um processo mais agravado do que aquele utilizado para a aprovação, modificação ou revogação das leis ordinárias; 2) controle de constitucionalidade, decorrente da rigidez e da supremacia da Constituição, que funciona como mecanismo de proteção da autoridade do texto fundamental, ao prever modos de retirar do sistema o que lhe for contrário; 3) força vinculante da Constituição, já que não se pode admitir que um texto com essa importância deixe de gerar obrigação aos cidadãos e ao poder público, até porque “al asegurar el carácter normativo de las constituciones se garantiza la vinculación a las cláusulas constitucionales de los poderes públicos y los ciudadanos en los momentos de política ordinaria” (PEÑA FREIRE, 2004, p. 34); 4) A adoção de uma interpretação extensiva da Constituição, ou seja, uma compreensão da Constituição de modo a extrair também as normas implícitas nela inseridas; 5) Aplicação direta das normas constitucionais, o que impõe a compreensão de que se trata de um documento que – em lugar de estar no topo do ordenamento jurídico – também pode ser visto no centro de uma estrutura de onde irradia toda sua força normativa; 6) Interpretação das leis ordinárias conforme a Constituição, o que significa levar a extremos o controle de constitucionalidade, incorporando as modernas técnicas de fiscalização da constitucionalidade das leis, alçando, inclusive, as variações de interpretação das normas fora do texto maior; e, por fim, 7) Influência da Constituição nas relações políticas, o que decorre diretamente da aceitação do documento perante a comunidade em geral (GUASTINI, 2005, p. 50-58).

De todas as mencionadas, não há dúvida de que as duas primeiras são essenciais e fundamentais nesse processo, já que são justamente elas que determinam a colocação da Constituição em um novo espaço que a diferencia daquele que lhe era reservado no antigo Estado Paleopositivista de Direito. Com isso, tem-se uma Constituição resultante da compreensão de que com ela esse espaço servirá como um elemento de superação da debilidade estrutural presente no antigo Estado de Direito.

Afirma-se o caráter jurídico e vinculante dos textos constitucionais, a rigidez e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como os direitos fundamentais, signos desse processo (CADEMARTORI, 2006, p. 20).

Nesse passo, torna-se explícita a compreensão de que os direitos fundamentais constituem a base da igualdade moderna, igualdade em direitos que evidencia duas características estruturais que diferenciam essa categoria de direitos de todas as demais. A primeira pode ser percebida no direito de propriedade, este, um tipo de direito que pode ser chamado de universal, já que corresponde a todos na mesma medida, diferentemente do que ocorre com os direitos patrimoniais, que são direitos excludentes, posto que um sujeito pode ou não ser detentor, com um importante detalhe que deve ser levado em consideração: ao ser uma pessoa titular de um direito desse tipo, dá-se a exclusão dessa possibilidade para todas as demais. A segunda está relacionada à indisponibilidade e à inalienabilidade, tanto ativa como passiva, características que “los sustrae al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra, y vinculándola a sua tutela y satisfacción” (FERRAJOLI, 2001, p. 23).

Aqui também, evidentemente, estão presentes os elementos que sustentam um Estado Constitucional de Direito em superação ao velho Estado de Direito de matrix paleopositivista, já que essenciais se mostram duas de suas características já ressaltadas, a saber, a supremacia e a rigidez do texto constitucional. Ocorre dessa forma pelo simples fato de que esses dois elementos colocam a salvo de toda e qualquer maioria eventual os direitos da minoria.

Adianta Ferrajoli que a dupla artificialidade – que determina a existência de normas que tratarão da vigência e de normas que tratarão da validade das normas – serve também para o reconhecimento de que a dimensão formal da Democracia estará atenta a quem decide e a como se dá a decisão política, ao passo que a dimensão substancial (ou material) está focada sobre o que pode ou não ser objeto da decisão política (FERRAJOLI, 2001, p. 23).

3.3.3 O GARANTISMO E O PAPEL DO JUIZ

Se na Teoria do Direito e na extensão de mais um significado ao entendimento do que é Democracia, os reflexos do Garantismo se fazem presentes, idêntica situação ocorre em relação à atividade jurisdicional e às possibilidades interpretativas que se abrem para o operador do Direito. Em verdade, e especialmente no que se refere ao primeiro

ponto, há uma redefinição do papel que o juiz pode ocupar dentro do sistema, já que será a jurisdição uma função que dará a garantia ao cidadão de que a norma inválida e que não diga respeito aos parâmetros substanciais, deixará de ser aplicada por falta de vinculação. Com isso, a ilegitimidade do poder que a colocou no sistema ficará evidenciada, já que, no novo sistema, a vinculação do juiz não será mais à lei, como no velho Estado Paleopositivista de Direito. Agora, no Estado Constitucional de Direito, a vinculação se dá à Constituição, pois nela estão depositados os valores fundamentais da sociedade expostos sob o título de direitos fundamentais. Como explica Ferrajoli:

En esta sujeición del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean – o precisamente porque son – poderes de mayoría. (FERRAJOLI, 2001, p. 26).

Disso decorre uma importante consequência que diz respeito ao fundamento do exercício da atividade jurisdicional, a partir do reconhecimento de que sua atribuição é a garantia de direitos fundamentais com o respeito à dupla artificialidade do sistema. Cai por terra o dogma de que sua legitimação está relacionada apenas e unicamente à separação de poderes. Há, como se vê, um deslocamento, de modo que:

Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la Democracia Política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales (FERRAJOLI, 2001, p. 27).

O que se pode extrair disso é uma mudança fundamental que se dá com a alteração na concepção do Estado de Direito – e sua passagem para um Estado Constitucional de Direito – e a compreensão do

Garantismo não mais como apenas uma mera proteção dos direitos de liberdade em relação ao Estado, ou diante dele, entendimento histórico da expressão. Se antes era assim entendido, o que gerava uma função jurisdicional típica do liberalismo calcada na ideia de separação dos poderes, agora a concepção de Garantismo representa uma forma de identificar a Democracia constitucional própria do Estado Constitucional de Direito (IBANHES, 2005, p. 61).

Isso explica sua raiz penal e a ampliação para a garantia de todos os demais direitos fundamentais, legitimando e justificando a atuação judicial para essa proteção – já que o sistema constitucional atual impõe de maneira vinculante uma Teoria Crítica do Direito, não mais limitada e na ocultação das divergências entre o ser e o dever ser, mas que problematiza o Direito, perdendo o juiz seu papel tradicional imposto pela visão kelseniana do ordenamento.

3.3.4 O GARANTISMO E A CIÊNCIA JURÍDICA

No que se refere à quarta e última das alterações produzidas no velho Estado de Direito em sua versão juspositivista, está ela relacionada à afirmação de que situações como a incoerência, a falta de plenitude, as antinomias e as lacunas são vícios insuperáveis do sistema jurídico. Na visão de Ferrajoli, tal situação – em lugar de alimentar um pessimismo em relação às possibilidades do Direito – no Estado Constitucional e Democrático de Direito, constituem-se em seu maior mérito. O que à primeira vista se mostra paradoxal, deixa de sê-lo ao se observar que justamente as características do Estado Democrático de Direito é que excluem as formas de legitimação absoluta e permitem sempre “más que la legitimación, la deslegitimación del ejercicio de los poderes públicos por violaciones o incumplimientos de las promesas altas e difíciles formuladas en sus normas constitucionales” (FERRAJOLI, 2001, p. 28).

Diante disso, evidencia-se um papel destinado à ciência jurídica inexistente no antigo modelo, que é justamente o de exercer um papel crítico em relação ao seu objeto de estudo, e não apenas e tão somente descritivo. Com a já falada dupla artificialidade existente no sistema de normas jurídicas, surgem possibilidades dentro do sistema – e não mais de fora dele – de se promoverem as correções necessárias para impedir o abuso de poder manifestado pela inserção de normas que violem esse mesmo conjunto normativo, agora não unicamente pela forma de inserção, mas também pelo conteúdo.

Importante observar que esse papel crítico, que se dá no campo da legitimidade da norma, está ligado – também – ao seu conteúdo, a partir do exame da sua validade que, como já exposto, difere da vigência. A esse respeito, ainda é preciso destacar a questão relacionada à justiça da norma, que difere tanto da vigência quanto da validade.

Em relação ao primeiro, tal se evidencia pelo fato de que a vigência é apenas e tão somente relacionada à existência jurídica da norma, ou seja, é um juízo de fato que abre a possibilidade de observação dos aspectos meramente formais exigidos para que a norma possa fazer parte do ordenamento jurídico. Quanto ao segundo, as diferenças se mantêm, já que se trata de um juízo de adequação entre o conteúdo da norma e o conteúdo das normas superiores a ela. Contudo, há um ponto que merece destaque: aqui há uma identidade entre o juízo de justiça da norma e a sua validade, relacionada à estrutura do exame que é feito. Tais coincidências ocorrem em dois pontos: 1) juízos valorativos e 2) juízos complexos, difusos ou de grau, em oposição ao de vigência, que é simples ou binário (sim ou não), já que “establecer que una norma jurídica deriva de otra o, cuando menos, que no es incompatible com Ella no es una operación geométrica o posibilística, sino una determinación probabilística de grados” (SERRANO, 1999, p. 52).

Em síntese, pode-se lembrar Cademartori quando afirma que essa forma de compreender e abordar o Direito “coloca em questão dois dogmas do positivismo jurídico dogmático: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e avaliativa do jurista em relação ao direito positivo vigente” (CADEMARTORI, 2006, p.104).

3.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PARÂMETRO: A IDENTIFICAÇÃO SEGUNDO FERRAJOLI

Não há exagero algum em afirmar que, na atualidade, os direitos fundamentais constituem um dos principais elementos que caracterizam o Estado Democrático e Constitucional de Direito. E é por esse motivo que – cada vez mais – se mostra acertada a afirmação de Bonavides (2005, p. 375) de que “Os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas”.

Contudo, e apesar disso, não há como negar que uma das tarefas mais árduas é a busca de um conceito – ou de um fundamento único – para os direitos fundamentais, a ponto de seu reflexo ter resultado justamente no contrário do que se pretendia, ou seja, a adoção de

conceitos amplos demais e marcados pela exagerada abertura. São conceitos circulares que dizem apenas que “direitos fundamentais são aqueles definidos como tal” (MARTINS NETO, 2003, p.78), prática que gera enormes dificuldades e levam a uma imprecisão tal que, por fim, fica-se adstrito a um exame meramente formal dessa categoria que, como se viu, é de inegável importância no sistema jurídico atual.

Ao apresentar sua concepção de direitos fundamentais, Ferrajoli, sustenta que, diante dessa situação, o melhor a fazer é utilizar uma definição meramente formal ou estrutural de direitos fundamentais. Assim, afirma: são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondam universalmente a todos os seres humanos dotados de *status* de pessoa, de cidadão ou de pessoa com capacidade civil, entendendo-se por direito subjetivo qualquer expectativa positiva ou negativa adstrita a um sujeito por uma norma jurídica e, por *status*, a condição de um sujeito prevista por uma norma jurídica positiva como pressuposto para ser titular de situações jurídicas (FERRAJOLI, 2001, p. 37).

Como se vê, trata-se de uma definição puramente teórica, não dogmática, que faz referência ao direito positivado, mas que o dispensa, já que não há referência a um sistema específico. Em outras palavras, a existência ou o reconhecimento de um determinado direito fundamental por um determinado e específico sistema jurídico é condição de vigência ou existência naquele ordenamento jurídico, no seu interior, mas nada diz em relação ao significado do conceito de direitos fundamentais.

É uma definição que pertence à teoria geral do direito e, na medida em que não depende de bens e valores, apresenta-se como neutra e vale para qualquer sistema. Ferrajoli afirma também que a utilização desse conceito – por ser uma definição formal – não impede que se possa identificar nos direitos fundamentais a base da igualdade jurídica, já que a busca dessa igualdade dependerá da quantidade e da qualidade dos interesses protegidos como direitos fundamentais previstos em um determinado ordenamento jurídico. Acrescenta:

[...] si la intención de la igualdad depende de la cantidad y de la calidad de los intereses protegidos como derechos fundamentales, la extensión de la igualdad y con ello el grado de democraticidad de un cierto ordenamiento depende, por consiguiente, de la extensión de aquellas clases de sujetos, es decir, de la

supresión o reducción de las diferencias de status que las determinan (FERRAJOLI, 2001, p. 39).

Além disso, essa definição tem seu foco direcionado ao sujeito como pessoa, como cidadão e também àqueles que tenham capacidade civil (ou de contratar), o que se vê como imprescindível ao constatar que essas características são as que têm sido historicamente utilizadas como elementos de diferenciação entre as pessoas, justificando assim as mais variadas formas de discriminação. Se, de um lado, ser cidadão e ter capacidade civil são elementos que justificam a igualdade, também têm servido para justificar a desigualdade, na medida em que é com base nessas características que se criam limitações que estabelecem diferenças que se tornam explícitas quando confrontadas as pessoas de modo geral. Exemplo disso são as limitações por sexo, idade e nacionalidade, encontradas em vários sistemas jurídicos.

Explica Ferrajoli:

La ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de status que aún delimitan la igualdad de las personas humanas. Y pueden, pues, ser asumidas como los dos parâmetros – el primero superable, el segundo insuperable – sobre los que fundar dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: la que se da entre derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía, que corresponden, respectivamente, a todos o solo a los ciudadanos y la existencia entre derechos primários (o sustanciales) y derechos secundários (instrumentales o de autonomia), que corresponden, respectivamente, a todos o solo a las personas com capacidad de obrar (FERRAJOLI, 2001, p. 40).

A adoção desse conceito impõe olhar os direitos fundamentais a partir dessas diferenciações impostas aos grupos sociais (pessoa, cidadão e pessoas com capacidade jurídica), o que possibilitará verificar qual o grau de proteção que os direitos fundamentais oferecem em um determinado e específico sistema jurídico.

Para maior clareza, é preciso perceber duas divisões decorrentes dessa compreensão: 1) a que se dá entre o que se considera direitos da personalidade e o que se considera direitos de cidadania – os primeiros correspondem a todos e os segundos dizem respeito somente aos

cidadãos; e 2) a que se dá pela existência de direitos primários ou substanciais, e direito secundários, ou instrumentais, que poderão corresponder – respectivamente – a todos ou só às pessoas com capacidade para o exercício dos direitos.

Essa diferenciação se mostra importante e necessária na medida em que expõe duas simplificações indevidas do conceito de cidadania, categoria que tem sido colocada na base de todo o sistema de reconhecimento de direitos e que decorre da falta de diálogo entre os estudos sociológicos e os estudos jurídicos a seu respeito, acarretando dificuldades para uma análise adequada do grau de efetividade e proteção dos direitos reconhecidos à pessoa⁴⁵.

A primeira delas diz respeito ao conceito de que a cidadania seria condição necessária para a titularidade de todos os direitos, aqui incluídos os direitos civis, políticos e sociais, compreensão que coloca no mesmo plano categorias diversas de direitos, avançando em relação ao conceito jurídico de cidadania, que se limita tradicionalmente a reconhecer como tais apenas os direitos políticos e, com isso, anula o conceito de pessoa e personalidade, separação essencial para um sistema mais efetivo de proteção proclamado desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de agosto de 1789, em que havia a clara separação entre o homem e o cidadão.

A segunda simplificação indevida compromete a concepção de direitos civis, já que sob esse título se incluem três classes de direito totalmente diversas, a saber: os direitos de liberdade (expressão, imprensa, pensamento, etc.), os direitos de autonomia privada (contratar, acionar judicialmente o Estado ou terceiros) e o direito de propriedade. Como lembra Ferrajoli:

lo único que todos estos derechos tienen en común es que ninguno de ellos es, como ya se ha dicho, un derecho de ciudadanía, puesto que todos los derechos de la persona son atribuidos también según la mayoría de los códigos y de las

⁴⁵ “... la incomunicabilidad entre estudios jurídicos y sociológicos en materia de ‘ciudadanía’ deja a los primeros sin las relevantes aportaciones que los segundos ofrecen para un análisis realista del grado de efectividad de los derechos y de las condiciones económicas, políticas y sociales de su garantía, pero genera en la literatura sociológica inoportunas simplificaciones y confusiones conceptuales que acaban acentuando todavía más la falta de interés en la doctrina jurídica a respecto de sus aportaciones” (FERRAJOLI, 2001, p. 98).

constituciones modernas, a los no ciudadanos
(FERRAJOLI, 2001, p. 101).

Sua colocação sob o mesmo título, trabalhados todos como se fossem “liberdades”, serviu tão somente para difundir a compreensão liberal de que a propriedade seria um direito universal e absoluto, o que não corresponde à realidade, pelo menos no mesmo patamar dos direitos de liberdade e de autonomia privada. A propriedade é um direito singular e *excludenti alios*, ou seja, “*que no corresponde a todos, pues cada persona puede ser o no ser titular, y en caso de ser titular lo es siempre con exclusión de las demás personas*” (FERRAJOLI, 2001, p. 102).

Vencidas essas simplificações, dando por conhecidos os seus efeitos para a construção de uma compreensão dos direitos fundamentais e a importância do reconhecimento das categorias de titularidade possíveis em relação a ele (pessoa, cidadão e capacidade jurídica), é possível partir para um segundo olhar em relação aos direitos fundamentais. Aqui se percebe outra diferenciação necessária para uma exata compreensão do conceito de direitos fundamentais proposto por Ferrajoli, não mais ligado aos titulares dos direitos fundamentais, e sim à estrutura desses direitos, apresentados em quatro categorias distintas: direitos civis, direitos políticos, direitos de liberdade e direitos sociais. Os dois primeiros (direitos civis e direitos políticos) formam a classe dos direitos-poderes ou direitos de autonomia, seja no âmbito privado, seja no âmbito público, já que dependem de capacidades de seus titulares. Os dois últimos, por sua vez, dizem respeito ao que ele chama de direitos-expectativa, negativos e positivos e implicam “*por parte de los poderes públicos, prohibiciones de interferencia en un caso, y obligaciones de prestación en el outro*” (FERRAJOLI, 2001, p. 104).

Diferentemente da primeira interpretação, que tem seu foco a partir do titular do direito, a segunda não está calcada em características intrínsecas ou estruturais dos direitos, mas depende inteiramente do direito positivo, vale dizer, “*del hecho de que hayan sido conferidos por este a todos los individuos en cuanto personas, o solo a las personas en cuanto ciudadanos*” (FERRAJOLI, 2001, p. 104), afirmação que se faz necessária visto que possibilita uma total compreensão da perspectiva em que está calcado o conceito de Ferrajoli de direitos fundamentais antes referido. Para ele, necessário recordar, são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos – aqui compreendidos como expectativas positivas ou negativas – reconhecidas por uma norma

jurídica aos seres humanos dotados de condições de ser titulares desses direitos, também por reconhecimento de uma norma jurídica.

Compreendidos dessa forma, e agora tratando do resultado de seu conceito e não dos elementos que o formam, o que se tem é que a cidadania e a capacidade jurídica têm sido os grandes elementos de diferenciação e desigualdade entre as pessoas humanas e podem, então, ser assumidos como os dois principais parâmetros (o primeiro superável e o segundo insuperável) sobre os quais se alicerçam dois grandes grupos de direitos fundamentais: de um lado, os direitos de personalidade e os direitos de cidadania, que correspondem a todos ou só àqueles assim reconhecidos; de outro, os direitos primários (ou substanciais) e os direitos secundários (instrumentais ou de autonomia), que correspondem a todos ou só àqueles com capacidade jurídica.

E é justamente a partir do cruzamento dessas categorias, que Ferrajoli identifica e reconhece quatro classes de direitos: Direitos humanos – direitos primários de todas as pessoas; Direitos públicos – direitos primários reconhecidos somente aos cidadãos (residência, circulação, etc.); Direitos civis – direitos secundários reconhecidos a todas as pessoas com capacidade civil (realizar negócios); e, por fim, Direitos políticos – direitos secundários com capacidade civil (voto, ser votado etc.) (FERRAJOLI, 2001, p. 40).

Como se vê, essa concepção independe da existência de um ordenamento jurídico e nem se dá a partir de um deles. Tem valor teórico e suas categorias podem ser identificadas em cada um deles, ou seja, sempre que haja atribuição de direitos humanos, públicos, civis e políticos a pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade para exercício de direitos, não sendo demais recordar que essas mesmas classes de direitos – e a partir das diferenciações feitas em relação à pessoa –, ao longo dos anos, foram objeto de restrições e motivo de injustiças (desigualdades) como, por exemplo, a escravidão de pessoas. Mas, apesar disso, é possível afirmar que, com o progresso do Direito – além das garantias oferecidas com os avanços do constitucionalismo – há que se reconhecer que o significado de direitos fundamentais sofreu uma forte evolução, já que inicialmente era entendido de forma restrita e discriminatória, ao passo que hoje é entendido em sentido cada vez mais estendido e tendencialmente universal (FERRAJOLI, 2001, p. 41).

Em relação à utilidade da sua tese sobre direitos fundamentais, importante é destacar ainda que Ferrajoli sustenta que uma definição como essa por ele proposta tem a condição de oferecer quatro teses essenciais para uma teoria da Democracia constitucional.

A primeira tese diz respeito à radical diferença existente na estrutura dos direitos fundamentais e na estrutura dos direitos patrimoniais, que se localiza no fato de que os primeiros dizem respeito a classes inteiras de sujeitos, ao passo que os últimos são direcionados apenas a determinadas pessoas, com exclusão das demais. Trata-se de uma diferença que permaneceu oculta pela expressão “direitos subjetivos”, largamente utilizada para a definição do núcleo central dos direitos fundamentais, abrindo situações diferentes, como se fossem situações semelhantes. É o caso dos direitos universais e dos direitos singulares, dos direitos inclusivos e dos direitos exclusivos, do direito de liberdade e do direito de propriedade.

Tal situação pode ser explicada pela simples constatação de que foram várias as ascendências teóricas das duas categorias de direitos: de um lado a filosofia jusnaturalista e a contratualista a informar os direitos fundamentais, de outro, a tradição civilista e romanista no que se refere aos direitos patrimoniais, podendo-se dizer que a mistura de todos em uma mesma categoria de direitos (no caso da liberdade e da propriedade, o caso é explícito), foi promovida pelos liberais, o que acabou por delimitar a concepção atual da teoria dos direitos e a concepção de Estado de Direito (FERRAJOLI, 2001, p. 45).

Para comprovar sua tese, Ferrajoli apresenta quatro diferenças entre essas duas categorias de direitos abrigadas sob o mesmo nome: 1) os direitos fundamentais são direitos universais e o direito de propriedade é um direito singular; 2) os direitos fundamentais são direitos indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, personalíssimos e intransigíveis, ao passo que os direitos patrimoniais, por sua natureza, são totalmente o contrário; 3) os direitos patrimoniais, como direitos disponíveis, são direitos que podem ser constituídos, modificados ou extintos por atos jurídicos, ao passo que os direitos fundamentais, por serem indisponíveis, não ficam sujeitos a tais atos, ou seja: os direitos fundamentais são normas, e os direitos patrimoniais são dispostos por normas; 4) os direitos patrimoniais são horizontais e os direitos fundamentais são verticais.

A segunda diferença apontada diz respeito ao fato de que os direitos fundamentais, ao corresponder a interesses e expectativas de todos, formam o fundamento e o parâmetro da igualdade jurídica e a chamada dimensão substancial da Democracia, que difere da dimensão formal. Esta última, convém lembrar, é fundada exclusivamente no princípio da maioria, parâmetro que se mostrou insuficiente para impedir os abusos de poder que assistimos, especialmente em meados do século passado. Esta dimensão não é outra coisa senão o conjunto de

garantias asseguradas pelo paradigma do Estado de Direito que, de modelo forjado para proteger os direitos patrimoniais, podem muito bem ser ampliadas para assegurar os direitos decorrentes da adoção do Estado Social (FERRAJOLI, 2001, p. 42).

Em síntese, pode-se dizer que não se trata de direitos relacionados à forma (quem e como), mas sim à substância, ao conteúdo (o que se pode o que não se pode decidir). Com essa fórmula, acaba desmentida a concepção que proclama a Democracia como sistema político fundado em uma série de regras que asseguram a inominotência da maioria, conforme destaca Ferrajoli:

si las reglas sobre la representación y sobre el principio de las mayorías son normas formales en orden a lo que es decidible por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indedible: de lo no decidible que, y de lo no decidible que no, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales (FERRAJOLI, 2001, p. 51).

A terceira tese está relacionada à natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais, o que ocorreu em face da criação da ONU (Organização das Nações Unidas) e da aprovação de uma série de documentos internacionais cujo objeto é a proteção dessa categoria de direitos, que se dão independentemente da cidadania, vale dizer, não é necessário que a pessoa pertença a um determinado Estado para que seus direitos sejam reconhecidos no plano internacional, independentemente de sua cidadania.

Apesar da larga aceitação dessa concepção, há quem defenda que os direitos de cidadania estão ligados a um Estado e dependem do direito positivo interno, posição que se apresenta como antídoto diante do fenômeno das migrações. Na base desse pensamento, encontra-se o que Ferrajoli chama de uma deformação do conceito de cidadania; já para os que defendem essa compreensão, ela é entendida não como um específico status agregado à personalidade, mas sim, conforme o autor:

como el supuesto de todos los derechos fundamentales, incluidos los de la persona, a comenzar por los 'derechos civiles' que, en todos os ordenamientos evolucionados y a pesar de su nombre, conciernen a los sujetos no en cuanto

cuidadanos sino únicamente en cuanto personas
(FERRAJOLI, 2001, p. 56).

Por fim, a quarta e última tese, que diz respeito às relações entre os direitos e suas garantias – já que os direitos fundamentais, assim como os demais direitos, geram expectativas negativas ou positivas às quais correspondem obrigações de prestação ou proibições de lesão – e ainda enfrenta a afirmação de que direitos sem garantias não seriam direitos. Tem ela sua origem em Kelsen, e aqui se impõe revisitar a distinção entre (1) direitos subjetivos, que são as expectativas positivas (ou de prestações) ou negativas (de não lesão) atribuídas a um sujeito por uma norma jurídica, e (2) os deveres correspondentes, que constituem as garantias determinadas também por normas jurídicas, sejam primárias, relacionadas a obrigações ou proibições vinculadas às expectativas geradas pelos direitos previstos, ou secundárias, que guardam relação com a aplicação de sanções ou de declaração da nulidade da violação das primeiras. Tal distinção se faz necessária por uma razão não superficial, que está intrinsecamente ligada à natureza positiva e nomodinâmica do Direito moderno (FERRAJOLI, 2001, p. 59).

Isso porque, observado um sistema do tipo nomoestático (como é a Moral e como seria um ordenamento jurídico de Direito Natural), havendo um direito (uma expectativa jurídica positiva ou negativa), existirá para o outro sujeito a obrigação ou a proibição correspondente, de modo que não haverá lacunas ou antinomias, sendo este o sentido da expressão *veritas non auctoritas facit legem*. Já “ensencia de critérios formales de identificación del derecho existente, los únicos criterios disponibles son los criterios lógicos y racionales de tipo inmediatamente sustancial, es decir, ligados a lo que dicen las normas” (FERRAJOLI, 2001, p. 60).

Diversa será a situação em um sistema nomodinâmico, como é o caso dos ordenamentos jurídicos atuais adeptos da posituação do Direito. Nesses, a existência ou não de uma proibição, obrigação, permissão ou expectativa depende da existência de uma norma jurídica que preveja tal situação, decorrendo ela de seu ato de produção. Daí a possibilidade de existência de um determinado direito subjetivo, sem que haja uma obrigação correspondente, situação que abre caminho para lacunas e antinomias. Não há uma decorrência lógica como no sistema

nomoestático, já que aqui a relação entre direitos e garantias não é empírica, mas sim normativa⁴⁶.

Por fim, é preciso ser dito que essas quatro teses mostram, com clareza, como o constitucionalismo tem-se mostrado um novo paradigma para o Estado de Direito, o que provocou uma profunda alteração no modelo paleopositivista do velho Estado de Direito, em que o princípio da legalidade (ou mera legalidade formal) aparecia como simples norma de reconhecimento das normas vigentes.

Agora, com o constitucionalismo e a positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos substanciais à legislação positiva, dá-se uma revolução na natureza dos direitos, de modo que – além da adequação formal – faz-se necessário o respeito também aos vínculos substanciais, ou seja, a uma legalidade substancial ou estrita. Há o que é chamado por Ferrajoli de dupla artificialidade:

la del ser del derecho, es decir, de su existencia – ya no derivable de la moral ni recabable de la naturaleza, sino, precisamente puesto por el legislador – ya también la de su deber ser, es decir, de sus condiciones de validez, asimismo positivadas com rango constitucional, como derecho sobre el derecho, em forma de limites y vínculos jurídicos a la producción jurídica (FERRAJOLI, 2001, p. 67).

⁴⁶ No entendimento de Mario Jori, Ferrajoli sustenta que os direitos subjetivos existem ainda que não existam garantias formais e substanciais adequadas a ele e, ainda, que “*cuando una norma jurídica establece un derecho en ausencia de las garantías necesarias para su aplicación coactiva sobre los comportamientos, introduce simplemente una o más lagunas en el ordenamiento jurídico positivo en cuestión. En cambio, Kelsen, como es sabido, sostiene que una norma jurídica que establezca un derecho en términos generales, pero que no se pueda conectar lógicamente con la imputación de un castigo (una sanción), en realidad, no tiene significado como norma jurídica, es, por definición, un flatus vocis en cuanto está incapacitada para realizar la que para Kelsen es la función específica del derecho, la distribución de la coacción (sanción) por medio de normas*” (JORI, 2001, p. 106-107).

3.5 AS OBJEÇÕES AO PENSAMENTO DE LUIGI FERRAJOLI

Mesmo sendo uma teoria calcada em princípios essencialmente democráticos, o que pode ser percebido pela clara intenção de Ferrajoli de não deixar qualquer ponto obscuro quando de sua exposição, alguns teóricos têm apresentado uma série de questionamentos em relação a essa concepção de direitos fundamentais e motivado um intenso debate doutrinário.

Um desses autores é Guastini, que inicia seus questionamentos focando na afirmação feita por Ferrajoli de que, a todo direito subjetivo corresponde uma obrigação, sem deixar claro, contudo, em que efetivamente corresponde essa obrigação. Essa situação permite, segundo Guastini, apenas uma interpretação: a de que um enunciado que atribua um direito a um indivíduo “*es traducible, sin perdida de significado, en un enunciado diferente que imponga una obligación (a outro)*” (GUASTINI, 2001, p. 57).

Reconhece ele que Ferrajoli explica seu ponto de vista por meio de duas teses: a primeira afirma que a obrigação está implícita no próprio Direito; a segunda, que, caso não exista essa relação com a norma, apresentar-se-á uma lacuna técnica, já que haverá a ausência de uma norma a garantir a eficácia da outra, o que a ele, Guastini, parece contraditório, já que, se a primeira afirmação de Ferrajoli propõe que a todo direito subjetivo corresponde logicamente uma obrigação, a segunda nega essa tese, abrigando espaço para sustentar que, se não há obrigação, não existe direito (GUASTINI, 2001, p. 58).

Outro questionamento apresentado por esse autor está relacionado à afirmação de que a universalidade é uma característica que define os direitos fundamentais, de modo que um direito será fundamental se for previsto para “todos”. Aqui Guastini aponta uma dificuldade para a exata compreensão do conceito de Ferrajoli, já que falar em universalidade não se mostra suficiente para distinguir um direito de um privilégio, na medida em que algo pode ser atribuído a uma classe inteira de pessoas e adquirir, assim, universalidade. Tanto é assim, recorda ele, que as três classes de pessoas apontadas por Ferrajoli (pessoa, cidadão e pessoas com capacidade jurídica) têm amplitudes (universalidades) diferentes; não há clareza sobre o critério para escolha dessas categorias. Lembra, por fim, que sempre haverá necessidade de uma norma que indique os critérios para definição de cada uma das classes (ou cada uma das universalidades).

O terceiro e último questionamento trata da indisponibilidade dos direitos fundamentais, que também é apontada como uma das suas características definidoras, não explicitamente colocada, mas que decorreria – segundo Ferrajoli – da sua universalidade, já que os direitos alienáveis são virtualmente não universais e exclusivos.

Guastini vê dificuldades em compreender dessa forma a indisponibilidade e toma como exemplo o direito de liberdade, que pode ser suprimido por ordem judicial, o que não o descaracteriza como direito. Além do mais, contesta a ideia de que a indisponibilidade decorre logicamente da universalidade, já que esta última “*atiende a la titularidad del derecho, mientras que la indisponibilidad lo hace a su ejercicio*” (GUASTINI, 2001, p. 62).

Outro autor que também apresenta alguns questionamentos que merecem destaque é Vitale. Seu ensaio *Teoría General del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli* se inicia questionamento a chamada “neutralidade ideológica” da definição de direitos fundamentais apresentada por Ferrajoli, já que ela seria válida qualquer que seja a filosofia jurídica ou política adotada por um determinado e específico sistema. Para Vitale, essa afirmação somente é verdadeira em parte, vale dizer, na parte que afirma que, para conceber um objeto lógico, não é necessário dar-lhe condições de materialização, ou seja, a essência dos direitos fundamentais não implica sua existência.

Ressalvado esse ponto, a dificuldade destacada por Vitale se dá quando se tem em conta que, para pensar o objeto direito fundamental na perspectiva da concepção em debate, é necessário que se tenha um conceito de indivíduo ou de pessoa, e nesse ponto é que está a dificuldade: nem todas as filosofias jurídicas ou políticas “*reconocen al individuo como ontológica, metodológica y axiológicamente fundamental*” (VITALE, 2001, p. 68).

A segunda questão levantada por esse autor pode ser sintetizada na seguinte indagação: quanto de jusnaturalismo há no juspositivismo de Ferrajoli? A dúvida se justifica com a compreensão de que foi a partir do final da Segunda Guerra mundial que se estabeleceram as mudanças fundamentais dentro do sistema para uma compreensão como a sustentada por Ferrajoli, especialmente no que se refere à dimensão substancial da Democracia através da estrita legalidade, ou seja, da inclusão de vínculos substanciais às decisões políticas, não se podendo negar que – com isso – há uma internalização no sistema jurídico de uma determinada concepção de sujeito e de sociedade, a qual é elaborada por certo “jusnaturalismo moderno”.

A terceira questão de Vitale diz respeito à concepção de Democracia substancial de Ferrajoli decorrente da existência de normas substanciais que tratam da ideia de validade vinculada ao respeito aos direitos fundamentais e aos princípios axiológicos por elas estabelecidos (em contraposição às normas formais que tratam apenas e tão somente da vigência). Pensar dessa forma – e dar esse enfoque à Democracia substancial – não leva ao aniquilamento da Democracia formal ou procedimental ou, ainda, do debate político? Em outras palavras, pergunta Vitale, isso não “*reducirá tendencialmente a cero o, en todo caso, erosionará notablemente la posibilidad de elección entre proyectos alternativos de sociedad y de deliberación por el sistema de mayoría?*” (VITALE, 2001, p. 71).

Para Vitale, essa concepção de Democracia substancial de Ferrajoli parece assumir as características:

[de uma] óptima república gobernada por filósofos, los de una ‘casí óptima república’, en la que el principio de legalidad estricta, com todas sus posibles implicaciones sobre la producción jurídica y sobre las dinámicas económicas, desempeñaría la función de Idea reguladora de la praxis social y de estrella polar del eventual cambio político (VITALE, 2001, p. 72).

Por fim, as duas últimas questões apresentadas por Vitale dizem respeito à afirmação de Ferrajoli de que a Democracia constitucional decorre da filosofia contratualista, o que lhe parece um pouco forçado, mas com um objetivo claro: justificar o vínculo desta com o procedimento democrático de decisão por maioria e, ainda, a afirmação de que há um nexo entre igualdade e Democracia e, *contrario sensu*, uma desigualdade em direitos e racismo. Aqui a dúvida fica por conta da necessidade de se identificar qual Democracia e igualdade em relação a quem. Quanto ao segundo ponto (desigualdade e racismo), a dúvida de Vitale é se não se está substituindo a causa pelo efeito (VITALE, 2001, p. 73).

Um terceiro e último autor cujas críticas merecem atenção é Zolo, quando questiona a utilidade teórica da noção de direitos fundamentais apresentada por Ferrajoli, no sentido por este empregada, especialmente se observadas as quatro teses que entende dela derivarem e vê como essenciais para uma teoria da Democracia. Recordem-se as teses: 1) a diferença estrutural entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais;

2) os direitos fundamentais como fundamento e parâmetro da igualdade jurídica e a dimensão substancial da Democracia; 3) a natureza supranacional dos direitos fundamentais; e, por fim, 4) a relação entre os direitos e suas garantias, admitindo-se a possibilidade de existência de uma lacuna técnica quando um determinado direito eventualmente não tenha uma obrigação prevista.

Para Zolo, com esse movimento, realiza-se passo brusco do plano da lógica formal para o plano da teoria normativa, situação que causa perplexidade de ordem epistemológica, especialmente pela indagação que daí decorre: é possível uma formulação lógica oferecer um fundamento essencial para uma teoria normativa? (ZOLO, 2001, p. 81). Em sua opinião, isso não é possível, tanto que o próprio Ferrajoli não deixa de atribuir à noção de direitos fundamentais importantes valorações político-ideológicas, sendo possível perceber que o que concretamente está na base das quatro teses apresentadas não é a uma definição neutra de direitos fundamentais, mas sim uma concepção garantista dos direitos fundamentais que sugere uma polêmica contra os direitos patrimoniais, considerados como a fonte da desigualdade jurídica entre os sujeitos (ZOLO, 2001, p. 83).

Ferrajoli responde a esses questionamentos com a afirmação de que as críticas formuladas – e aqui referidas – fizeram surgir com grande clareza a questão metateórica relacionada com a natureza dos conceitos da Teoria do Direito em relação aos da dogmática jurídica e, ainda, aos conceitos da filosofia política (ou axiologia jurídica e política) (FERRAJOLI, 2001, p. 139).

Em seu entendimento, definir e aclarar esses planos do discurso é uma questão prévia e fundamental que, ao não se dar, gera dificuldades e incompreensões entre juristas e filósofos do Direito. Superar esse ponto depende, então, da clara identificação dos diversos tipos ou níveis *“del discurso a los que pertenecen las tesis formuladas, así como de las distintas concepciones que se tengan de la teoría del derecho, la dogmática jurídica y la axiología jurídica y política”* (FERRAJOLI, 2001 p. 140).

Essa questão, que está acima da definição de direitos fundamentais, para Ferrajoli, pode ser entendida da seguinte forma: no plano da dogmática, a investigação será em torno de “quais são os direitos fundamentais”; no plano axiológico, em torno de “quais direitos devem ser considerados fundamentais”; e, por fim, no plano teórico, “o que são direitos fundamentais”. Admite ele que muitas das críticas formuladas se justificam porque em seu ensaio nem sempre esclareceu

de modo preciso em que plano sustenta as teses ali apresentadas (FERRAJOLI, 2001, p. 140).

Dito isso, e tratando especificamente das críticas formuladas, reafirma a utilidade e a neutralidade de sua definição, já que não pretende efetivamente indicar quais são os direitos fundamentais, o que deve ser respondido pela dogmática, ou quais deveriam ser os direitos fundamentais, o que deve ser respondido pela axiologia jurídica, pertencendo ela à Teoria do Direito, cuja preocupação é reconhecer apenas e tão somente o que são os direitos fundamentais. Ferrajoli assevera: “*lo que nos dice la definición que propongo – que, por eso, llamo ‘formal’ o ‘estructural’ – es, unicamente, cuál es la forma o estructura lógica de los derechos que convenimos em llamar ‘fundamentales* (FERRAJOLI, 2001, p. 142). A utilidade teórica de sua formulação permitirá que sejam demonstrados cientificamente os direitos fundamentais em dado ordenamento jurídico.

A crítica relacionada a sua forma de compreender a universalidade e a indisponibilidade, característica por ele vinculadas à definição de direitos patrimoniais, apresentados estes como *excludente alios* (e, por isso, singulares) e disponíveis, é respondida com a reafirmação do caráter meramente formal de sua proposta de compreensão dos direitos fundamentais, com total dispensa do seu conteúdo em detrimento de sua estrutura. Afirma Ferrajoli:

[...] universalidad e indisponibilidad, se ha dicho, son sólo las formas a través de las cuales se tutelan igualmente determinadas necesidades o intereses convenidos como fundamentales en un ordenamiento determinado, o considerados como tales por una teoría política de la Democracia (FERRAJOLI, 2001, p. 154).

Com isso, percebe-se que o universal de Ferrajoli tem significado diverso da compreensão geral do termo, já que o que caracteriza o Direito como tal será simplesmente sua imediata disposição de normas gerais em favor de classes indeterminadas de sujeitos (que, por essa razão, são chamadas de téticas). Representa o contrário dos direitos patrimoniais, os quais sempre dependerão de atos singulares e específicos (negociais, por exemplo), apresentados como hipóteses por normas (por isso, hipotéticas). Assim esclarece Ferrajoli:

[...] universal, pues, asociado a derechos, no es, por tanto, sinónimo de fundamental, sino que tiene un significado más extenso. Fundamentales son todos y solamente los derechos adstritos, no a cualquier clase de sujetos, sino a la clase de aquellos sujetos a los cuales el ordenamiento les confiera el status de persona y/o el de ciudadanos y/o el de capaces de actuar (FERRAJOLI, 2001, p. 156).

Quanto à indisponibilidade, Ferrajoli acrescenta que seu entendimento se dá em função de sua concepção de direitos patrimoniais, que ele entende efetivamente disponíveis, vale dizer, passíveis de um ato de disposição produtor de efeitos (na constituição, modificação ou extinção do direito).

Mas, sem dúvida alguma, de todas as questões apresentadas, a que mais suscita debates é a que interroga a tese de Ferrajoli em um ponto central de sua definição: qual, afinal, o conteúdo dos direitos fundamentais?⁴⁷

Para responder a esta pergunta, é preciso recordar que uma das inovações produzidas pelo Garantismo está relacionada à compreensão da dimensão substancial do Estado de Direito, que traduz uma dimensão substancial da própria Democracia. Com isso, os direitos fundamentais se apresentam como a base da moderna igualdade, uma igualdade em que esses direitos surgem como mais um grupo de vínculos substanciais impostos à Democracia Política. Poderão eles ser: negativos – aqueles gerados pelos direitos de liberdade, que nenhuma maioria pode violar; ou positivos – gerados pelos direitos sociais, que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer.

Cademartori interpreta esse pensamento:

⁴⁷ Em relação a esse ponto, Alexi afirma que “El derecho fundamental como un todo es un objeto muy complejo pero, en modo alguno, inaprehensible. Está compuesto por elementos con una estructura bien definida, es decir, las distintas posiciones del ciudadano y del Estado, y entre estas posiciones existen relaciones claramente determinables, las relaciones de precisión, de media/fin y de ponderación. Esto no significa que no pueda ser objeto de discusión que es lo que hay que ensamblar en un derecho fundamental como un todo. La polémica acerca de que es lo que pertenece a un derecho fundamental tiene su **pendant** en la polémica acerca de qué normas deben ser adstritadas a las disposiciones iusfundamentales en tanto normas de derecho fundamental” (ALEXI, 1993, p. 245).

Como diz Ferrajoli, os direitos de liberdade, aos quais correspondem proibições ao estado, não têm o seu conteúdo predeterminado, nem é o mesmo determinável **a priori**. Aqui o que é determinado são os limites para o seu exercício (a proibição de caluniar ou difamar no exercício da liberdade de expressão, por exemplo), ou as condições que legitimam a sua limitação (ordem motivada da autoridade judiciária). Já nos direitos sociais são determináveis os conteúdos, mas não os limites (sempre poderão surgir novos direitos desse tipo, dependendo das circunstâncias históricas de cada sociedade, bem como de seu desenvolvimento econômico e civil). E é pelo grau e quantidade das garantias adstritas a esses direitos que se pode medir a qualidade de uma Democracia (CADEMARTORI, 2006, p. 85).

Olhar por esse ângulo torna a definição de Ferrajoli algo mais próximo do substancial e mais distante do aspecto estrutural e ideologicamente neutro por ele proclamado desde o início. Isso abre caminho para um esclarecimento do que ele entende como adequado em termos de conteúdo para a categoria “direitos fundamentais”, não se perdendo de vista a diferença em relação aos planos do discurso ou das definições formuladas, as quais deverão apresentar resposta a estas indagações: no plano da dogmática, quais são os direitos fundamentais?; no plano teórico, o que são direitos fundamentais?; e, por fim, no plano da axiologia, quais direitos devem ser considerados fundamentais?

Começando pelo último, retome-se Ferrajoli quando afirma que, no plano teórico, a melhor definição de direitos fundamentais é aquela que os identifica como direitos “*que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas com capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables*” (FERRAJOLI, 2007, p. 73).

Quanto à segunda indagação, a resposta será oferecida pelo direito positivo, vale dizer, a dogmática constitucional ou internacional, já que serão direitos fundamentais aqueles previstos pelos ordenamentos de cada uma das entidades políticas.

É em relação à terceira que surgem os questionamentos. Ferrajoli afirma que – observada a experiência histórica do constitucionalismo – é possível identificar três critérios axiológicos para determinar o que deve ser considerado como direito fundamental (FERRAJOLI, 2007, p. 73).

O primeiro diz respeito ao nexó entre direitos humanos e paz; surgido na Declaração dos Direitos do Homem de 1948, aponta para a inclusão dos direitos que protegem a vida entre os direitos fundamentais, decorrendo daí uma das principais garantias para a manutenção da paz. Relacionados às condições necessárias ao desenvolvimento de vida digna, estão entre eles o direito à vida e à integridade corporal, os direitos civis, os direitos políticos, os direitos de liberdade e os direitos sociais.

O segundo critério tem significado marcante para os direitos das minorias; é o nexó entre direitos e igualdade, o que deve ocorrer em dois planos: o primeiro busca garantir igualdade nos direitos de liberdade, o que significa dar igual importância a todas as diferenças existentes entre as pessoas (sexo, religião, opinião política), o que fará “*de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras*”; o segundo estabelece uma igualdade nos direitos sociais, objetivando reduzir as desigualdades econômicas e sociais (FERRAJOLI, 2007, p. 74).

O terceiro critério, por fim, é o que identifica direitos fundamentais como a lei do mais fraco, proclamando que todos os direitos fundamentais são leis dirigidas criadas em alternativa à lei do mais forte, que seria a vigente em sua ausência. Aqui, segundo Ferrajoli, seu conteúdo seria, em primeiro lugar, o direito a vida, preservando-a dos ataques do detentor de maior força física; em segundo, os direitos de imunidade e de liberdade, onde a proteção se dá como escudo dos ataques daquele mais forte politicamente e, por fim, em terceiro lugar, os direitos sociais com a proteção em relação àqueles mais fortes social e economicamente (FERRAJOLI, 2007, p. 74).

3.6 O GARANTISMO E A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO

Como já destacado anteriormente, não há dúvidas acerca da clara identidade entre Estado Constitucional de Direito e garantismo jurídico, já que somente este primeiro é que reúne condições de dar os aportes necessários ao desenvolvimento do segundo. Mas se a situação é clara em relação a esta forma de Estado, o mesmo não se pode dizer a respeito da idéia de superação do positivismo jurídico pelo chamado paradigma constitucional e as teses pós-positivistas.

Forte tem sido o debate a respeito dessa questão, até porque – no campo da resistência positivista – encontra-se Luigi Ferrajoli, para quem

tal forma de ver e compreender o direito – mesmo em tempos de constitucionalismo – é ainda a melhor⁴⁸.

Argumenta ele que a questão da “conexão conceitual” entre direito e moral apresentada por autores como Robert Alexy e Manuel Atienza – que resulta na compreensão de que uma “pretensão de justiça” ou um mínimo ético seriam elementos internos e estruturais e condições necessárias de juridicidade, e não pontos de vista externos – coloca por terra algumas das grandes conquistas da modernidade: a certeza do direito como pressuposto de igualdade e liberdade, a laicidade das instituições públicas e, por outro lado, o papel crítico, protetivo e reformador da política em relação ao direito positivo. Até porque “gracias a esta exterioridad, que ha ido realizándose a través de la

⁴⁸ Ainda que não traduzido para o português, ou até mesmo para o espanhol, essencial aqui uma referência ao último trabalho de Luigi Ferrajoli, “*Principia Juris. Teoria del diritto e dela democrazia*”, publicado em 2007, na Itália, Editori Laterza, Roma, ainda disponível apenas no italiano. É que nesta obra, ao tratar das dimensões da democracia, FERRAJOLI reconhece aponta sim a existência do novo paradigma de existência e validade das normas jurídicas, a que chama de neo-juspositivista, que é onde justamente se desenvolve o estado constitucional de direito. Afirma ele, coerente com seu pensamento antes apresentado, essa mudança se dá pela introdução das constituições rígidas em meados do século XX (p. 17), o que importou em uma mudança do paradigma anterior, que era o do estado legislativo de direito. Segundo ele, se o primeiro estado de direito era expresso na afirmação do princípio de legalidade e na onipotência do legislador, essa segunda mudança se realiza no século passado com a rígida subordinação da própria lei, garantida, por uma específica jurisdição de legitimidade, a uma lei superior: a Constituição, hierarquicamente superior à legislação ordinária. Dessa mudança, seguem quatro novas alterações do modelo do estado legislativo de direito, sobre os mesmos planos sobre os quais esse havia alterado o direito jurisprudencial pré-moderno: a) no plano da natureza e da estrutura do direito, de quem são positivadas não apenas nas normas mas também as escolhas constitucionais às quais esses devem se uniformizar; b) no plano da sua aplicação jurisdicional, que se configura sujeita à lei somente se esta é considerada pelo juiz constitucionalmente válida; c) no plano da ciência jurídica, que não é investida de um papel não simplesmente descritivo, mas também crítico e projetual nos limites do seu próprio objeto; d) no plano enfim da estrutura da democracia e da teoria, não mais puramente política mas imediatamente jurídica, do estado democrático de direito. Mas, apensar disso, importante destacar que disso não se pode afirmar que sua posição se alterou, já que segue entendendo ser o positivismo a melhor de forma de compreender e de entender o direito, ainda que em tempos de constitucionalismo.

afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho positivo vigente, el punto de vista ético-político se há disociado y separado del punto de vista jurídico” (FERRAJOLI; MORESO; ATIENZA, 2008, p. 189).

Esse pensamento é contestado por Manuel Atienza (FERRAJOLI; MORESO; ATIENZA, 2008, p. 147), para quem o Garantismo cumpriria melhor com seus objetivos se abandonasse o positivismo jurídico. Para Atienza, não há como incluir a concepção de positivismo de Ferrajoli em qualquer das três formas clássicas apresentadas por Bobbio (positivismo como enfoque, como teoria ou como ideologia), já que:

[...] no es positivista en el primero de los sentidos, puesto que él no mantiene ya una neta distinción entre el derecho como hecho y como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; tampoco lo sería en el segundo, ya que no acepta ni la tesis de la supremacía de la ley ni la del carácter pleno y coherente del ordenamiento jurídico; y habría, paradójicamente, alguna razón para considerar que presta adhesión al positivismo ideológico en cuanto que, de alguna forma, viene a sostener que el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, es justo.

Respondendo a essa argumentação, Ferrajoli afirma que nunca lhe convenceu muito bem a classificação de Bobbio a respeito dos tipos de positivismo, já que em nenhuma delas há referência ao constitucionalismo. Além disso, e se for para identificar-se com alguma das três formas, seria positivista no primeiro dos sentidos, já que é inegável que a constituição também é um fato, “es decir ‘derecho que es’, o derecho ‘positivo’, o ‘existente’ o ‘vigente’, si bien entrena una relación de deber ser con la legislación ordinaria que, sin embargo, podría perfectamente no ser la que según la constitución debería ser” (FERRAJOLI; MORESO; ATIENZA, 2008, p. 189).

A seu ver, com o constitucionalismo, tem-se um modelo de direito em que não só a existência das normas está vinculada a sua forma de produção, mas também os critérios substanciais de reconhecimento de sua validade, os quais estão colocados, artificialmente, pelo próprio direito positivo. Dessa forma, o constitucionalismo, em vez de constituir um debilitamento do positivismo jurídico ou, ainda, sua superação pela contaminação

jusnaturalista, representa sim seu reforço, apresentando o juspositivismo em sua forma mais extrema e acabada.

Este quadro se deve ao fato de que, como ele (o constitucionalismo) designa uma concepção e um modelo de direito em que a vinculação se dá por critérios formais e substanciais, não se pode esquecer que estes critérios de validade são colocados artificialmente pelo sistema, ou seja, pelo próprio direito positivo. Ao final, é ele (direito positivo) que disciplina

positivamente no sólo las condiciones formales de existencia de las normas, que dependen de la correspondência empírica entre su forma y las normas formales sobre su producción, sino también las condiciones sustanciales de su validez, que dependen de la coherencia lógica de sus significados y, por lo tanto, de sus contenidos, con normas sustanciales de grado sobre-ordenado a ellas: en breve, no sólo el ser sino también el deber ser del derecho (FERRAJOLI, [s.a.], p. 08).

Ferrajoli acaba por colocar em destaque não só um dos pontos fundamentais da sua concepção de direito e de sistema normativo, mas também a importância que tem, para o próprio positivismo, o constitucionalismo como fato histórico. Superada uma primeira revolução com o nascimento do estado moderno e o positivismo que imperou no século XIX, dá-se uma segunda, ultrapassando-se o que pode ser chamado de Estado Legislativo de Direito para se alcançar o Estado Constitucional de Direito e o controle do direito pelo próprio direito, não só formalmente, mas também substancialmente.

Como bem destaca Maria Iglesias Villa (2005, p. 78), as mudanças do constitucionalismo na ótica de Ferrajoli podem ser agrupadas em três pontos: 1) muda o critério de validade de uma norma; agora não basta ser apenas formal, há necessidade de ser substancial também; 2) a sujeição do juiz é apenas a norma válida; e 3) a ciência do direito deixa de ser descritiva para assumir um papel crítico e criativo, potencializando a garantia dos direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais.

Ainda em relação a esse ponto, e na tentativa de ampliar o debate para além do pensamento do FERRAJOLI, e com isso melhor compreender o momento atual, é preciso dar atenção ao colocado por Albert Casalmiglia (CASALMIGLIA, p. 210), que afirma que, em tempos atuais, mais do que diante da superação do positivismo, estamos

diante de um deslocamento da agenda de problemas que interessam à teoria jurídica e, em alguns casos, um certo distanciamento de algumas das teses que eram sustentadas de forma majoritária pelas teorias positivistas. Dividindo sua análise em torno dos objetivos pretendidos pelas duas teses centrais, após identificar que a tese das fontes sociais pretende responder à questão dos limites do direito, afirma que o positivismo na versão de Hart tinha os olhos centrados no passado, ou seja,

su centro de atención estuvo en los casos usuales, en el derecho determinado. El derecho como sistema normativo está institucionalizado mientras que otros sistemas normativos – como los sistemas morales – carecen de institucionalización. La indeterminación del derecho es excepcional y no puede establecerse por adelantado (CASALMIGLIA, 1998, p. 211).

Desse modo, no pós-positivismo há uma mudança de foco, prestando-se mais atenção à indeterminação do direito, com o deslocamento da atenção aos casos difíceis, em detrimento dos casos fáceis. O que era exceção, agora, torna-se regra e, se antes a pergunta era dirigida ao passado, agora é dirigida ao futuro e, da atenção no legislador, passa-se à atenção no juiz.

Em relação à segunda tese, a questão da inexistência de uma conexão necessária entre direito e moral, que pode ser entendida de várias maneiras, mas que tem sido compreendida no sentido de que o direito não perde juridicidade por ser injusto, Casalmiglia (1998, p. 210) aponta quatro deslocamentos importantes: 1º) a consideração atual de que a fundamentação moral desempenha um papel importante na fundamentação jurídica, de que resulta uma relação intrínseca entre direito e moral. É o efeito da inserção em sistemas jurídicos de conceitos morais, não se podendo negar que, em muitas constituições modernas, introduzem-se conceitos muito abstratos que reclamam decisões para atribuição de significado e o tipo de justificação que se terá será uma justificação moral, girando a discussão atual em torno da contingência ou da necessidade dessa fundamentação; 2º) relacionado com o anterior, remete aos conceitos jurídicos e seu papel no ordenamento, já que determinadas expressões utilizadas em sistemas normativos (como liberdade, igualdade, etc.) possuem uma abertura tal que induz à necessidade de julgamentos morais quando da definição de sua utilização. O julgamento moral será importante para sua definição; 3º)

também ligado ao anterior, está relacionado à questão da avaliação do direito e à possibilidade de identificar o direito sem dele fazer qualquer avaliação; e, por último, 4º) nas expectativas dirigidas à teoria do direito, à qual se pede que ofereça “instrumentos para pensar e imaginar soluciones a los problemas que no tenemos resueltos. En otras palabras una teoría de derogación que esté tan alejada del derecho positivo que no pueda interesar ni ofrecer instrumentos para ordenar mejor el material tiene algún problema como teoría” (CASALMIGLIA, 1998, p. 218).

Do colocado, o que fica claro é que não há mais como adotar qualquer postura que negue as transformações que estão ocorrendo e, assim como hoje há condições de perceber como o positivismo jurídico se transformou desde o seu surgimento, também já temos condições de reconhecer as mudanças mais recentes provocadas pela emergência de uma nova forma de compreender as constituições entre aqueles que adotam o positivismo jurídico como forma de entender e de compreender o direito.

já em relação ao neoconstitucionalismo, que designa um novo espaço de atuação das constituições atuais, designam também uma reaproximação do Estado com a sociedade, separados que estavam pelo formalismo exagerado determinado pelo positivismo. O seu objetivo é:

[superar] uma normatividade formal concebida desde a ideia da Constituição como uma mera folha de papel do racionalismo (Lassale) em direção a um modelo de Estado social que absorvesse a programaticidade das normas constitucionais tão inoperantes, senão excluída da tese jurídica, de caráter neutralizante, dos fundamentos políticos sustentada pelo modelo estado-legislação (DUARTE, 2006, p. 17).

Não há dúvida de que os princípios colocados na constituição assumem um papel preponderante na caracterização desse novo momento. Tanto é assim que Paulo Bonavides os coloca como ponto central da mudança:

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada

sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios (BONAVIDES, 2005, p. 265).

Ao tratar especificamente das diferenças entre as duas concepções – positivismo jurídico e pós-positivismo, Josep Aguiló Regra (2008, p. 16) apresenta de forma ordenada um decálogo de diferenças entre uma tese e outra em que, além de enfatizar suas diferenças, apresenta o pós-positivismo como uma superação do positivismo jurídico. São elas: 1) no positivismo, a estrutura de um sistema normativo é de regras, ao passo que no pós-positivismo o sistema é composto por princípios e por regras; 2) no positivismo, as regras estão submetidas a relações lógicas por dedutibilidade, de modo que serão consistentes se guardarem compatibilidade entre si, resolvendo-se os conflitos com base nas regras da hierarquia, anterioridade e especialidade; no pós-positivismo, além dessa lógica, recorre-se à ideia de coerência valorativa, a qual será uma questão de grau, e os conflitos não poderão ser resolvidos pela lógica do tudo ou nada, e sim pela ponderação; 3) no positivismo, os enunciados jurídicos de direito relativos a um sujeito ou a um grupo são sempre reduzíveis a deveres de outros sujeitos, havendo uma correlação entre direitos e deveres; no pós-positivismo, quando se observa a norma não como mera guia de conduta mas em termos de justificação, essa correlação se perde. Assim, não há sentido em afirmar que alguém tem um direito porque outro tem um dever; 4) no positivismo, o modo de fundamentação jurídica standard é o subsuntivo, o que se mantém no sistema pós-positivismo apenas em relação às regras, não em relação aos princípios, aos quais se requer uma fundamentação de ponderação, em que se pressupõe uma dimensão valorativa e justificativa do Direito, que adquire uma relevância fundamental; 5) no positivismo, criar normas e aplicá-las são operações conceitualmente opostas, sendo a primeira resultado da vontade (política e moral), e a segunda, resultado da razão e fundamentalmente técnica e jurídica; 6) no positivismo, o Direito se identifica não pelo seu conteúdo, mas pela sua forma, daí ser uma questão meramente formal; no pós-positivismo, além dos critérios formais, valem os critérios materiais; 7) no positivismo – em relação aos casos juridicamente relevantes –, a distinção é entre casos regulados e casos não regulados, os quais ficam submetidos a regras de colmatação de lacunas via interpretação e discricionariedade do aplicador; no pós-

positivismo, a oposição se dá entre casos fáceis e casos difíceis, sendo que, nesses últimos, atuará uma discricionariedade não em sentido de permitir a escolha de qualquer opção, mas sim uma discricionariedade com responsabilidade e, quanto maior for aquela, maior deverá ser a justificação da escolha; 8) no positivismo, a linguagem das normas é prescritiva e não tem valor de verdade e a ciência do Direito tem, assim, um discurso prescritivo e os seus enunciados têm valor de verdade; no pós-positivismo, a ciência jurídica deixa de ser um fato a ser observado pelo operador (prático ou teórico), de modo que a ele compete um trabalho de reconstrução e melhora do sistema. Ele passa a ser um participante em uma prática social e, com seu discurso e suas ações, contribui para o desenvolvimento e a conformação do mesmo; 9) para o positivismo, o Direito se objetiva em normas e atos ou procedimentos, de forma que o sistema jurídico é tratado como um objeto que está fora dos sujeitos que o observam e-ou o usam, daí ser possível conhecer sua estrutura e seus conteúdos sem a necessidade de realizar avaliações de nenhum tipo; no pós-positivismo, o Direito é uma realidade social complexa e a objetividade positivista fica completamente deslocada. O uso que faz do Direito depende das crenças daquele que o maneja. Dessa forma, apresenta múltiplos elementos que atuam em tensão interna, para cuja harmonização operativa o operador se obriga a realizar eleições valorativas e não meramente descritivas; 10) no positivismo, o Direito se objetiva por meio de regras jurídicas, às quais se restringe o conhecimento do Direito; no pós-positivismo, não existem só regras, mas também princípios, o que torna impossível dar-se o conhecimento do sistema jurídico só através do seu conjunto normativo. Disso resulta que o conhecimento do Direito passa a envolver uma combinação de conhecimentos normativos e o desenvolvimento de habilidades metodológicas orientadas para a solução dos problemas jurídicos.

Manoel Atienza (2007, p. 309), após ressaltar que teses semelhantes às de Ronald Dworkin podem ser encontradas em autores sucessores do chamado positivismo analítico (Kelsen e Hart) e do realismo moderado (Neil McCormick, Joseph Raz, Robert Alexy, Carlos Nino e Luigi Ferrajoli), ressalta que, apesar de ainda não se tratar de um movimento organizado, com eles encontram-se algumas coincidências com as quais se poderia caracterizar uma nova concepção de Direito ainda em “*status nascendi*”.

Com bases ecléticas, suas características poderiam assim ser sintetizadas: 1) os princípios passam a ser considerados elementos fundamentais dentro dos sistemas normativos; 2) impõe-se a tendência de olhar as normas não tanto pela sua estrutura lógica, mas

principalmente pela função que desempenham na argumentação prática; 3) o Direito é uma realidade dinâmica e consiste em uma prática social complexa; 4) a interpretação, mais que um resultado, é um processo racional e conformador do Direito; 5) há uma debilidade da distinção entre linguagem descritiva e prescritiva, dando-se uma reivindicação do caráter prático da teoria e da ciência do Direito, que não pode mais reduzir-se a discursos meramente descritivos; 6) a assunção do paradigma do constitucionalismo pressupõe validade material, além de formal e jurisdição submetida não só à lei, mas também à constituição; 7) entre Direito e Moral existe uma conexão do tipo conceitual, que pode dar-se pela regra de reconhecimento hartiniana; 8) há uma tendência à integração do Direito com a moral e a política; 9) a atividade do jurista está guiada também pela pretensão de justiça; 10) cresce em importância a argumentação jurídica; 11) existem critérios objetivos que podem dar caráter racional à prática de justificação das decisões; e, por fim, 12) o Direito não é um instrumento dedicado apenas a realizar objetivos sociais, mas incorpora valores morais que pertencem também a uma moral racionalmente fundamentada (ATIENZA, 2007, p. 310).

No mesmo sentido é a lição de Sanchís (2005, p. 131), quando afirma que o Estado Constitucional de Direito hoje existente reclama “*una nueva explicación que en buena medida se aleja de los esquemas del llamado positivismo teórico*”, suscitando a necessidade de sua revisão teórica, o que é impulsionado por cinco pontos fundamentais: a existência de mais princípios do que regras; a necessidade de mais ponderação do que subsunção; a onipresença da constituição e a existência de um denso conteúdo material; maior presença do judiciário em lugar do legislador; e, por fim, a coexistência de uma constelação plural de valores.

O reconhecimento desse novo paradigma se dá em função de todas essas alterações, que denunciam a já mencionada incapacidade do positivismo jurídico – pelo menos na sua forma mais tradicional – de dar conta da explicação dos atuais sistemas, que se apresentam como resultado da afirmação da constituição como a base do sistema jurídico e conteúdo de cunho marcadamente moral.

Hoje, em lugar dos três tipos de positivismo jurídico como apresentado por Norberto Bobbio (1992), é possível identificarem-se três formas de “neoconstitucionalismo”, que ressaltam e evidenciam as diferenças existentes entre o paradigma anterior, identificado como constitucionalismo positivista, e o momento atual, ou seja, o neoconstitucionalismo pós-positivista.

Assim, podem ser enumerados: 1) o “neoconstitucionalismo teórico”, que tem como pretensão descrever os logros da constitucionalização ocorrida nos últimos anos, o que pressupõe uma constituição invasora e a positivação dos direitos fundamentais, representando ainda uma alternativa em relação à teoria juspositivista tradicional; 2) o “neoconstitucionalismo ideológico”, em que a preocupação central, em lugar da limitação do poder estatal, será a defesa e a ampliação dos direitos fundamentais, além de uma obrigação moral de obedecer à constituição e às leis que estejam conforme ela; e, por último, 3) o “neoconstitucionalismo metodológico”, que sustenta – em direto confronto com o positivismo metodológico e conceitual – a tese da conexão necessária entre Direito e moral (COMANDUCCI, 2005, p. 83-87).

Como já dito, não se trata de uma teoria plena e acabada, mas ainda em construção, que por isso mesmo, admite várias leituras.

4 O PODER JUDICIÁRIO E SUAS POSSIBILIDADES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A RESPOSTA DO GARANTISMO

4.1 O MOMENTO ATUAL DO PODER JUDICIÁRIO

As inovações até aqui tratadas apontam semelhanças em vários níveis, a começar pelas explicações dadas para o surgimento do Direito a partir da filosofia, passando pelas novas conceituações propostas pela teoria, pela revisão das funções do Estado e o redimensionamento do espaço de atuação das Constituições no Estado Contemporâneo, agora dotadas de garantias de sobrevivência (a supremacia e a rigidez) e de instrumentos para garantir sua efetividade.

No caso do Brasil, todas essas mudanças são perceptíveis ao se fazer uma análise cuidadosa da Constituição da República de 1988. Nela é possível perceber o modo de compreender, de entender e de identificar o Direito no sistema jurídico nacional. É esse documento que, além da declaração de uma série de direitos (a mais extensa da história constitucional brasileira), prevê a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º), o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI), a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º), as novas ações para o controle de constitucionalidade (art. 102, §1º), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX), a constitucionalização da ação civil pública e sua configuração como mecanismo para assegurar a realização de políticas públicas (art. 129, inciso III) e, por fim, a ampliação da legitimidade ativa para o controle de constitucionalidade (art. 103).

Ali está a afirmação de ser o Brasil um “Estado Democrático de Direito”, expressão que se apresenta como uma superação do antigo “Estado de Direito” e impõe que todas as ações praticadas em nome do Estado tenham sua legitimidade calcada, não mais unicamente na lei e no Poder Legislativo, mas sim em um grau de juridicidade superior, vale dizer, na Constituição, agora protegida pela supremacia e pela rigidez, importantes características incorporadas ao sistema constitucional ao longo do século XX.

É, em síntese, o que de mais representativo se tem para demonstrar a adesão do Brasil a um projeto de construção de um Estado Democrático de Direito, em superação a um Estado Legislativo de

Direito, que limitava a compreensão do significado de uma Constituição – vista então como mera separação de poderes e declaração de direitos de oposição diante do poder do Estado entendimento expresso no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 26 de agosto de 1789, que destaca: “toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos e nem a separação dos poderes não possui constituição”.

É bem verdade que essa estrutura, hoje vista como arcaica, teve forte alteração com o momento do Estado Social, quando o liberalismo recebeu a influência dos movimentos socialistas iniciados com Marx e Engels, que – como já recordado antes – proclamavam a liberdade econômica em lugar da liberdade política dos primórdios do liberalismo (BONAVIDES, 1996, p. 172).

Isso, contudo, não foi suficiente, e, apesar da incorporação de direitos sociais e da imposição ao Estado de prestações positivas em relação aos mais desfavorecidos, esse modelo logo apresentou suas lacunas, o que ficou evidente após o final da 2ª Guerra Mundial e a percepção de que sob ele é que se desenvolveram os estados totalitários, versão sofisticada dos absolutismos pré-revoluções liberais, agora “legitimados” pelo poder da maioria.

Desenha-se o “Estado Democrático de Direito”, expressão constitucionalizada no Brasil pela primeira vez em 1988, mas já presente no art. 20 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, no art. 2º da Constituição Portuguesa de 1976 e, ainda, no artigo 1, item 1, da Constituição Espanhola de 1978. Com isso, como bem diz Luigi Ferrajoli, coloca-se a palavra Democracia no seu devido lugar e sentido, evitando-se a concepção limitada que leva a entendê-la apenas como vontade da maioria e, assim, ignorar que:

la que es la máxima adquisición y al mismo tiempo el fundamento del estado constitucional de derecho: la extensión del principio de legalidad también al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluyendo el legislativo, y su funcionalización a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados (FERRAJOLI, 1995, p. 11).

Com essa visão, opera-se uma transformação radical na compreensão do que é um Estado de Direito, ou, ainda e de modo mais específico, um Estado Legislativo de Direito. A inserção da expressão

que remete a Democracia põe em destaque o aspecto que antes faltava: a Constituição agora vincula a todos (Estado e sociedade) para a realização dos direitos fundamentais, e retira da maioria o direito de suprimir esses direitos, cláusulas constitucionais protegidas pela rigidez constitucional⁴⁹.

Considerando esse quadro, o caso agora é de analisar o reflexo dessas mudanças na atividade jurisdicional, ou seja, na forma de atuar o juiz, detentor de parcela do poder do Estado que se manifesta através do ato de “dizer o direito”. São mudanças que se manifestam em várias planos e podem ser analisadas dentro da separação tradicional feita por Ferrajoli quando trata da dupla artificialidade típica do neoconstitucionalismo: ao lado das vinculações formais, as vinculações substanciais, o que faz surgir um ambiente de tensão, em que o exercício da atividade jurisdicional procura romper os limites impostos com o uso da estrita legalidade.

4.2 O PODER QUE SE MANIFESTA NO PROCESSO: O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL E O ROMPIMENTO DOS LIMITES FORMAIS

Como já apontado, aqui se tem um espaço privilegiado para análise das mudanças ocorridas em relação ao Poder Judiciário, que se dá no espaço formal, mas que assume características de vínculos substanciais. Encontra-se, por evidente, no campo do direito processual, em especial, no direito processual constitucional, que nada mais é do que o ambiente de estudo dos instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais, seja com o controle de constitucionalidade, seja com a proteção das liberdades constitucionais por meio dos chamados “remédios constitucionais”.

Em outras palavras, segundo Willis Santiago Guerra Filho, é a forma processual própria:

⁴⁹ A esse respeito, Antonio Manoel Peña Freire afirma que “La rigidez constitucional supone que cualquier reforma de la constitución sólo será posible si se realiza a través de algún procedimiento agravado en relación con el dispuesto para la aprobación, modificación ou derogación de las leys”, e, mais à frente, enfatiza que “Al asegurar el carácter normativo de las constituciones se garantiza la vinculación a las cláusulas constitucionales de los poderes públicos y los ciudadanos en los momentos de política ordinaria” (PEÑA FREIRE, 2004).

[...] para a tutela de direitos fundamentais, sendo este o seu objeto, seja imediato, quando for a ordem jurídica subjetiva aquela ameaçada ou violada, seja mediato, quando a necessidade de proteção seja da ordem jurídica constitucional objetiva, cuja violação ameaça igualmente o núcleo essencial da mesma ordem, em sendo aquela de um Estado Democrático de Direito, por resultante dos direitos e garantias fundamentais por ela consagrados (GUERRA FILHO, 2001, p.12).

Evidencia-se, pois, o fato de que o Estado Democrático de Direito necessita de procedimentos, não só legislativos e eleitorais, mas também e especialmente judiciais, para que se dê sua realização.

A base de seu desenvolvimento está no devido processo legal, cujo primeiro tratamento ocorreu na Inglaterra em 1215, no art. 39 da *magna charta*, documento que marcou o declínio do poder real e a ascensão da nobreza naquele pedaço da Europa, imposto pelos barões da época ao Rei João Sem Terra. Dizia o artigo:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país.

Entendido inicialmente como o complexo de atos situados entre o momento inicial de comparecimento no juízo de acusação e a sentença condenatória de prisão, teve sua compreensão alargada com o Direito norte-americano e uma série de dispositivos espalhados pelas declarações de direitos surgidas após a Declaração da Independência em 1776 (Maryland, Pensilvânia, Massachusetts, Virgínia, Carolina do Norte e New Hampshire), culminando com sua incorporação à Constituição da Filadélfia nas emendas (*Amendments*) números V (de 1791) e XIV (de 1868). A primeira tratava especificamente da impossibilidade de qualquer pessoa ser privada da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal, e a segunda vinculava os estados da federação a esta regra: “Nenhum estado privará qualquer pessoa da vida, da liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.

Atualmente é cláusula prevista em vários documentos internacionais (Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenção Europeia dos Direitos do Homem), que somente foi previsto expressamente em nosso sistema constitucional na Carta de 1988 (art. 5º, inciso LIV, em que está dito que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), do qual decorre uma série de princípios que demonstram claramente aquilo que foi afirmado no início deste tópico: são caminhos abertos no sistema normativo para justificar uma atuação mais incisiva do poder judiciário, rompendo com dogmas e limitações impostas que admitem apenas uma atuação passiva do juiz, e não uma atuação proativa.

4.2.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCESSUAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL MATERIAL (*PROCEDURAL DUE PROCESS E SUBSTANTIVE DUE PROCESS*):

Um primeiro ponto a merecer destaque é a constatação de que as garantias processuais, em sua grande maioria, tiveram seu início como proteção ao direito de liberdade, preservando o cidadão do arbítrio do Poder Público. Só depois é que foram transpostas para o processo em geral, inclusive para o processo administrativo, o que não é de estranhar já que essa foi a primeira das reações do liberalismo frente ao poder absolutista. Garantir o direito de liberdade era o principal objetivo das revoluções liberais.

Em relação ao devido processo legal não foi diferente, já que seu “lugar de nascimento” é justamente um texto que procurava impedir principalmente as tentativas de supressão da liberdade.

Mas, além disso, tinha também na sua primeira versão um caráter meramente procedimental, ou seja, tinha como único objeto a proteção ao cidadão de uma restrição aos seus direitos sem um processo adequado, justo, regular, livre de qualquer situação que pudesse colocá-lo em situação de desvantagem (daí que essa modalidade de devido processo legal reclama contraditório, ampla defesa, proibição de uso de prova ilícita, juiz natural etc.).

Como recorda Canotilho:

O problema nuclear da exigência de um *due process* não estaria tanto – ou pelo menos não estaria exclusivamente – no procedimento legal mediante o qual alguém é declarado culpado e castigado (“privado da vida, da liberdade e da

propriedade”) por haver violado a lei, mas sim no facto de a lei poder ela própria transportar a “injustiça” privando uma pessoa de direitos fundamentais (CANOTILHO, 1999, p. 494).

Vale dizer: o processo poderia ser também uma forma de violar direitos fundamentais à medida que reproduzisse a injustiça de um determinado sistema ou de uma dada situação.

Surge daí a outra compreensão do devido processo legal, que é justamente sua versão mais atual: o devido processo legal substancial ou *substantive due process of law*, que não abandona o entendimento anterior mas se soma a ele. Deixa de ser algo voltado apenas para a regularidade do processo e impõe uma nova compreensão em que não importa apenas a mera tutela processual: assume um sentido mais amplo, que alcança o direito substancial (material).

De tal compreensão nasce o exame da razoabilidade e da proporcionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral, compreensão que dá ao Poder Judiciário um impulso semelhante àquele ocorrido quando do julgamento de *Marbury vs Madison* em 1803, que deu início ao controle difuso de constitucionalidade. Para tanto há um motivo especial: é através do instituto do devido processo legal substancial que se possibilita o exame do mérito dos atos praticados pelo poder público, redefinindo a discricionariedade.

É BARROSO (1999, p. 211) quem aponta a construção desta compreensão no direito norte-americano, indicando três fases distintas pelos quais ela passou: a primeira foi a ascensão e a consolidação do final do século XIX até a década de 30; a segunda, o desprestígio e quase abandono no final da década de 30 e, por fim, a terceira, que marcou seu renascimento na década de 1950.

Em relação ao primeiro momento, salientam-se os julgamentos da Suprema Corte nos quais a mesma, em nome do liberalismo, passou a invalidar leis que promoviam intervenções na economia, dentre elas o plano econômico de Roosevelt de 1932. Desse embate, e uma tentativa frustrada de ampliação do Tribunal com a intenção de mudar seu posicionamento com novos membros, resulta uma Corte com postura inversa, ou seja, restrita em termos de intervenções. Na década de 50, movida por uma série de fatos sociais, constata-se uma retomada do ativismo judicial em várias matérias: Em *Griswold vs. Connecticut* (1965) a Suprema Corte declara inconstitucional lei que incrimina o uso de qualquer medicamento ou artifício para prevenir a concepção, sob o argumento de violação do direito de privacidade (intimidade); Em

Loving vs. Virginia (1967), considera-se inválida lei que proíbe o casamento inter-racial com base também na *equal protection of law* da 14ª. Emenda; em *Roe v. Wade* (1973), a Corte consigna ser nula lei texana que impede e pune criminalmente o aborto; Em *Washington v. Harper* (1990), a Suprema Corte decide que ordinariamente o indivíduo possui o direito de recusar tratamento médico. Todavia, se a pessoa está sob a custódia do Estado (prisioneiro, p. Ex.), o devido processo autoriza os cuidados médicos ainda que contra a vontade do paciente.

4.2.2 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS QUE DECORREM DO DEVIDO PROCESSO LEGAL:

Dos princípios que decorrem do devido processual legal, o mais importante (se é que é possível colocar nesses termos) é a proporcionalidade e/ou razoabilidade. Registre-se de plano a falta de consenso na doutrina brasileira a respeito da identidade, ou não, entre os dois princípios.

A resposta sugerida por Luis Roberto Barroso resume a questão às duas linhas de construção constitucional do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, chegando as duas ao mesmo resultado:

O princípio da razoabilidade integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste da razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. A primeira linha, mais inspirada na doutrina alemã, vislumbrará o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não escrito. De outra parte, os que optarem pela influência norte-americana pretenderão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, sustentando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula (BARROSO, 1999, p. 228).

Eis a origem da divergência, merecendo registro que o STF não a reconhece, ou seja, aplica de forma indistinta os termos proporcionalidade/razoabilidade.

Quanto ao conteúdo desse princípio, para Barroso: “O princípio da proporcionalidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder

Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça” (BARROSO, 1999, p. 215). Gilmar Mendes aponta que o seu desenvolvimento permite converter o princípio da reserva legal em tema de restrição de direitos fundamentais em princípio da reserva legal proporcional, o que “pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2002, p. 107).

Ensina Barroso que a razoabilidade deve ser aferida primeiramente no plano interno, ou seja, dentro da lei, momento em que será examinada a “existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins” (BARROSO, 1999, p. 217).

Exemplo: Se, para impedir o crescimento da AIDS (motivo), o governo viesse a editar um ato proibindo o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio), com o objetivo de evitar a contaminação dos cidadãos (fim). Constata-se nessa eventualidade a falta de razoabilidade na medida já que nela se evidencia uma desproporção entre motivos, meios e fins. Ou, ainda, suponha-se, p. ex. que, diante da impossibilidade de conter a degradação acelerada da qualidade de vida urbana (motivo), a autoridade municipal impedisse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não-residente que não fosse capaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que reduziria significativamente a demanda por habitações e equipamentos urbanos (fim).

Visto o plano interno, impõe-se verificar a razoabilidade externa, o que se dará pelo vencimento de três etapas, ou de verificação de três subprincípios:

1) se a medida adotada é **adequada** aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional ou, nas palavras de Gilmar Mendes, se “as medidas interventivas adotadas mostram-se aptas a atingir os objetivos pretendidos” (BRANCO; COELHO; MENDES, 2002, p. 107). Aqui a adequação deverá ser verificada sob 3 aspectos: em termos quantitativos, já que um meio poderá promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro; em termos qualitativos, onde um meio poderá promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio, e em termos probabilísticos, onde um meio poderá promover com menos, igual ou mais certeza o fim do que outro meio (ÁVILA, 2005, p. 116).

2) se a medida é necessária, aspecto também conhecido como “princípio da menor ingerência possível”, o qual consiste “no imperativo

de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. É a chamada proibição de excesso. Uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas” (BARROSO, 1999, p. 219). A seu respeito, nos diz CANOTILHO, que isto se dará através da análise sob quatro aspectos: a) *exigibilidade material*, pois o meio deverá ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a *exigibilidade espacial*, que aponta para a necessidade de se limitar o âmbito das intervenções; c) a *exigibilidade temporal*, que pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público e, por fim, d) a *exigibilidade pessoal*, que significa que a medida deverá se limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados (CANOTILHO, 2003.p. 264).

3) se há proporcionalidade em sentido estrito, o que diz respeito à necessária ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador ou, ainda, “uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos” (BARROSO, 1999, p. 219).

Ainda em relação a esse princípio, e olhando o mesmo a partir da construção alemã (similar a norteamericana), cumpre lembrar que o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1971, decidiu que “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.”

Disso decorre outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade, que é o da exigibilidade ou necessidade da medida (*princípio da menor ingerência possível*), consistindo no imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. É a chamada *proibição do excesso*. Uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas (OLIVEIRA, 2007, p. 81).

Aqui o foco principal é a existência do instituto como decorrente do devido processo legal substantivo, razão pela qual se reconhece sua construção no direito constitucional norteamericano como mecanismo de intervenção do poder judiciário no mérito dos atos administrativos, apresentando-se a compreensão da proporcionalidade ou razoabilidade

como instrumento dessa faceta do devido processo legal (substantivo), impondo uma nova compreensão da discricionariedade.

Não se apresenta só como limitador da ação do administrador público, mas também como limitador da atuação do Poder Judiciário (o que pode ser verificado no tratamento das medidas liminares) e do Poder Legislativo, atacando diretamente o excesso do que é chamado hoje de “âmbito de liberdade de conformação do legislador”.

Outro princípio que decorre do devido processo legal e que bem demonstra a tensão entre a forma prevista e as possibilidades de atuação do juiz no processo é o que trata da proibição da utilização de prova ilícita. Está diretamente relacionado à necessidade de observância de um processo adequado e justo, já que privilegiar o método espúrio seria aceitar a verdade a qualquer preço e admitir que os fins podem justificar os meios. Sua força é tamanha que no artigo 157 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei 11.690/2008) está dito:

São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente⁵⁰.

⁵⁰ Aqui caberá ainda o exame da proporcionalidade ou razoabilidade, como ocorreu no julgamento do caso “O Globo X Garotinho” (MC em Pet. 2702-7, RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence), quando se descartou o uso da prova ilícita (escuta telefônica obtida por interceptação ilícita) usando-se a chamada teoria da “árvore venenosa e seus frutos”. Ver H.C’s n. 76.203, 74.116 e 90.298-7, todos do STF.

Diversa não é a situação em relação ao contraditório e à ampla defesa, que, reconhecidamente formais e apontados até mesmo como sinônimo do devido processo legal, proclamam a bilateralidade do processo e a necessidade de se abrir oportunidade para manifestação e conhecimento de todos os atos que nele ocorrem, garantindo, assim, a defesa e um processo dialético.

Outros dois princípios também importantes – por ser através deles que se dá a provocação do Poder Judiciário – são: o direito de petição e o direito de ação, o primeiro compreendido como gênero e o segundo como espécie, apresentado somente ao Poder Judiciário, o que não ocorre com o primeiro, que poderá ser dirigido a qualquer autoridade e tem caráter administrativo.

Colocados nos incisos XXXIV, letra “a”, e XXXV, ambos do art. 5º, da CF, sempre estiveram presentes, de alguma forma, no sistema constitucional brasileiro, apesar da supressão por curto período pelo regime de exceção que aqui foi instalado, especialmente em decorrência do Ato Institucional n. 05, art. 11. Nele se lia: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

Todos esses princípios, uns mais do que outros ou, ainda, uns direta e outros indiretamente, reforçam a ideia de que o juiz do Estado Constitucional de Direito, em um ambiente pós-positivista, ao contrário do juiz do Estado Legislativo de Direito do positivismo clássico, além de contar comum número maior de instrumentos processuais para implementação de um ideário de justiça – agora plasmado na Constituição –, desenvolveu outros instrumentos com essa finalidade. Com isso, abandona a passividade que o marcava, tornando o protagonismo sua nova marca.

4.3 OS REFLEXOS DESSAS MUDANÇAS NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Mudar a forma de compreender e de entender o Direito, cujo monopólio de produção cabe ao Estado e se manifesta como poder, provoca profundas alterações na atividade jurisdicional, as quais são aqui sintetizadas.

4.3.1 MUDAM OS FUNDAMENTOS DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Em relação aos fundamentos da atuação jurisdicional, é preciso ressaltar que, no momento atual, não há condições para uma atuação judicial dentro do modelo proposto pelo liberalismo em que o juiz era a boca que pronunciava as palavras da lei e tinha sua atividade limitada pelo dogma retratado pela expressão “*dura lex sed lex*”.

Naquele sistema, com o claro objetivo de impedir que os abusos praticados pela magistratura submissa ao poder do rei no período do absolutismo voltassem a ocorrer, o juiz foi propositalmente reduzido à condição de funcionário, deixando ele de “dizer o direito”, função que estava ao seu encargo desde o período romano (e que seguiu assim sendo no sistema anglo-saxão). Essa função passou a ser exercida pelo legislador, figura que teve sua posição fortalecida pela Revolução Francesa.

Tratava-se de uma reformulação decorrente da doutrina da separação dos poderes, em que se dá uma identificação do direito com a lei e a delegação de poder aos Tribunais para que estabeleçam os fatos dos quais irão decorrer as conseqüências jurídicas (subsunção). Com a separação de poderes, “há um poder, o poder legislativo, que por sua vontade fixa o direito que deve reger certa sociedade; o direito é a expressão da vontade do povo, tal como ela se manifesta nas decisões do poder legislativo. Por outro lado, o poder judiciário diz o direito, mas não o elabora” (PERELMAN, 1999, p. 32).

Hoje a situação é outra, já que se, antes, o Juiz ficava limitado à busca de soluções para os conflitos que se desenrolavam no espaço privado, onde o uso da lei era privilegiado, confundida que era ela (a lei) com o conceito maior de justiça, agora – no Estado Constitucional e Democrático de Direito – sua atividade deverá estar focada nos critérios de justiça plasmados na Constituição, já que esses documentos não se limitam mais à previsão de direitos de oposição diante do poder do Estado e, além disso, são dotados de proteção contra a formação de majorias eventuais que tentem suprimir os direitos das minorias.

Com isso, surge um novo tipo de juiz, e o fundamento de sua atuação deixa de ser a tradicional concepção da separação de poderes – guindado que é à condição de instrumento para a proteção de direitos fundamentais – até porque, se tem o poder de decidir contra as majorias, sua legitimidade não poderá ser dela derivada.

Luigi Ferrajoli bem sintetiza essa situação ao recordar a expressão “Há juízes em Berlim”. Na circunstância atual, afirma o autor:

[...] deve haber um juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución. Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es unicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales (FERRAJOLI, 2001).

Eis o ponto fundamental: se, antes, o juiz era um mediador de conflitos, agora se apresenta como um instrumento na garantia de direitos fundamentais.

4.3.2 MUDA A FORMA DA ATUAÇÃO

Outro aspecto diz respeito à forma, ao modo, de atuação do juiz. Se, antes, no antigo Estado de Direito – e no modelo decorrente do tipo de Constituição que lhe dava sustentação – o que se tinha era um juiz neutro, distante, que só exercia seu papel mediador quando chamado pelas partes, no Estado Constitucional de Direito, essa figura desaparece, já que o sistema impõe uma tomada de posição, um abandono da neutralidade e a tomada de partido na busca da concretização constitucional.

Em uma situação como esta, evidentemente que os casos de ativismo judicial serão mais frequentes, e o Poder Judiciário passará a se manifestar de modo mais contundente em relação a alguns assuntos.

Um dos exemplos mais claros desta nova forma de atuar pode ser visualizado na decisão lançada no Recurso Especial n. 889.852, publicado no DJU de 10 de agosto de 2010, relator Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, que trata da questão da adoção de crianças por casal em união homoafetiva. A decisão foi pelo acolhimento da pretensão, ao passo que a tese vencida afirmava a

impossibilidade em face da vedação legal, já que o artigo 1622 do Código Civil, à época do julgamento afirmava: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável” (tal dispositivo foi revogado pela recente Lei de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, que, ao alterar a redação do artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentou a necessidade de comprovação da estabilidade da família, preconizando: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”).

União entre casais homossexuais não é união estável. Contudo, e apesar disso, na decisão acima referida há o reconhecimento de que, mesmo não sendo união estável, lhe é devido o mesmo tratamento, com base neste entendimento:

Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal⁵¹.

Em outro trecho desse mesmo recurso, afirma ainda:

O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

A análise da decisão demonstra que, mais do que os argumentos jurídicos apresentados, os de maior peso são aqueles que demonstram a convicção do julgador de que, apesar da falta de previsão legal por ele identificada, há que se fazer uma opção e uma intervenção proativa na matéria, de modo a contemplar a hipótese em julgamento.

⁵¹ Recurso Especial n. 889.852, publicado no DJU de 10 de agosto de 2010, relator Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça.

4.3.3 MUDA O RESULTADO DA ATUAÇÃO JUDICIAL

Além do já mencionado fim da neutralidade, com a clara tomada de partido na proteção dos direitos fundamentais, há uma última alteração, relacionada diretamente com os espaços do político e do jurídico ou, em outras palavras, das questões consideradas exclusivamente políticas – e, por isso, de competência dos demais poderes – e as decisões judiciais.

Atente-se que essa alteração, ao contrário de uma redução do espaço que antes as separava, promove uma redefinição da qualidade desta relação. Em verdade, a tão falada separação entre o político e o jurídico nunca foi muito nítida, já que o sistema político sempre necessitou – e muito – do sistema jurídico para a realização de seus objetivos. Durante os golpes de Estado, por exemplo, sempre se usou e abusou do sistema judicial para a garantia de espaços de poder, o que – na maioria dos casos – contou com a anuência do Poder Judiciário, que reconhecia de forma passiva situações que hoje vemos como verdadeiros absurdos. Assim foi quando da edição, pelo governo militar brasileiro, do Ato Institucional n. 05, de 13 de dezembro de 1968, que dizia em seu artigo 11: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

Essa situação bem demonstra que os espaços do político e do jurídico sempre foram próximos e, em alguns momentos, sobrepostos. Daí afirmar-se que essa imbricação não é fato novo. O que é novo é a qualidade da relação, já que agora ambos (político e jurídico) – ao contrário do que antes ocorria – têm seus espaços limitados por um parâmetro superior a eles: os direitos e garantias fundamentais, o que impede que qualquer uma dessas estruturas de poder viole um espaço previamente delimitado de proteção dos indivíduos.

4.4 OS PROBLEMAS QUE DECORREM DESSAS MUDANÇAS: OS LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL

Apresentadas as mudanças relacionadas ao fundamento, ao modo de atuação e ao resultado da atividade jurisdicional, todas elas impulsionadas pela nova compreensão do novo espaço de atuação jurisdicional, que não é mais apenas formal, mas também substancial,

não há dúvidas de que novas dificuldades irão surgir, até porque o pano de fundo de tudo é o poder estatal e, qualquer readequação a ele relacionada faz sentir seus reflexos nos outros setores do espaço coletivo, público ou privado. E, dentre eles, o principal reflexo se dá na questão dos limites da atividade jurisdicional, o que pode ser sintetizado em uma indagação: Até onde vai o poder do juiz na proteção e na garantia dos direitos fundamentais?

Na tentativa de cunhar uma resposta, o primeiro ponto que merece destaque é o fato de que, entre os juízes, já se pode falar na natural incorporação dessa mudança, consolidando-se a ideia de que há uma nova forma de atuar no Estado Democrático de Direito com perfil social. Em pesquisa coordenada pela professora Maria Tereza Sadek (2006), indagados os juízes sobre as motivações das decisões judiciais, 86,5% deles responderam que as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, 78,5% julgam que se deve ter compromisso com as conseqüências sociais, ao passo que apenas 36,5% dos entrevistados afirmaram pensar nas conseqüências econômicas da decisão.

Por outro lado, se esses números demonstram que parcela significativa dos juízes brasileiros já internalizou a preocupação com o embate travado entre a garantia para o exercício dos direitos sociais e a exequibilidade das decisões judiciais, confronto que é o ponto central da difícil questão dos limites da decisão judicial, também se percebe uma falta de uniformidade na delimitação da atuação judicial quando a questão está relacionada a um direito fundamental e a compreensão de qual é efetivamente a missão do Estado na sua realização. As decisões judiciais mencionadas mostram que há um elevado grau de pessoalidade colocada nas manifestações judiciais, de modo que a leitura pessoal do juiz vem a ter um destaque maior do que a leitura que deveria decorrer do texto constitucional, o que compromete o resultado. Afinal, não se pode esquecer que a atividade jurisdicional é – *ultima ratio* – um ato administrativo e, como todos os demais atos, deve ter a impessoalidade como uma de suas marcas (art. 37, caput, CF).

Tal situação, como já demonstrado, não é nova nem exclusiva do sistema constitucional brasileiro (MAUS, 2000), e, em lugar de justificar uma retração na forma de atuar ou a simples negativa de uma realidade que se apresenta, merece sim uma atenção maior na busca de mecanismos para reparar os eventuais excessos quando venham eles a ocorrer.

Um desses mecanismos é o princípio da legalidade, sempre presente no sistema político desde a Revolução Francesa, tratado de

modo especial pelo Garantismo jurídico proposto por Luigi Ferrajoli. Como destaca Prieto Sanchís, o Estado Constitucional de Direito é a expressão da fórmula política do Garantismo, o que dá a essa teoria a condição de oferecer um caminho mais seguro para a realização do projeto constitucional que se pretende, especialmente quando trata do princípio da estrita legalidade, fundamental para esse modelo político na medida em que propõe que o poder esteja submetido não só aos limites formais, mas também aos limites substanciais impostos pelos princípios e direitos fundamentais (SANCHÍS, 2005, p. 41).

Registre-se que assim já tem ocorrido em relação ao direito penal, cujo resgate e utilidade estão demonstrados como forma de resistência às crescentes tentativas de endurecimento do sistema penal como resposta à criminalidade. Assim foi no Brasil, por exemplo, com a lei dos crimes hediondos⁵². A esse respeito afirma Ferrajoli:

Es, en efecto, en el ámbito del derecho penal donde el garantismo se há desarrollado como teoría y como práctica jurídica, en oposición, primero, a los contundentes legados de la legislación fascista y, después, a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el arbitrio punitivo (FERRAJOLI, 2008, p. 193).

Se essa posição está clara em relação ao direito penal, o mesmo não se vê em relação aos direitos sociais, espaço em que ainda há um campo fértil para a busca de tais limites, para que possa a justiça brasileira encontrar parâmetros mais claros em relação à satisfação dos

⁵²Idêntica foi a discussão no julgamento do Habeas Corpus n. 82.959, relator Min. Marco Aurélio, julgado em 23.02.2006, quando se afirmou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei 8072/90 (a chamada “Lei dos Crimes Hediondos”), afirmando-se que “Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial...”. Outro exemplo: a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n. 84.078, relator Min. Eros Grau, quando se reafirmou o princípio da presunção de inocência antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ao se reconhecer a inconstitucionalidade do art. 637 do CPP, que não prevê efeito suspensivo ao recurso extraordinário.

bens básicos necessários a uma vida digna para aqueles que vivem em condição de miséria.

4.5 A LEI 12.010/2009: EXEMPLO DE ESTRITA LEGALIDADE

Quando o assunto são os direitos sociais, um dos pontos mais sensíveis da Constituição da República é o que trata do direito das crianças e dos adolescentes e se evidencia na ênfase dada ao assunto, tratado em um capítulo inteiro da Constituição de 1988. Dos artigos que tratam da matéria, o principal é o de número 227, em que está dito:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Pela simples leitura desse artigo, percebe-se uma ênfase especial à chamada “política da proteção integral”, expressão que resume a visão doutrinária adotada pelo sistema constitucional brasileiro, deixando para trás as formas antes privilegiadas que, ao longo dos anos, mostraram-se insuficientes para dar conta do problema, ainda mais violadoras do que garantidoras de direitos e, por isso mesmo, insuficientes como mecanismos de proteção às crianças e adolescentes.

Para compreender o alcance dessa mudança de paradigma, é preciso voltar ao início do século passado, quando o Brasil editou o Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, ato legislativo que modificou a situação de total descaso até então existente em relação aos menores. Esse documento, na época considerado um avanço, olhado com a distância do tempo, mostra-se insuficiente, já que trata a criança e o adolescente de forma única, desconsiderando as diferenças entre as duas fases do crescimento, o que se percebe ao observar que todos eram tratados de forma geral como “menores abandonados” e, a partir daí, colocados na condição de “filhos do Governo”.

Alguns dispositivos são interessantes e bem demonstram a visão equivocada, como é o caso do art. 15 que preconizava: “A admissão dos expostos á assistencia se fará por consignaçoõ directa, excluido o

systema das rodas”. Essa norma possibilitava a entrega da criança para o Estado sem a identificação da genitora, de forma anônima. Admitir essa condição significa tratar a criança como um objeto à disposição do adulto, sem levar em consideração a existência de seu direito à convivência familiar.

Outro exemplo está no art. 26 do já mencionado Decreto que considerava como abandonados e colocava sob a tutela do Estado, não só aqueles que tinham menos de 18 anos sem habitação certa ou meios de subsistência por serem os pais falecidos ou desaparecidos, como também os “que se encontrem em estado habitual de vadiagem, mendicidade ou libertinagem” mesmo que seus pais fossem conhecidos (inciso V, do art. 26, do Decreto n. 17.943-A, de 12.10.1927).

Como se vê, para situações completamente diversas, era o mesmo o tratamento previsto. Caso houvesse o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito, seria outra a intervenção proposta.

Essa compreensão equivocada manteve-se nas legislações posteriores, dentre as quais merece destaque o Código de Menores de 1979, que adota a chamada “Doutrina da Situação Irregular” e afirma em seu artigo 1º que aquele código tratava da “assistência, proteção e vigilância a menores”. O mencionado código descreve no art. 2º o que entende por menor em “situação irregular”: aquele que estivesse em falta, omissão ou impossibilidade dos pais; fosse vítima de maus tratos; corresse perigo moral; estivesse em desvio de conduta ou fosse autor de infração penal. Mais uma vez, em lugar da individualização, o trato genérico exclusivamente focado no adulto.

Com o já mencionado art. 227 da Constituição de 1988 e a adoção da política de proteção integral, muda-se por completo essa concepção que traz como marca: 1) a compreensão de que a violação de qualquer direito da criança ou do adolescente é de responsabilidade da família, da sociedade ou do Estado; 2) desaparecem as caracterizações ambíguas como “risco”, “perigo moral”, “situação irregular” que nelas permitiam o enquadramento de qualquer situação fora do padrão ditado pelos adultos; 3) as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos, e não mais meros problemas ou objetos à disposição dos adultos; e, por fim, 4) há uma forte atenção à garantia dos direitos, não se preocupando o legislador apenas com sua declaração.

Dentro dessa linha foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90), ato normativo que tem por pretensão detalhar toda a “política da proteção integral” – como anuncia já nos seus primeiros artigos – e o faz a partir de uma estrutura dividida em três sistemas de garantias: em primeiro, as políticas públicas de atendimento

(arts. 4^a a 87); em segundo, as medidas de proteção destinadas às crianças e aos adolescentes em situação de violação de seus direitos (arts. 98 a 101); e, por fim, um sistema que trata de medidas sócio-educativas aplicáveis a adolescentes em conflito com a lei. Os demais dispositivos tratam das estruturas que darão suporte a este sistema de garantias, como os Conselhos, a Justiça da Infância e da Juventude, as infrações administrativas e os crimes específicos, bem como suas penalidades.

De início, uma das características que pode ser percebida no trato do direito da infância e da juventude no Direito brasileiro é que, de uma concepção que nominalmente era protetiva, mas na prática era seletiva, já que deixava aos aplicadores da norma um largo espaço para, inclusive, escolher quem deveria se enquadrar nos seus conceitos, caminhou-se para a adoção de uma legislação que identificava melhor os casos que a ela deveriam se submeter, abandonando as denominações ambíguas e o espaço de escolha do aplicador da norma.

Agora, embora evidente a escolha desse caminho, há ainda um largo espaço de discricionariedade deixado ao aplicador da norma (seja na esfera administrativa, seja na esfera jurisdicional) quando se trata da implementação de qualquer dos direitos ali previstos. O que se vê é que, na aplicação concreta desses dispositivos, ainda persistem inúmeras possibilidades de interpretação, a exemplo, registre-se, do que ocorreu com a distribuição de remédios nos casos de portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida).

É bem verdade que, com a edição da Lei n. 9313/96 (que determina a distribuição gratuita de medicamentos), houve uma redução das decisões judiciais contraditórias, caminhando-se para uma uniformização. Mas é preciso recordar o que ocorria antes dela: de um lado, decisões determinando a concessão do remédio de forma gratuita a toda e qualquer pessoa que dele necessitasse; ao mesmo tempo, de outro, decisões negando essa possibilidade pelos mais diversos argumentos, os quais iam desde a falta de estrutura do Estado para atender a todos, até julgamentos morais relacionados aos portadores da referida síndrome.

É inegável que parte do problema foi resolvida, mas também é inegável que em muitas outras situações ele persiste, o que se dá pela existência de um ponto comum entre eles: a existência de “vazios” legislativos que possibilitam arbítrios jurisdicionais e tratamento desigual a situações semelhantes. Tanto isso é verdade que, na tentativa de resolver esse problema, o Conselho Nacional de Justiça editou a

Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, documento que apresenta várias medidas que devem merecer a atenção do juiz quando se depara com pedidos dessa natureza, tudo com o objetivo de evitar decisões conflitantes que importem em gastos inadequados ao Estado, seja com medicamentos ainda em fase experimental, seja com medicamentos de eficácia duvidosa ou destinados a pessoas em condições de arcar com seus custos.

É justamente aqui que se aplicaria a noção da estrita legalidade, agora redimensionada em face da dupla artificialidade proclamada por Ferrajoli, ou seja, em face do vínculo formal e do vínculo substancial, sempre tendo por parâmetro a Constituição Federal e a possibilidade de uso dos seus instrumentos de defesa, em especial, o controle de constitucionalidade.

A exemplo do que já ocorre com o Direito Penal, abre-se a possibilidade de construção de um sistema garantista de ordem social mais claro e aplicável com maior facilidade, evitando a contaminação de concepções pessoais, que estariam impedidas de invadir a esfera de atuação judicial como forma de limitar o exercício dos direitos fundamentais. Além disso, obrigaria de modo mais claro o administrador a implementar tais direitos.

Retomando o caso do direito da criança e do adolescente, foi justamente isso que ocorreu com a edição da Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009, com o objetivo de aperfeiçoar a sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes. Pela leitura dos seus diversos artigos, que promovem alterações substanciais no Estatuto da Criança e do Adolescente, o que se percebe não é uma mudança de concepção no trato da matéria como antes colocada, mas sim uma especificação dos institutos previstos, detalhando-os de modo mais claro, não só em relação aos procedimentos que devem ser adotados, mas também em relação às condições para a ocorrência de uma série de situações jurídicas.

Exemplo disso é o que diz agora o art. 19, § 2º: “A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária”. Antes dele, não havia qualquer prazo fixado para a busca de uma solução, abrindo-se um grande espaço de liberdade ao juiz para a escolha do destino a ser dado à criança naquela situação, sem qualquer justificativa. Isso agora não será mais possível diante da obrigatoriedade de justificar quando o prazo previsto for superado.

Outro ponto que igualmente demonstra a opção pelo detalhamento em lei com o objetivo de evitar manifestações contraditórias é o que trata da habilitação para adotar. Desde a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/1990), foi implantado na maioria dos juizados da infância e juventude espalhados pelo Brasil um sistema que dispunha que toda adoção deveria ser antecedida por uma habilitação prévia. Esta era feita por meio de um pedido assinado pelos próprios requerentes, em que, além de apresentar as características da criança ou adolescente por eles desejado, anexavam alguns documentos. Depois, os pretendentes eram submetidos a um estudo social e, com manifestação do Ministério Público, era prolatada uma decisão judicial declarando-os habilitados, ou não, ato que poderia merecer recurso à instância superior.

A lei determina os cuidados referentes à adoção em artigo específico em que se lê:

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

§ 1º O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do Juizado, ouvido o Ministério Público.

§ 2º Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.

Percebeu-se, no entanto, que, em inúmeras comarcas espalhadas pelo Brasil, tal procedimento era limitado à simples colocação do nome do interessado em um livro após contato com as assistentes sociais, o que era feito sem qualquer formalidade maior que permitisse conhecer mais o pretendente e, após isso, elaborar um juízo seguro sobre sua preparação para a responsabilidade de assumir uma criança ou adolescente.

A falta de uniformidade no proceder levou à necessária regulamentação de modo mais detalhado daquilo que antes já era a intenção do legislador, ou seja, uma avaliação preliminar do pretendente a fim de dar maior segurança às novas adoções. Para tanto, o legislador detalhou de modo mais claro o procedimento a ser seguido, reduzindo a possibilidade de dispensa do procedimento.

É o que se vê nos parágrafos e incisos incluídos no art. 50, da Lei 8069/90 a partir da Lei n. 12010/2009, merecendo destaque a

obrigatoriedade de “preparação psicossocial e jurídica”, agora prevista no novo parágrafo 3º, do art. 50, o que torna explícita a intenção da habilitação: preparar as pessoas para a adoção. É ali que está colocado:

A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

Além disso, o novo parágrafo 4º também trata e regulamentava algo que na prática já ocorre, mas que precisa ser organizado, o contato dos pretendentes com as crianças e adolescentes disponíveis para adoção:

Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

Com isso, evitam-se situações indesejáveis como, por exemplo, o contato com todas as crianças, inclusive aquelas não disponíveis para adoção, o que pode gerar sofrimento desnecessário aos pretendentes e às crianças, já que – caso haja interesse na adoção – essa seja obstada pela existência de vínculos com os genitores. Com a visita e o contato orientados, os encontros se darão somente com as crianças e adolescentes em condições de adoção.

Idêntica é a situação quando se trata do deferimento do pedido de adoção. Na redação anterior do Estatuto da Criança e do Adolescente, não havia qualquer menção expressa de que a adoção deveria ser deferida apenas a pessoas previamente habilitadas no cadastro de adoção. Havia a previsão desse cadastro em apenas dois artigos e nada mais. Tal situação gerou uma grande divisão na doutrina e na jurisprudência, havendo quem afirmasse a obrigatoriedade da inscrição

prévia, ao lado de outros que afirmavam ser ela desnecessária e mera formalidade. Com isso, admitiam-se adoções que, na maioria dos casos, acobertavam transações comerciais.

Com a nova lei, a situação aclarou-se. O parágrafo 13 do art. 50 afirma:

Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - quando oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

Com esse dispositivo, mais uma vez, limita-se a liberdade do julgador, de modo a obrigá-lo a seguir um critério mais claro, e menos pessoal, no deferimento das adoções, tornando explícita a necessidade de que o cadastro seja a principal opção para a aproximação de crianças e adolescentes e pretendentes, colocando a adoção direta (ou pronta) – aquela em que as pessoas já comparecem ao juizado com a criança ou adolescente que pretendem adotar – como uma exceção limitada à hipótese prevista no inciso III. Isso evita o comércio, a intermediação indevida e a exploração que poderá daí decorrer. Garante o direito à convivência familiar, já que é possível um trabalho com a família biológica para a recolocação da criança ou adolescente entre seus membros, além de aumentar as possibilidades de sucesso da adoção por força da preparação anterior já tratada, fundamental para evitar as devoluções.

Estes exemplos demonstram como é possível tornar a atividade jurisdicional mais democrática e menos pessoal, privilegiando a compreensão de que o fato de ser instrumento para a garantia de direitos fundamentais ou de agente político não autoriza qualquer agente do Estado a se arvorar em detentor de uma legitimidade inexistente em um sistema político em que a busca do equilíbrio no exercício do poder é uma das marcas fundamentais.

Evidentemente que haverá casos em que a estrita legalidade não será suficiente. Contudo, não se pode esquecer que hoje temos um sistema de controle de constitucionalidade bem desenhado, com imposição de respeito aos limites formais e materiais ditados pela Constituição, o que, por certo, contribuirá para impedir abusos legislativos ou, ainda, abusos nas decisões judiciais.

4.6 AS PECULIARIDADES DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO BRASILEIRO

4.6.1 PLANO GERAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:

Uma das marcas do chamado constitucionalismo moderno, que surge a partir dos Séculos XVII e XVIII, é aproximar controle de constitucionalidade e Constituição, vale dizer, considerar aquele como mecanismo de proteção e garantia da autoridade desta última. É a mais clara manifestação de supremacia associada a rigidez, elementos agregados ao conceito de constituição a partir dos movimentos liberais do século XVIII, os quais, a par de acentuar a distinção entre lei ordinária e lei constitucional, somente admitem sua modificação dentro de um processo preestabelecido e com limitação de matérias.

Eis o fundamento do controle de constitucionalidade, matéria que ganha importância pelo fato de que regular o poder será sempre a pretensão de uma Constituição. E se, no constitucionalismo clássico e de fundamento liberal, o interesse era regular apenas o poder estatal por meio da organização dos poderes políticos, no constitucionalismo moderno, percebe-se que a Constituição deixa de ser meramente política, passa a ser cada vez mais econômica e social.

Esse fato gera uma ampliação dos espaços de regulação previstos em uma Constituição e, conseqüentemente, uma ampliação dos espaços de conflito entre regulamentações ordinárias e regulamentações constitucionais. Daí a importância que ganha o controle de constitucionalidade, fundamental – como já dito – na defesa do texto maior, cuja pretensão é organizar todas as manifestações de poder.

Ressalte-se ainda, por trás de tudo isso, a preservação não só do texto maior do ordenamento jurídico, mas também da autoridade política da Constituição e do poder constituinte – limitando a atividade do

parlamento, cuja atenção maior no exercício de seu poder de legislar deverá ser o de não produzir atos viciados, formal ou materialmente.

Para sua execução, dois modelos foram pensados:

1) O sistema norte-americano, também chamado de incidental, indireto ou difuso, em que o Poder Judiciário, por intermédio de qualquer um de seus órgãos e em casos concretos, pode deixar de aplicar a norma que entender inconstitucional. Esse sistema está calcado na ideia de que, se é próprio da atividade judicial interpretar e aplicar a lei, nada mais lógico que o Juiz, diante de uma contrariedade entre a lei e a Constituição, proclame que esta última deva prevalecer em relação àquela. A questão é tratada como um incidente e poderá ser declarada a nulidade da norma em caso de contrariedade ao texto maior.

2) O sistema europeu, direto ou concentrado, em que se atribui o controle a órgãos especificamente criados para tanto, vinculados ou não ao Poder Judiciário, a quem compete o exame exclusivo da questão da constitucionalidade, tanto de forma preventiva, como de forma repressiva. A questão é tratada de forma especial que dispensa o caso concreto, limitando-se a declaração tão somente à anulação da norma.

Apesar das grandes diferenças entre os dois sistemas, não há dúvidas de que mais chama a atenção a que diz respeito aos efeitos da decisão, já que, no sistema indireto, seus efeitos ocorrem somente a partir de sua proclamação, ao passo que, no sistema direto, os efeitos se dão de modo retroativo, pois, para seus criadores, não há como admitir que uma lei que afrontava a constituição permaneça válida ainda que por um curto período. Tratar-se-ia de uma agressão à supremacia constitucional. Por esse motivo, para eles, uma decisão que reconhece a inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo deve ser considerada como decisão declaratória, e não constitutiva, em razão desse reconhecimento de uma determinada situação passada, sem a criação de absolutamente nada novo.

Já o sistema direto reconhece a anulação do ato apenas, posto que – apesar dos inconvenientes apontados pela doutrina norte-americana (produzir resultados e admitir a agressão da Constituição por um determinado tempo) – não permitia o “governo dos juizes”, já que entregava a terceiras e específicas pessoas a atribuição da chamada “legislação negativa”, ou seja, a atribuição de retirar do sistema algo que lá fora colocado pelo legislador. Até que essas pessoas se pronunciassem, ninguém poderia retirar os efeitos da norma.

4.6.2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO:

No Brasil, o sistema instituído com a Carta de 1891, a primeira republicana, por força da influência do direito norte-americano, foi o difuso, que permaneceu nas demais Constituições, apesar de uma crescente redução de seu espaço com a concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal. Isso porque, apesar de se manter fiel a essa origem, sob a égide da Constituição de 1946, em 1965, foi criada uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, de caráter genérico, que atribuiu competência ao STF para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, apresentada pelo Procurador Geral da República. Com ela, instituiu-se o controle concentrado de modo definitivo no sistema constitucional brasileiro, que, até aquele momento, incluía apenas a previsão da ação de inconstitucionalidade interventiva, introduzida em 1934.

Apesar de modificações pontuais, foi sob a Constituição atual que outras novidades foram introduzidas, dentre elas a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º), a ampliação do rol de legitimados ativos para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão (art. 103), a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação declaratória de constitucionalidade, a repercussão geral do recurso extraordinário e a súmula vinculante.

No que se refere à tese da nulidade, foi ela introduzida por Rui Barbosa no início da República, mas sempre mereceu temperamentos feitos pelo STF diante de determinados casos concretos (salário pago a mais com base em norma inconstitucional, aposentadoria etc.), estando hoje a situação prevista no art. 27, da Lei 9.868/99:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Assim, há previsão do controle via exceção, indireto ou difuso, e qualquer interessado poderá suscitar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo desde que imprescindível para o julgamento do caso concreto, o que poderá ocorrer em qualquer processo, seja de que natureza for, e em qualquer juízo (art. 97, 102, III, “a” a “c”, da CF). Não está previsto na constituição de modo expresso, já que decorre do próprio sistema normativo e tem tratamento em dispositivos do Código de Processo Civil.

Para os terceiros que tenham interesse na causa, registre-se que a declaração de inconstitucionalidade não anula e nem revoga a lei ou ato normativo, continuando ela teoricamente em vigor, eficaz e aplicável, até que ocorra o colocado no art. 52, X, da CF.

Também há previsão do controle concentrado, que pode ser exercido por meio de ações específicas, a começar pela ação direta de inconstitucionalidade. De competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, tem como único objetivo tirar do sistema jurídico norma que apresente incompatibilidade com a Constituição. Visa exclusivamente à defesa do princípio da supremacia da Constituição e também pode ocorrer nos Estados Membros, no caso, de competência dos Tribunais de Justiça dos Estados. Seu objetivo será, então, a defesa da Constituição Estadual.

Aqui, diferentemente do controle difuso, tem-se que o objeto da demanda é especificamente o exame da constitucionalidade do ato normativo, e a decisão nela tomada terá eficácia *erga omnes* (genérica e obrigatória), nos termos do parágrafo 2º, do art. 102, da Constituição Federal:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Essa ação, como já dito em capítulo anterior, possui também sua versão para a modalidade de omissão, ou seja, quando a inconstitucionalidade se dá pela falta de lei ou ato normativo, o que impede a realização da Constituição Federal. Criação da década de

setenta em outros países, no Brasil foi prevista apenas na Constituição de 1988. Há uma inconstitucionalidade por omissão quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das atividades exigidas pela Constituição. É modalidade de ação genérica de controle de constitucionalidade, através da qual, em tese, verifica-se a inércia legislativa ou administrativa no cumprimento das determinações positivas do texto constitucional.

Outra das ações típicas do sistema de controle de constitucionalidade é a ação declaratória de constitucionalidade. Incluída no sistema brasileiro em 1993, por uma emenda à Constituição, serve como o outro lado da ação direta de inconstitucionalidade, já que a proclamação da compatibilidade do ato normativo com a Constituição faz nascer a mesma vinculação que existe para aquela ação, quando julgada procedente.

Há, ainda, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Prevista na Constituição da República, no parágrafo 1º do art. 102, sua regulamentação, confiada ao legislador ordinário, somente ocorreu em 1999 com a Lei n. 9.882. Trata-se de instituto mais amplo que a ação direta de inconstitucionalidade, já que o próprio artigo 1º da mencionada lei tratou de alargar a competência do Supremo Tribunal Federal ao dizer que o objeto daquela Arguição será “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do poder público”, completando o parágrafo único – e aí reside a ampliação – que ela caberá também “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à constituição”.

Assinale-se, por fim, a ação de inconstitucionalidade interventiva, que poderá ser federal, por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (arts. 36, III, 102, I, a, e 129, IV), ou estadual, de competência do Procurador Geral de Justiça do Estado. São assim chamadas porque se destinam a promover a intervenção federal em Estados ou do Estado em Município, conforme a hipótese. É apontada como instrumento pertencente mais ao sistema de controle do sistema federativo do que ao sistema de controle de constitucionalidade propriamente dito.

4.6.3 AS TÉCNICAS DE DECISÃO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A ABERTURA DO PROCESSO DE DISCUSSÃO DA COMPATIBILIDADE FORMAL E MATERIAL DA NORMA

Estabelecido o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, importantes alterações foram produzidas por pequenas reformas posteriores, dentre as quais a edição da Lei n. 9.868, de 11 de novembro de 1999, que trata do “processo e julgamento da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, e a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, a chamada “Reforma do Poder Judiciário”, ato que, além de tratar de uma série de questões relacionadas com a estrutura do Poder Judiciário, incorporou na Constituição alguns dos comandos previstos em lei e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal relacionados ao processamento e julgamento das ações específicas do controle de constitucionalidade.

Das novidades apresentadas pelas alterações acima referidas, um primeiro destaque é de ser dado às novas técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. Na Lei n. 9.868/99, foram previstas modernas técnicas de decisão constitucional, com o objetivo de otimizar essas decisões, possibilitando ao órgão julgador ir além da mera declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, de modo a afastar ou privilegiar interpretações que ainda possam resultar do comando normativo em discussão.

São duas as situações. De um lado, a chamada “interpretação conforme a Constituição”, que consiste na declaração de constitucionalidade da lei, desde que seja interpretada de uma determinada e específica forma, ou seja, será constitucional com a interpretação que o Supremo lhe der. Ocorre quando o Supremo Tribunal Federal afirma que determinado ato será constitucional “desde que interpretada no sentido tal”⁵³. De outro, a “declaração de nulidade

⁵³ Exemplo de uma dessas situações pode ser visto no seguinte julgado: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. EXECUÇÃO CONTRA FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.180-35/2001. Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que disciplina a fixação de honorários advocatícios devidos pela Fazenda Pública em execução de sentença.

sem redução de texto”, hipótese em que a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo é reconhecida sem alteração do texto. Não se dá, como nas decisões tradicionais, a supressão de qualquer das expressões do texto. Há, apenas, a supressão de uma das suas possibilidades interpretativas⁵⁴.

Constitucionalidade declarada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, com interpretação conforme de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa, excluídos os casos de pagamentos de obrigações definidas em lei com de pequeno valor. Agravo regimental não provido. Decisão: A turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário nos termos do voto do relator” (RE-AgR 412.134/RS, relator Ministro Eros Grau, julgado em 29.06.2005).

⁵⁴ Exemplo: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: REAJUSTE: 3,17%. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001. PARCELAMENTO DOS ATRASADOS: MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.225-45/2001, ART. 11. I. - O direito dos servidores ao índice residual de 3,17% foi reconhecido pela Administração: Medida Provisória 2.225-45/2001. II. - Parcelamento dos valores devidos até 31.12.2001, que passam a ser considerados passivos: Medida Provisória 2.225-45/2001, art. 11. Esse parcelamento, assim previsto, se for considerado de aceitação compulsória por parte do servidor público, é inconstitucional. É que dependeria ele do assentimento do servidor. No caso, incorre a anuência do servidor. III. - Declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do art. 11 da Medida Provisória nº 2.225-45/2001, mediante interpretação conforme, de modo a excluir do seu alcance as hipóteses em que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a aceitar o parcelamento previsto. IV. - Recurso extraordinário conhecido e improvido. Após o voto do Relator, que conhecia do recurso e lhe dava provimento, nos termos do seu voto, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Britto. Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 25.03.2004. O Tribunal, por decisão unânime, conheceu do recurso e negou-lhe provimento para dar interpretação conforme e declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 11 da Medida Provisória nº 2.225-45, de 04 de junho de 2001, **de modo a excluir do seu alcance as hipóteses em que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a aceitar o parcelamento previsto no dispositivo.** Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Retificou o voto proferido anteriormente o Senhor Ministro Carlos Velloso, Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 31.03.2004” (RE-AgR 399.249/DF, relator Min. Carlos Brito).

As duas técnicas decorrem do texto colocado no art. 28, da Lei n. 9.868/99:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

São institutos com enorme semelhança, havendo até mesmo quem afirme que são idênticos. Gilmar Mendes, porém, destaca:

[...] enquanto na interpretação conforme a constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa no texto legal. Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (MENDES, 2004, p. 54).

Outra questão que pode ser extraída do dispositivo acima mencionado é o efeito vinculante das decisões lançadas em controle de constitucionalidade, previsão incorporada à Constituição Federal quando da Emenda n. 45/2004, que incluiu o parágrafo 2º, no art. 102, com a seguinte redação:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Trata-se de importante reforço à autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, potencializadas ainda pelo colocado no artigo 103-A, também introduzido pela Emenda n. 45/2004, em que está prevista a edição de súmulas com efeito vinculante:

O Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmulas que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, e – até o final do ano de 2010 – possibilitou a edição de 31 Súmulas que tratam de questões importantes e se concretizaram como resultado de amplo debate na Suprema Corte Brasileira. Dentre os aspectos enfocados, podem ser citados: taxa de juros bancários (Súmula n. 07), impossibilidade de contratação de parentes no âmbito da administração pública (Súmula n. 13) e possibilidade de acesso a documentos durante investigação policial (Súmula n. 14).

Como se percebe, é possível identificar em todas essas alterações, a construção de um sistema articulado com a concentração de poder no Supremo Tribunal Federal em questões que digam respeito à Constituição e sua interpretação. Em outras palavras, há um claro reforço da autoridade do Supremo Tribunal Federal, transformando-o em uma autêntica corte constitucional, sem que isso importe em abandono do sistema de controle difuso, cuja marca é a existência de esferas de controle pulverizadas no sistema judicial.

Ao lado dessas alterações, que, como já dito, reforçam a autoridade da Suprema Corte Brasileira, há também um claro movimento de abertura das decisões, o que pode ser lido como necessidade, ainda que tímida, de busca de legitimidade dessas manifestações. É o que se extrai do parágrafo 1º, do art. 9º, da mencionada Lei 9.868/99:

Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos

autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Além disso, há também a figura do “*amicus curiae*”, prevista no art. 7º, parágrafo 2º, da Lei n. 9.868/99, modalidade de inclusão no processo de outros interessados naquele julgamento, os quais poderão se manifestar a respeito do tema em debate, oferecendo assim mais elementos para o Tribunal solucionar a questão. Com isso, há uma pluralização do debate, possibilitando ao Tribunal:

dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. (ADI-MC 2321/DF, relator Min. Celso de Mello, julgada em 25.10.2000).

4.6.4 ESTRITA LEGALIDADE E CONTROLE DA ATIVIDADE LEGISLATIVA: O JUIZ CONSTITUCIONAL DENTRO DOS PARÂMETROS DO GARANTISMO

Como já destacado anteriormente, a previsão de inúmeros direitos nas Constituições editadas dentro da compreensão de um Estado Democrático de Direito em substituição a um Estado Legislativo de Direito, por si só, não resultou na concretização desses direitos. As consequências disso são negativas, e não se limitam à manutenção de um quadro de desigualdade e barbárie social. Atingem também um dos elementos mais preciosos na construção de qualquer democracia: a confiança política no constitucionalismo ou, em outras palavras, a confiança na força política e transformadora de uma Constituição.

Isso porque inserir em um texto constitucional qualquer pretensão não é, e nunca foi, tarefa que possa ser classificada como simples. A

história constitucional o demonstra com clareza, a começar pelos revolucionários franceses. Foram eles, afinal, que bem desenvolveram a técnica de colocação de determinada categoria de direitos em um texto protegido pela supremacia e pela rigidez. A técnica foi repetida pelos devotos do Estado Social e chegou intacta e aprimorada ao Estado Democrático de Direito, imprimindo consequências na Teoria do Direito e na Teoria do Estado.

A supremacia e a rigidez constitucional são elementos de proteção indispensáveis contra as maiorias eventuais e, nessa perspectiva, conferem adequada proteção ao núcleo central de qualquer Constituição, os direitos e garantias fundamentais. Ora, vencida a luta pela inclusão de uma pretensão em um texto, o que se espera é sua plena realização. Se não ocorre, há evidentemente o descrédito e a busca de caminhos alternativos, até porque a necessidade não desaparece. O direito é produto da realidade, e não o contrário.

No caso Brasileiro, como demonstrado, a declaração de direitos inserida na Constituição de 1988 foi a maior de sua história, com o detalhe de que – pela primeira vez – não se limitou a mera declaração. Fez-se acompanhar de uma série de mecanismos de concretização, os quais, além de não produzir o efeito esperado, também desencadearam grande frustração e, paradoxalmente, transformaram-se em elementos legitimadores do discurso de enfraquecimento do Poder Judiciário. Isso porque, foi justamente a partir de uma atuação quase isolada do Poder Judiciário na busca pela concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República, utilizando-se dos mecanismos por ela previstos, que se instalou um debate centrado nos limites dessa atuação.

Olhando este cenário com a distância necessária, especialmente se recordado que já se foram mais de vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, é possível afirmar que não havia caminho diferente a ser trilhado. Afinal, ao recusar a normatividade regulamentadora – manifestação da estrita legalidade – os demais poderes do Estado (legislativo e executivo) deixaram um espaço aberto para a atuação judicial. Foi, recorde-se, justamente o que ocorreu com o devido processo legal e a construção do devido processo material ou substancial. Percebendo a impossibilidade de realização dos valores apenas pelos caminhos do processo formal, mecanismos de justificação atuaram para a construção de um caminho alternativo quando a compreensão reinante era a de que as garantias processuais, por si só, mostravam-se insuficientes, já que a injustiça poderia ser apenas transportada pelo processo. As garantias eram, então, insuficientes.

Porém, percebida esta situação, não há como deixar de reconhecer que outros problemas surgiram, desta vez relacionados à falta de limites claros para a atuação judicial, à falta de clareza a respeito da legitimidade dessa atuação e, por fim, à falta de organização interna – situações que geraram insegurança jurídica, especialmente pelo fato de inúmeros terem sido os entendimentos dotados de alta carga de pessoalidade em detrimento de manifestações pautadas em um único entendimento.

Daí mais um paradoxo: a pretensão de realização dos direitos sociais por meio de manifestações exclusivas de alguns magistrados resultou – no lugar de uma prática ampliada – em discursos de supressão desses direitos, a ponto de se temer uma nova Constituição em que se dê a supressão dos direitos sociais hoje reconhecidos.

Daí que, ainda que se admita a importância da pressão exercida por meio de decisões judiciais que impõem a realização de direitos sociais por parte dos entes públicos (e também privados), como é o caso daquelas já mencionadas, que dizem respeito – por exemplo – ao fornecimento de medicamentos de alto custo, inegável é que a regulamentação legal e a exaltação do que de melhor há no princípio da legalidade aponta o caminho mais seguro para a resolução dos problemas suscitados.

É preciso recordar que, das vantagens que o princípio da legalidade oferece, redescoberto em meio à estrita legalidade proclamada por Ferrajoli, a mais evidente é a uniformização das situações em que poderá ser fornecido, já que a previsão constitucional de Direito, especialmente aqueles que exigem prestações positivas (educação, saúde, etc.), não alcança todas as hipóteses para seu exercício. Trata-se de uma impossibilidade técnica insuperável. O longo caminho entre a previsão abstrata e a realidade do Direito tem sido marcado por uma série de detalhes que, caso não observados atentamente, podem resultar na criação de situações de concessão em casos inadequados ou de negativa em casos merecedores.

É evidente que isso não significa alijar o Juiz de sua missão de “dizer o direito” e levá-lo a reincorporar o modelo do juiz típico do Estado Liberal ou do Estado Legislativo de Direito. Isso porque, paralelamente à proclamação da necessidade de resgate do princípio da legalidade (estrita legalidade), há que ressaltar a existência e a utilização dos mecanismos de proteção da Constituição, alimentados pelo repúdio ao arbítrio do poder, já que nada mais verdadeiro do que a clássica afirmação de que “só o poder controla o poder”.

Aqui surge outra das conclusões apresentadas por Ferrajoli, esta em relação à dupla artificialidade dos sistemas constitucionais atuais, já que, se, de um lado, há a adequação formal, de outro, há a adequação substancial. Assim, como lembra Rosa, “*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 a Constitucional*” (ROSA, 2002, p. 111).

Com esse entendimento, é possível perceber um novo espaço de resistência constitucional⁵⁵ em que os problemas antes suscitados, se não desaparecem por completo, ao menos diminuem consideravelmente. Afinal, a legitimidade da atuação judicial será entendida não mais apenas e tão somente como decorrente do sistema de tripartição de poderes, mas sim como garantidora das promessas inseridas na Constituição e não cumpridas; a segurança jurídica será privilegiada, visto que o sistema de controle de constitucionalidade atual é dotado de elementos de concentração de poder no Supremo Tribunal Federal, órgão que assume funções de Corte Constitucional, privilegiando uma visão de que a Constituição é o que a Suprema Corte diz que ela é; e, por último, mais claros e resolvidos estarão os limites da atuação judicial, já que a responsabilidade pela atuação estará pulverizada nos demais órgãos de manifestação do poder do Estado.

⁵⁵ Como afirma Alexandre Moraes da Rosa (2002, p. 152): “O papel da jurisdição Constitucional e da sujeição do juiz à lei, na percepção apresentada, confere mecanismos de resistência constitucional desde o ponto de vista interno do Direito. O controle difuso de constitucionalidade, assim, ganha proeminência, posto que o sistema brasileiro possibilita o controle incidental e difuso. Isso porque a sujeição à lei deixa de ser formal para a ser também material, nos exatos termos da normatividade constitucional.

CONCLUSÃO

Como se viu pelo exposto durante todo o texto, não há dúvidas de que há um conjunto de mudanças em andamento, as quais precisam ser examinadas com atenção e, em muitos casos, exigem novas formulações e explicações teóricas para que se dê sua exata compreensão. O Direito, como produto da realidade social, é dinâmico e, desta forma, exige igual dinamismo daqueles que se dedicam ao seu estudo.

Mas, se por um lado temos a necessidade constante de olhar para frente e procurar compreender o que ocorre para melhor contribuir para a construção de um sistema jurídico mais justo, não há como deixar de lado o estudo dos institutos desde o seu surgimento. Com isso, temos condições de compreender melhor as bases de seu surgimento e, a partir daí, a necessidade ou não de reformulações.

Por este motivo, é que fundamental foi compreender de modo adequado como se deu o surgimento do monopólio da produção do Direito, elemento fundamental para a sedimentação do positivismo jurídico em substituição ao direito natural.

O que se percebeu é que este processo de substituição da concepção de direito surgida junto com a percepção filosófica se deu em função de um esgotamento motivado – especialmente – pela estatização do poder, o qual é compreendido como uma manifestação da soberania, bem servindo aos interesses dos monarcas absolutistas na disputa de poder com os senhores feudais. O direito natural passou por diversas fases, mas em suas últimas formulações já se via uma aproximação do racionalismo, abandonando uma concepção puramente teológica para ser compreendido algo que decorre de uma ordem de valores conhecíveis através da razão e, ainda, como um espaço de crítica do direito estatal, privilegiando a idéia de que “*lex injusta non est lex*”.

Vencida esta etapa, em meados do Século XIX surge o direito positivo que, além de pretender afastar todo e qualquer aporte metafísico do direito, se coloca como manifestação da soberania estatal na medida em que há o já mencionado monopólio de sua produção. Por trás de tudo, a idéia do contrato social defendida por autores como John Locke (1632-1704) e Jean Jacques Rousseau (1712-1778), que sustentam ser o Estado e suas instituições o resultado da vontade dos homens, de forma que Estado e Direito não existem por obra de Deus ou dos costumes, mas sim como produto de seres racionais que atuam guiados por seus interesses.

Sedimentado o positivismo jurídico, diversas são as fases pelas quais passa e significativas são as contribuições de três teóricos para sua compreensão: Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio.

O primeiro, autor da “teoria pura do direito” deu grande contribuição para sua consolidação e compreensão, já que foi ele que – ao sustentar ser o sistema jurídico um sistema dinâmico, já que as normas tem sua validade determinada pelas sucessivas delegações de poder, contaminação dos fatos ao afirmar que de algo que é não poderá decorrer algo que deve ser e, de algo que deve ser, não poderá decorrer algo que é. Além disso, oferece a compreensão do sistema jurídico em forma de pirâmide e hierarquizado, o que também contribuiu para a formação de um raciocínio jurídico.

O segundo (Hart), foi quem – além de oferecer uma discussão a respeito do conceito de direito – contribuiu para consolidar o positivismo na medida em que o desvincula da coatividade, tida como inerente a ele. A seu ver, as normas não possuem a coatividade como elemento identificador, dividindo as normas em dois tipos: normas primárias, que são as que prescrevem determinados comportamentos e normas secundárias, que poderão ser de reconhecimento, de mudança e de adjudicação.

O terceiro e último autor (Bobbio) foi quem identificou as três formas pelas quais o positivismo jurídico se apresentou desde o seu surgimento. Para ele há um positivismo como abordagem ou modo de se aproximar do direito, um positivismo como teoria, onde o fenômeno jurídico se identifica com a formação de um poder soberano como capacidade para exercer a coação (O Estado) e, por fim, o positivismo como ideologia, que é de onde resulta o fetichismo em relação à lei, já que é onde se identificam os adoradores da lei, qualquer que seja ela.

São três formas independentes entre si, de modo que ser positivista em um dos sentidos não importa em sê-lo no outro. Mas, uma coisa é fato: a de maior aceitação é a primeira, que fala do positivismo como enfoque ou modo de aproximação do direito, já que é nesta forma de compreender o positivismo jurídico onde as divergências com o direito natural ficam mais evidentes, já que suas teses centrais podem ser apresentadas em apenas duas: a tese das fontes sociais do direito e a tese da separação entre direito e moral.

E justamente aqui é que a situação assume um aspecto interessante: em tempos de constitucionalismo forte e com normas que traduzem valores morais, surge uma enorme dificuldade em compatibilizar essas características com uma concepção de direito fundada na separação entre direito e moral. E é justamente aí que

surgem os debates a respeito da possível superação do positivismo e surgimento de uma nova forma de compreender o direito, um novo paradigma: o constitucional.

Não se desconhece a existência de formulações que procuram fugir da polarização gerada pela incorporação e inclusão de valores morais nos textos constitucionais com a intensidade que ocorreu a partir da segunda metade do século passado. Um desses foi Herbert Hart e a sustentação de que existe um positivismo brando ou incluyente, onde há a sustentação de que haveria um conteúdo mínimo de direito natural em cada sistema normativo. Mas o fato é que não há como desconhecer que o protagonismo social, político e, no caso, principalmente o jurídico provocaram abalos na forma de compreender, o que pode ser facilmente verificado nos conflitos de princípios constitucionais, vale dizer, em conflitos de valores inseridos nas Constituições.

Com um quadro desses, claras são as dificuldades do positivismo jurídico, de modo que sua superação se mostra evidente e necessária, mas não como um de debilitamento, mas sim como um reforço e uma superação, já que o sistema estará protegido não só pela construção formal, mas também pelas vinculações substanciais, admitindo-se a vinculação entre o direito e a moral, a qual está positivada no sistema jurídico através das Constituições, democraticamente constituídas.

Paralela as transformações ocorridas na forma de compreender o Direito, e que deságuam na defesa da emergência de um novo paradigma, o constitucional, em substituição ao positivismo jurídico, é preciso examinar o processo de criação e sedimentação de um novo constitucionalismo, vale dizer, de uma nova forma de ver e compreender a Constituição. E, para tanto, é preciso examinar os conceitos fundamentais da grande estrutura que está por trás desse documento: o Estado de Direito.

Sua exata compreensão passa pelo reconhecimento de que seu ponto fundamental reside no poder, elemento que une as duas expressões que lhe dão origem, o que se evidencia ao se examinar o poder político. Se para os adeptos do direito natural o elemento central do direito era a justiça, para os juspositivistas será a coação, manifestação do poder estatal, resultado de sua soberania e decorrente do pacto social.

Afinal, se os homens – ao reconhecer que no estado de natureza a vida organizada é impossível (*homo hominis lupus*) – abrem mão de sua autonomia para reconhecer um estado de sociedade civil com limitações, só coação basta para justificar o poder do estado, organizado sob a forma de “Estado de Direito”. Assim, Estado e Direito se tornam

inseparáveis com ênfase especial para a importância que assume o império da lei, já que para que ocorra o Estado de Direito, fundamental será que o poder esteja submetido ao Direito, o que somente poderá ocorrer se houver um Estado onde esse mesmo poder esteja regulado e controlado por lei.

É a compreensão de que, melhor que o governo dos homens, será o governo das leis, o que também serve de combustível para a sedimentação do direito positivo, o que também se dá a partir de Hans Kelsen que, com sua teoria pura do direito, afasta a compreensão sociológica do Estado, privilegiando o olhar jurídico sob ele: é o Estado como órgão de produção jurídica.

Outro aspecto importante que merece destaque é a distinção entre estado de direito e estado liberal, já que o primeiro se apresenta como gênero, ao passo que o segundo é espécie. O liberalismo, conjunto de idéias que sustentou o Estado Liberal, adotou com todas as suas forças a idéia de império da lei, introduzindo uma nova compreensão de Constituição, já que foi com um dos seus principais teóricos, Emmanuel Syciès, que se consolidou que sem constituição não há estado, ou seja, para a existência do Estado, há a necessidade de elaboração de um documento onde este, o Estado, esteja organizado, pelo menos, em dois aspectos: declaração de direitos e separação de poderes.

Além disso, é esse o documento que expressará o império da lei, já que tudo estará submetido à Constituição, lei maior do Estado.

Mas, apesar dos avanços que o liberalismo – o Estado Liberal – trouxeram para as sociedades modernas, especialmente se comparados com o absolutismo – graves problemas sociais ocorrem após alguns anos, o que levou ao seu esgotamento como fórmula política. A opressão, que antes era política, foi resolvida, mas transformou-se em opressão social, claro resultado do individualismo levado a extremos.

Com o objetivo de superar as dificuldades apresentadas pelo Estado Liberal, surge como alternativa o modelo do Estado de Direito Social, formulação que intenta adaptar as bases do Estado Liberal para nele incluir os direitos sociais revisando os dois pontos principais sobre os quais se assentava o liberalismo: o individualismo e o abstencionismo do Estado. Para tanto, sustentou-se que um Estado deveria ser intervencionista e ativo, com um poder executivo forte, bem administrado tecnicamente, tudo com o objetivo de bem controlar a atividade econômica e social e construir um estado de bem estar social (*welfare state*).

Contudo, isso não foi suficiente, já que – passados alguns anos de sua implementação – duas reações foram mortais para essa forma de

manifestação do Estado de Direito: de um lado a reação marxista, a qual proclamou seu o Estado um instrumento de dominação e a necessidade de uma ditadura do proletariado; de outro, o Estados Totalitários, que transporta o poder para uma elite que se sobrepõe à massa, e não mais uma classe social.

Com isso, evidencia-se a fraqueza teórica de suas bases, deixando claro que o estado social não era superação alguma do estado liberal, mas sim um ideário onde os defeitos do estado liberal ficaram apenas disfarçados, o que se deve à fungibilidade ideológica própria e típica do Estado de Direito decorrente de sua adesão ao positivismo jurídico com a redução do Direito à lei. Em uma frase: o Estado de Direito torno-se, a partir daí, em uma fórmula vazia, aplicável a todo e qualquer Estado.

Assiste-se então ao esgotamento do Estado de Direito, o que dá espaço para o surgimento de uma nova concepção onde, além da vinculação formal, o Estado de Direito poderia oferecer uma vinculação substancial ao exercício do poder.

Daí decorrem duas formas de compreender o Estado de Direito: em sentido fraco (apenas formal) e em sentido forte (também substancial), visão que possibilita privilegiar o segundo em detrimento do primeiro, de onde resultam importantes mudanças: 1) existência de um estado legislativo de direito com monopólio estatal da produção do direito e princípio da legalidade como regra de reconhecimento; 2) a jurisdição é exercida mais como resultado da interpretação das leis, em substituição a uma prática jurisprudencial; 3) a adoção de um constitucionalismo rígido e, por fim, 4) a subordinação das leis às normas constitucionais, as quais ditarão a validade das normas.

Surge o chamado “novo constitucionalismo” (ou neoconstitucionalismo), teoria que tem como objetivo principal proporcionar cobertura teórica, conceitual e normativa a esse processo de crescente importância do texto constitucional e das normas nele inseridas. Trata-se de uma palavra (“neoconstitucionalismo”) que tem sido empregada em variados sentidos e aplicada de modo um tanto confuso, apesar do claro objetivo de indicar distintos aspectos de uma possível nova cultura jurídica. Mas, apesar disso, pode-se dizer que são três as designações principais para o termo: 1) constitucionalismo como um certo tipo de Estado de Direito; 2) constitucionalismo como Teoria do Direito que serve para explicar esse novo modelo; e 3) constitucionalismo como ideologia que irá justificar ou defender a fórmula política assim designada.

Das três, a que chama a atenção é a primeira delas, qual seja, o constitucionalismo compreendido como um modelo de Estado de

Direito em sentido forte ou substancial (para usar as palavras de Luigi Ferrajoli). É nela que se evidencia a centralidade da Constituição como resultado da convergência de duas tradições jurídicas: 1) a que a vê como regra do jogo social e político, já que guarda o acordo de mínimos que permitem assegurar a autonomia dos indivíduos a fim de construir (e garantir) um espaço democrático e igualitário e, 2) a que a vê como a encarnação de um projeto político bem articulado ou, em outras palavras, como programa diretivo de uma empreitada que visa à transformação social e política.

Todos esses movimentos também surtiram seus reflexos no Brasil, de modo que aqui também se viu a implementação de um estado de direito e a clara transposição do modelo do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito. É o que se vê pelo simples exame dos textos constitucionais outorgados ou promulgados a partir da Independência, em 1822. Da mesma forma, percebe-se a substancial diferença da Constituição de 1988 para as demais, especialmente no que toca a um dos principais elementos, os direitos fundamentais, que a marcam como uma típica Constituição do Estado Democrático de Direito.

Esta categoria de direitos se apresenta, sem dúvida alguma, como o elemento central desta nova modalidade de compreender o Estado. Assim como se deu com as demais estruturas do Estado, os direitos fundamentais também tiveram uma rica construção histórica, resultado de lutas e revoluções, as contribuíram para a construção de uma compreensão de direitos que podem ser entendidos em gerações, ou dimensões: 1) *direitos de primeira geração*: são os direitos de defesa, que demarcam uma esfera de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia do indivíduo; 2) *Direitos de segunda geração*: são aqueles que foram reconhecidos a partir das doutrinas socialistas e dos movimentos ocorridos no século XIX, dos quais resultaram amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social; 3) *direitos de terceira geração*: são os direitos que se desprendem da figura do indivíduo, calcados na fraternidade e na solidariedade e inseridos como direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à comunicação e, por fim, 4) *Direitos de quarta geração*: são aqueles ligados à democracia, à informação e ao pluralismo.

No caso do Brasil, o desenvolvimento dos direitos fundamentais não se deu de forma diversa do que ocorreu com as Constituições. Em um primeiro momento, surgiram as declarações típicas do liberalismo,

refletidas diretamente nas duas primeiras Constituições (1824 e 1891). Às posteriores, agregaram-se os postulados do Estado Social e Constitucional de Direito, chegando-se hoje à mais extensa declaração de direitos já feita em um documento desse porte no País.

Ao lado deles, ainda como característica do constitucionalismo contemporâneo, constata-se a incorporação de uma série de mecanismos de concretização desses direitos, já que se chega à conclusão de que o problema destes tempos está em como juridicizar o Estado Social, para usar a rica expressão de Paulo Bonavides.

Se a carência maior não é a declaração de direitos, mas sim a necessidade de sua concretização, de torná-los realidade, andou bem a Carta de 1988 ao prever uma série de mecanismos com essa finalidade, dentre eles a declaração de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º), o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

Mas, apesar dessas transformações, seja na teoria do direito com o pós-positivismo e o surgimento de um novo paradigma, o constitucional, seja na teoria do Estado com a adoção de um Estado Constitucional de Direito e os direitos fundamentais alçados a núcleo central das Constituições, ainda ecoa de modo forte as palavras de Paulo Bonavides quando diz que não basta declarar direitos, mas é preciso torná-los realidade.

Tal é, sem dúvida alguma, o ponto fundamental para a superação final das antigas estruturas do Direito e do Estado – que ainda privilegiam antigas técnicas –, e se mostram totalmente inadequadas para fazer frente a este novo desafio. O pensamento que proclama uma compreensão do sistema apenas e tão somente pela vinculação formal do conjunto normativo, já não tem mais lugar no pós-positivismo e no Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Por esta razão, largo é o espaço para aplicação das idéias do Professor italiano Luigi Ferrajoli expostas inicialmente em **Diritto e Ragione**, obra publicada na Itália em 1989 e traduzida para o espanhol em 1995 e que, desde então, tem sido protagonista de grandes discussões.

Em seu trabalho, há o reconhecimento de uma crise vivida pelo Direito, a qual se manifesta como crise da legalidade em face da fraca vinculação de todos ao determinado pelo sistema normativo, como crise estrutural do Estado de Direito, o qual enfrenta dificuldades para fazer frente às novas funções a ele atribuídas, principalmente relacionadas aos

direitos sociais e, por fim, uma crise do Estado Nacional, a qual se manifesta no deslocamento dos lugares da soberania.

Como disso pode decorrer um risco para a democracia, especialmente em função do baixo valor vinculante dado à lei, há necessidade de resgatar o princípio da legalidade, não só no aspecto formal, mas também no aspecto material ou substancial. É a manifestação da dupla artificialidade dos sistemas atuais, a mais importante conquista do Direito contemporâneo e onde o garantismo encontra seu espaço de desenvolvimento, já que ele (o garantismo) se opõe frontalmente ao modelo paleopositivista, na medida em que se apresenta como uma garantia diante do Direito ilegítimo. E nessa construção as Constituições são fundamentais, já que é na sua primazia como sistema de limites e vínculos para a maioria que deve ser reconhecida uma das suas dimensões essenciais, não menos importante que sua dimensão política. É o que Ferrajoli chama de dimensão substancial da Democracia, em contraposição à dimensão meramente formal, constituída precisamente pelo princípio da maioria.

Como se vê, as mudanças sustentadas pelo Garantismo levam necessariamente a um confronto direto com a concepção de Direito sustentada pelo positivismo clássico, diferença essa que pode ser percebida nos seguintes planos: 1) no plano da Teoria do Direito, em que se faz necessária uma revisão da concepção de validade das normas jurídicas, que decorre da diferenciação que é feita entre validade e vigência; 2) no plano da teoria política, já que agora se postula o reconhecimento da dimensão substancial da Democracia, não sendo mais suficiente apenas sua compreensão no plano formal; 3) no plano da teoria da interpretação e da aplicação da lei, vez que agora se impõe ao juiz uma nova postura, com a redefinição do seu papel, e, ainda, das condições para que se dê sua vinculação; e, 4) no plano da ciência jurídica, que se afasta de uma postura meramente descritiva do sistema, para assumir uma postura crítica em relação ao seu objeto.

Além dessa nova compreensão – que em boa parte está centrada na concepção substancial da democracia – Ferrajoli apresenta ainda um conceito de direitos fundamentais que também merece nossa atenção.

Segundo ele, especialmente em face da dificuldade de identificação de um fundamento único para os direitos fundamentais, o melhor a fazer é utilizar uma definição meramente formal ou estrutural: são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondam universalmente a todos os seres humanos dotados de *status* de pessoa, de cidadão ou de pessoa com capacidade civil, entendendo-se por direito subjetivo qualquer expectativa positiva ou

negativa adstrita a um sujeito por uma norma jurídica e, por *status*, a condição de um sujeito prevista por uma norma jurídica positiva como pressuposto para ser titular de situações jurídicas.

Como se percebe, trata-se de uma definição puramente teórica, não dogmática, que faz referência ao direito positivado, mas que o dispensa, já que não há referência a um sistema específico. Em outras palavras, a existência ou o reconhecimento de um determinado direito fundamental por um determinado e específico sistema jurídico é condição de vigência ou existência naquele ordenamento jurídico, no seu interior, mas nada diz em relação ao significado do conceito de direitos fundamentais. Pertence à teoria geral do direito e, na medida em que não depende de bens e valores, apresenta-se como neutra e vale para qualquer sistema, residindo aí sua grande vantagem.

Como demonstrado, dessa visão decorrem transformações radicais na compreensão do que é um Estado de Direito, ou ainda e de modo mais específico, um Estado Legislativo de Direito. A inserção da expressão que remete a democracia põe em destaque o aspecto que antes faltava: a Constituição agora vincula a todos (Estado e sociedade) para a realização dos direitos fundamentais, e retira da maioria o direito de suprimir esses direitos, cláusulas constitucionais protegidas pela rigidez constitucional.

Diante disso, impõe-se ainda analisar o reflexo dessas alterações na atividade jurisdicional, ou seja, na forma de atuar do juiz, detentor de parcela do poder do Estado e que se manifesta através do ato de “dizer o direito”. São mudanças que se manifestam em vários planos e podem ser analisadas dentro da separação tradicional que é feita por FERRAJOLI quando trata da dupla artificialidade típica do neoconstitucionalismo: ao lado das vinculações formais, as vinculações substanciais, o que faz surgir um ambiente de tensão, onde o exercício da atividade jurisdicional procura romper com os limites impostos com o uso da estrita legalidade.

Exemplo disso é o movimento que se vê no direito processual constitucional, ambiente onde são estudados os instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais, seja através do controle de constitucionalidade, seja através da proteção das liberdades constitucionais com os chamados “remédios constitucionais”. O estudo de um de seus mais notáveis princípios, o devido processo legal, mostra com clareza a tentativa – bem sucedida – de romper com as limitações formais com o objetivo de oferecer proteção também às questões materiais, substanciais, privilegiando o valor justiça.

Com isso, mais instrumentos são colocados à disposição do juiz no desenvolvimento de sua atividade, levando-o ao abandono de sua passividade tradicional – e típica do estado liberal – para que o protagonismo na defesa dos direitos e garantias fundamentais seja sua marca mais destacada.

Além disso, pode-se dizer que as mudanças na atividade jurisdicional – impulsionadas pelas transformações ocorridas na teoria do Direito e do Estado – atingem:

1) Os fundamentos da atividade jurisdicional, já que se antes o Juiz ficava limitado à busca de soluções para os conflitos que se desenrolavam no espaço privado e onde o uso da lei era privilegiado, confundida que era ela (a lei) com o conceito maior de justiça, agora – no Estado Constitucional e Democrático de Direito – sua atividade deverá estar focada nos valores colocados na Constituição, documentos que não se limitam mais a previsão de direitos de oposição diante do poder do Estado e que são dotados de proteção contra a formação de maiorias eventuais que tentem suprimir os direitos das minorias. Surge então um novo tipo de juiz, onde o fundamento de sua atuação deixa de ser a tradicional concepção da separação de poderes, guindado que é à condição de instrumento para a proteção de direitos fundamentais, até porque – se tem o poder de decidir contra as maiorias – sua legitimidade não poderá ser dela derivada.

2) A forma da atuação jurisdicional, já que, se no antigo Estado de Direito – e no modelo decorrente do tipo de Constituição que lhe dava sustentação – o que se tinha era um juiz neutro, distante e que só exercia seu papel mediador quando chamado pelas partes, no Estado Constitucional de Direito essa figura desaparece, já que o sistema impõe uma tomada de posição, um abandono da neutralidade e a tomada de partido na busca da concretização constitucional.

3) O resultado da atuação jurisdicional, já que haverá um necessário redimensionamento dos espaços do político e do jurídico ou, em outras palavras, das questões consideradas exclusivamente políticas – e, por isso, de competência dos demais poderes – e as decisões judiciais. E aqui, a meu ver, ao contrário de uma redução do espaço que – para alguns – antes as separava, estamos sim diante de uma redefinição da qualidade desta relação, já que é preciso reconhecer que a tão falada separação entre o político e o jurídico nunca foi muito nítida. O sistema político sempre necessitou – e muito – do sistema jurídico para a realização de seus objetivos, o que fica claro quando se analisa as decisões judiciais a respeito de atos praticados, por exemplo, durante os governos resultantes de golpes de Estado.

Apresentadas essas mudanças, todas elas impulsionadas pelo reconhecimento de um novo espaço de atuação jurisdicional, que não é mais apenas formal, mas também é substancial, surgem novas dificuldades, até porque o pano de fundo de tudo é o poder estatal e, qualquer readequação a ele relacionada, os reflexos disso são sentidos nos outros setores do espaço coletivo. Dentre eles, a principal questão é a dos limites da atividade jurisdicional: até onde vai o poder do juiz na proteção e na garantia dos direitos fundamentais?

Uma das respostas possíveis a essa indagação passa pelo reconhecimento de que esta nova missão já está incorporada pelos juízes brasileiros, até porque boa parte deles vê a necessidade de que as consequências sociais devem estar entre suas preocupações, além da observância dos parâmetros legais e consequências econômicas das decisões proferidas. Com isso, chega-se a conclusão de que o resgate do princípio da legalidade, como proposto por Ferrajoli através da chamada “dupla artificialidade”, é um dos caminhos mais seguros para enfrentar a difícil questão dos limites da atuação jurisdicional.

Assim é possível afirmar a partir do que ocorreu com o direito penal, onde o princípio da legalidade (formal e material) tem sido utilizado com sucesso para evitar a permanente tentativa de endurecimento do sistema penal como resposta à criminalidade. Igual prática deveria ser adotada como os direitos sociais, onde há ainda um campo fértil para a busca de tais limites, a fim de que ajudem a justiça brasileira a encontrar parâmetros mais claros em relação à satisfação dessa modalidade de direitos.

Exemplo disso foi o que ocorreu com o direito à saúde e o direito da criança e do adolescente. Ambos foram objetos de legislações que buscaram especificar critérios de atendimento das demandas que chegam ao Poder Judiciário. Seu objetivo é claro: diminuir os espaços entregues a livre discricionariedade do juiz, tornando-a mais democrática e menos pessoal, privilegiando a compreensão de que o fato de ser instrumento para a garantia de direitos fundamentais ou agente político, não autoriza qualquer agente do Estado a se arvorar em detentor de uma legitimidade inexistente em um sistema político onde a busca do equilíbrio no exercício do poder é uma das suas marcas fundamentais.

Evidentemente que haverá casos em que a estrita legalidade não será suficiente para tanto. Contudo, não se pode esquecer que hoje temos um sistema de controle de constitucionalidade bem desenhado e que impõe o respeito aos limites formais e materiais ditados pela

Constituição, o que por certo contribuirá para impedir abusos legislativos ou, ainda, abusos nas decisões judiciais.

Trata-se de um equilíbrio necessário para o funcionamento democrático do sistema, já que a atuação isolada do Poder Judiciário, ao contrário levar a uma concretização dos direitos fundamentais, tem sim alimentado discursos de supressão dos mesmos. É bem verdade que isso ocorreu pela falta de atuação dos demais setores do Estado, em especial o Poder Legislativo, que deixou largo espaço para a atuação judicial.

Contudo, não há como negar que a possibilidade de injustiças e tratamentos desiguais é muito maior na ausência de regulamentação, sendo esta fundamentalmente a principal das vantagens que o princípio da legalidade oferece, redescoberto em meio a estrita legalidade proclamada por LUIGI FERRAJOLI. Com ele opera-se a uniformização das situações em que o direito poderá ser atendido, especialmente aqueles que exigem prestações positivas (educação, saúde, etc.). É bem verdade que nem todas as hipóteses para exercício dos mesmos serão alcançadas. Trata-se de uma impossibilidade técnica insuperável. Mas isso ainda será melhor do que deixar à livre escolha do Juiz.

Afinal, não se pode esquecer que o longo caminho entre a previsão abstrata e a realidade do Direito é, e sempre será, marcado por uma série de detalhes que, caso não observados atentamente, poderão resultar na criação de situações onde poderá ocorrer a concessão em casos inadequados ou, ainda, a negativa em casos merecedores.

REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo** – Estudios sobre el pensamiento jurídico. Edição de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2005. p. 21-39
- ALEXI, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de VALDÉS, Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AMADO, Juan Antonio García; BONORINO Pablo Raúl e PRESA Maria Concepción Gimeno. **Ensayos sobre Teoría General del Derecho**. Mar del Plata, Argentina: Ediciones Suárez, 2000.
- ARIZA, Santiago Sastre. Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo. In **Monografía: Ciencias Jurídicas**. Madrid: Mc Graw Hill-Interamericana de España, 1999.
- ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 3ª ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007.
- ATIENZA, Manoel; MANERO Juan Ruis. Dejemos el positivismo para atrás. In **ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 27 (octubre 2007). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.]. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomia>. Acesso em: 01.02.2010, p. 7-28.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed, São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de SANTOS, Maria Celeste Leite dos. 5ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.
- _____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- _____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de PUGLIES, Márcio; BINI, Edson; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 2006.
- _____. **El problema del positismo jurídico**. Tradução de VALDES, Ernesto Garzón. 2ª ed. México: Fontamara, 1992.
- _____. **A era dos direitos**. Tradução de COUTINHO Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BÖKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução de SERRANO, Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 4ª ed. Brasília: OAB Editora, 2002.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 107.
- CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. 2ª ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.
- CANOTILHO J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASALMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: **DOXA** 21(I). disponível em www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/cuadernos acesso em 01.02.2010, p. 209-220, Universidade de Alicante, Alicante, Espanha, 1998.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: una análisis metateórico. In **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL, Miguel (edición). 2ª ed. Madrid: Trotta, 2005.
- CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de derecho constitucional**. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. v. I
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DÍAS, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 3ª ed. Madrid: Taurus, 1998.

- DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. Écio Oto Ramos Duarte, Susanna Pozzolo. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de BOEIRA, Nelson. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FAGUNDES, M. Seabra. **A legitimidade do poder político na experiência brasileira**. Recife: Publicação da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Pernambuco, 1982.
- FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. **Derecho Natural: Introducción filosófica al derecho**. Madrid: Universidade Complutense, Facultad de Derecho, 1977.
- FERRAJOLI, Luigi; MORESO Juan José; ATIENZA, Manuel. **La teoría del derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo crítico e democracia Constitucional. In: **ISONOMIA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 16 (2002). México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.].
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. de CARBONELL, Miguel (org.). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo y Democracia**. Org. de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Tradução de IBÁÑES, Andrés Perfecto y GREPPI, Andrea. 2ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. Los derechos fundamentales en la teoría del derecho. In: CABO, Antonio de & PISARELLO, Gerardo (Edición). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL Miguel (Edición). **Teoría del neoconstitucionalismo – ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007.
- FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL, Miguel Editorial (Edición). Madrid: Trotta, 2002.
- FIORAVANTI, Maurizio. El estado moderno en Europa. In: **Estado y Constitución**. FIORAVANTI, Maurizio (edición). Madrid: Trotta, 2004.

- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.
- GUASTINI Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL Miguel (edición). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.
- GUASTINI, Ricardo. Tres problemas para Luigi Ferrajoli. In: CABO, Antonio de & PISARELLO, Gerardo (Edición). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por BULLOCH, Penelope A. e RAZ, Joseph. *H. L. A. Hart*. Tradução de SETTE-CÂMARA, Antonio de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HOBBSAWM, Eric. **A Era das Revoluções**: Europa 1789-1948. Tradução de TEIXEIRA Maria Tereza Lopes e PENCHEL, Marcos. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- HOBBSAWM, Eric J. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. Revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- IBANHES, Perfecto Andrés. La teoría general del Garantismo: rasgos principales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico**. Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- JORI, Mario. Ferrajoli sobre los derechos. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (Edición). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de MACHADO, João Batista. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN Hans. **Teoria general del estado**. Tradução LACAMBRA, Luis Legaz. Granada, Espanha: Editorial Comares, 2002.
- LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **Teoria del derecho** – una concepción de la experiencia jurídica. Colaboração de CABRERA, Carlos Alarcón; GONZÁLEZ-TABLAS, Rafael y CUESTA, Antonio Ruiz de la, 8ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Tecnos, 2009.
- MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais, conceito, funções e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.
- MAUS, Ingborg. **O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Tradução LIMA, Martônio M. Barreto e ALBUQUERQUE, Paulo A. de M. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. UFPE, n. 11, 2000.

- MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 114.
- MEZZARROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito/Orides Mezzaroba, Cláudia Sevilha Monteiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV – Direitos Fundamentais. 3ª ed., revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 42.
- NAVARRO, Pablo. **Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico**. DOXA, 24, 2001.
- NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho**. 12ª ed. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 2003.
- RONDÁN, Luís Martínez e SUÁREZ, Jesus Aquilino Fernández. **Curso de teoría del derecho**. 1ª ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1997.
- SANCHÍS, Luis Prieto. **Apuntes de teoría del derecho**. 2ª ed. Madrid, Espanha: Trotta.
- PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. Tradução de BENEDETTI, Ivone C. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PEÑA FREIRE Antonio Manuel. **La garantía en el estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manoel. Constitucionalismo Garantista y Democracia. In: **Crítica Jurídica**: Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho n. 22, Curitiba: UNIBRASIL, 2004, p. 34.
- PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. Tradução de PUPI, Vergínia K. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. 1948. Tradução de ROCES, Wenceslao. México: Fondo de Cultura Económica, 1951.
- REGLA, Josep Aguiló; ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Fragments para una teoría de la constitución**. Madrid: Iustel Portal Derecho S.A., 2007.
- REGLA, Josep Aguiló. **Sobre Derecho y Argumentacion**. Palma de Mallorca: Leonard Muntander Editor, 2008.

- ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Florianópolis: Habitus, 2002.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL Miguel (edición). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. BASTOS Aurélio Wander (org.). 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SCAFF Fernando Facury (org.). **Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Constitucionalismo y Garantismo. In: **Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Org. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- SERRANO, José Luis. **Validez y vigencia**. Madrid: Trotta, 1999.
- SADEK, Maria Tereza. **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- VALDES, Ernesto Garzón. Derecho y moral. In: VÁZQUEZ, Rodolfo (Org.). **Derecho y moral**. Barcelona, Espanha: Gedisa Editorial, 1998.
- VITALE, Ermanno. Teoría General del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. In: CABO, Antonio de & PISARELLO, Gerardo (Edición). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.
- VILLA, Maria Iglesias. El positivismo en el estado constitucional. In: **Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. CARBONELL, Miguel e SALAZAR, Pedro (edición). Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Ley, derechos, justicia. 4ª ed. Trad. de GASCÓN, Marina. Madrid: Trotta, 2002.
- ZAPATERO Virgilio; GÓMEZ, Maria Isabel Garrido. **El Derecho como processo normativo**. Alcalá de Henares, Espanha: Universidad de Alcalá, servicio de publicaciones, 2007.

ZOLO, Danilo. Ferrajoli sobre derechos. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (Edición). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

ANEXO A – Descrição

Súmula Vinculante 1

Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.

Fonte de Publicação: DJe nº 31, p. 1, em 6/6/2007.

DJ de 6/6/2007, p. 1.

DOU de 6/6/2007, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXVI.

Lei Complementar 110/2001.

Precedentes:

RE 418918

RE 427801 AgR-ED

RE 431363 AgR

Súmula Vinculante 2

É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Fonte de Publicação:

DJe nº 31, p. 1, em 6/6/2007.

DJ de 6/6/2007, p. 1.

DOU de 6/6/2007, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 22, XX.

Precedentes:

ADI 2847

ADI 3147

ADI 2996

ADI 2690

ADI 3183

ADI 3277

Súmula Vinculante 3

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Fonte de Publicação:

DJe nº 31, p. 1, em 6/6/2007.

DJ de 6/6/2007, p. 1.

DOU de 6/6/2007, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 5º, LIV e LV; art. 71, III.

Lei 9.784/1999, art. 2º.

Precedentes:

MS 24268

MS 24728

MS 24754

MS 24742

Súmula Vinculante 4

Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Fonte de Publicação:

DJe nº 83, p. 1, em 9/5/2008.

DOU de 9/5/2008, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 7º, IV e XXIII; art. 39, § 1º e § 3º; art. 42, § 1º; art. 142, § 3º, X.

Precedentes:

RE 236396

RE 208684

RE 217700

RE 221234

RE 338760

RE 439035

RE 565714

Súmula Vinculante 5

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Fonte de Publicação:

DJe nº 88, p. 1, em 16/5/2008.

DOU de 16/5/2008, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV.

Precedentes:

RE 434059

AI 207197 AgR

RE 244027 AgR

MS 24961

Súmula Vinculante 6

Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.

Fonte de Publicação:

DJe nº 88, p. 1, em 16/5/2008.

DOU de 16/5/2008, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 1º, III; art. 5º, “caput”; art. 7º, IV; art. 142, § 3º, VIII, (redação dada pela Emenda Constitucional 18/1998); art. 143, “caput”, § 1º e § 2º.

Medida Provisória 2.215/2001, art. 18, § 2º.

Precedentes:

RE 570177

RE 551453

RE 551608

RE 558279

RE 557717

RE 557606

RE 556233

RE 556235

RE 555897

RE 551713

RE 551778

RE 557542

Súmula Vinculante 7

A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.

Fonte de Publicação:

DJe nº 112, p. 1, em 20/6/2008.

DOU de 20/6/2008, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 192, §3º (redação anterior à Emenda Constitucional 40/2003).

Precedentes:

RE 582650 QO

ADI 4

RE 157897

RE 184837

RE 186594

RE 237472

RE 237952

AI 187925 AgR

Súmula Vinculante 8

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Fonte de Publicação:

DJe nº 112, p. 1, em 20/6/2008.

DOU de 20/6/2008, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 146, III.

Decreto-Lei 1.569/1977, art. 5º, parágrafo único.

Lei 8.212/1991, art. 45 e art. 46.

Precedentes:

RE 560626

RE 556664

RE 559882

RE 559943

RE 106217

RE 138284

Súmula Vinculante 9

O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.

Fonte de Publicação:

DJe nº 112, p. 1, em 20/6/2008.

DOU de 20/6/2008, p. 1.

Republicação: DJe nº 117, p. 1, em 27/6/2008.

DOU de 27/6/2008, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXVI e XLVI.

Lei 7.210/1984, art. 58, “caput”; art. 127.

Precedentes:

RE 452994

HC 91084

AI 570188 AgR-ED

HC 92791

HC 90107

AI 580259 AgR

Súmula Vinculante 10

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Fonte de Publicação:

DJe nº 117, p. 1, em 27/6/2008.

DOU de 27/6/2008, p. 1.

Referência Legislativa Constituição Federal de 1988, art. 97.

Precedentes:

RE 482090

RE 240096

RE 544246

RE 319181

AI 472897 AgR

Súmula Vinculante 11

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Fonte de Publicação:

DJe nº 157, p. 1, em 22/8/2008.

DOU de 22/8/2008, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 1º, III; art. 5º, III, X e XLIX.

Código Penal de 1940, art. 350.

Código de Processo Penal de 1941, art. 284.

Código de Processo Penal Militar de 1969, art. 234, § 1º.

Lei 4.898/1965, art. 4º, “a”.

Precedentes:

RHC 56465

HC 71195

HC 89429

HC 91952

Súmula Vinculante 12

A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.

Fonte de Publicação:

DJe nº 157, p. 1, em 22/8/2008.

DOU de 22/8/2008, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 206, IV.

Precedentes:

RE 500171

RE 542422

RE 536744

RE 536754

RE 526512

RE 543163

RE 510378

RE 542594

RE 510735

RE 511222

RE 542646

RE 562779

Súmula Vinculante 13

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Fonte de Publicação:

DJe nº 162, p. 1, em 29/8/2008.

DOU de 29/8/2008, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 37, “caput”.

Precedentes:

ADI 1521 MC

MS 23780

ADC 12 MC

ADC 12

RE 579951

Súmula Vinculante 14

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Fonte de Publicação:

DJe nº 26, p. 1, em 9/2/2009.

DOU de 9/2/2009, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 1º, III; art. 5º, XXXIII, LIV e LV.

Código de Processo Penal de 1941, art. 9º e art. 10.

Lei 8.906/1994, art. 6º, parágrafo único; art. 7º, XIII e XIV.

Precedentes:

HC 88520

HC 90232

HC 88190

HC 92331

HC 87827

HC 82354

HC 91684

Súmula Vinculante 15

O cálculo de gratificações e outras vantagens do servidor público não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo.

Fonte de Publicação:

DJe nº 121, p. 1, em 1º/7/2009.

DOU de 1º/7/2009, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 7º, IV.

Precedentes:

RE 439360 AgR

RE 518760 AgR

RE 548983 AgR

RE 512845 AgR

RE 490879 AgR

RE 474381 AgR

RE 436368 AgR

RE 572921 RG-QO

Súmula Vinculante 16

Os artigos 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público.

Fonte de Publicação:

DJe nº 121, p. 1, em 1º/7/2009.

DOU de 1º/7/2009, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 7º, IV; art. 39, § 2º (redação anterior à Emenda Constitucional 19/1998); art. 39, § 3º (redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998).

Precedentes:

RE 199098

RE 197072

RE 265129

AI 492967 AgR

AI 601522 AgR

RE 582019 RG-QO

Súmula Vinculante 17

Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.

Fonte de Publicação:

DJe nº 210, p. 1, em 10/11/2009.

DOU de 10/11/2009, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 100, § 1º (redação dada pela Emenda Constitucional 30/2000).

Constituição Federal de 1988, art. 100, § 5º (redação dada pela Emenda Constitucional 62/2009).

Precedentes:

RE 591085 RG-QO

RE 298616

RE 305186

RE 372190 AgR

RE 393737 AgR

RE 589345

RE 571222 AgR

RE 583871

Súmula Vinculante 18

A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal.

Fonte de Publicação:

DJe nº 210, p. 1, em 10/11/2009.

DOU de 10/11/2009, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 14, § 1º (redação dada pela Emenda Constitucional 16/1997) e § 7º.

Precedentes:

RE 568596

RE 433460

RE 446999

Súmula Vinculante 19

A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.

Fonte de Publicação:

DJe nº 210, p. 1, em 10/11/2009.

DOU de 10/11/2009, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 145, II.

Precedentes:

RE 576321 RG-QO

RE 256588 ED-EDv

AI 476945 AgR

AI 460195 AgR

RE 440992 AgR

AI 481619 AgR

AI 684607 AgR

RE 273074 AgR

RE 532940 AgR

RE 411251 AgR

RE 481713 AgR

RE 473816 AgR

AI 457972 AgR

RE 393331 AgR

AI 459051 AgR

RE 362578 AgR

RE 206777

Súmula Vinculante 20

A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa – GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória no 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.

Fonte de Publicação:

DJe nº 210, p. 1, em 10/11/2009.

DOU de 10/11/2009, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 40, § 8º (redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998).

Precedentes:

RE 476279

RE 476390

RE 597154 RG-QO

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Fonte de Publicação:

DJe nº 210, p. 1, em 10/11/2009.

DOU de 10/11/2009, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXIV, “a”, e LV.

Precedentes:

RE 388359

RE 389383

RE 390513

AI 398933 AgR

AI 408914 AgR

ADI 1976

AI 698626 RG-QO

RE 370927 AgR

AI 431017 AgR

RE 504288 AgR

AC 1887 MC

AI 351042 AgR-ED

AI 649432

RE 563844

AI 687411

Súmula Vinculante 22

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional no 45/04.

Fonte de Publicação:

DJe nº 232, p. 1, em 11/12/2009.

DOU de 11/12/2009, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 7º, XXVIII; art. 109, I; art. 114.

Precedentes:

CC 7204

AI 529763 AgR-ED

AI 540190 AgR

AC 822 MC

Súmula Vinculante 23

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada.

Fonte de Publicação:

DJe nº 232, p. 1, em 11/12/2009.

DOU de 11/12/2009, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 114, II.

Precedentes:

RE 579648

CJ 6959

RE 238737

AI 611670

AI 598457

RE 555075

RE 576803

Súmula Vinculante 24

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1o, incisos I a IV, da Lei no 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

Fonte de Publicação:

DJe nº 232, p. 1, em 11/12/2009.

DOU de 11/12/2009, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV; art. 129, I.

Código Penal de 1940, art. 14, I; art. 111, I.

Código Tributário Nacional de 1966, art. 142, "caput".

Lei 8.137/1990, art. 1º, I, II, III e IV.

Lei 9.430/1996, art. 83.

Lei 10.684/2003, art. 9º, § 2º.

Precedentes:

HC 81611

HC 85185

HC 86120

HC 83353

HC 85463

HC 85428

Súmula Vinculante 25

É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Fonte de Publicação:

DJe nº 238, p. 1, em 23/12/2009

DOU de 23/12/2009, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXVII e § 2º.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de S. José da Costa Rica), art. 7º, § 7º.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 11.

Precedentes:

RE 562051 RG

RE 349703

RE 466343

HC 87585

HC 95967

HC 91950

HC 93435

HC 96687 MC

HC 96582

HC 90172

HC 95170 MC

Súmula Vinculante 26

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Fonte de Publicação:

DJe nº 238, p. 1, em 23/12/2009

DOU de 23/12/2009, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 5º, XLVI, XLVII.

Código Penal de 1940, art. 33, § 3º; art. 59.

Lei 7.210/1984, art. 66, III, "b".

Lei 8.072/1990, art. 2º.

Precedentes:

HC 82959

AI 504022 EDv-AgR

AI 460085 EDv-AgR

AI 559900 EDv-AgR

HC 90262

HC 85677 QO

RHC 86951

HC 88231

HC 86224

Súmula Vinculante 27

Compete à Justiça estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem opoente.

Fonte de Publicação:

DJe nº 238, p. 1, em 23/12/2009

DOU de 23/12/2009, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 98, I; art. 109, I.

Precedentes:

RE 571572

AI 650085 AgR

AI 607035 AgR

AI 600608 AgR

AI 631223 AgR

AI 662330 AgR

RE 549740 AgR

RE 525852 AgR

RE 540494 AgR

AI 657780 AgR

Súmula Vinculante 28

É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

Fonte de Publicação:

DJe nº 28, p. 1, em 17/02/2010

DOU de 17/02/2010, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXV, LV.

Lei 8.870/1994, art. 19.

Precedentes:

ADI 1074

Súmula Vinculante 29

É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.

Fonte de Publicação:

DJe nº 28, p. 1, em 17/02/2010

DOU de 17/02/2010, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 145, § 2º.

Precedentes:

RE 576321 RG-QO

RE 232393

RE 177835

AI 441038 AgR

RE 346695 AgR

RE 241790

ADI 1926 MC

RE 491216 AgR

RE 220316

Súmula Vinculante 31

É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.

Fonte de Publicação:

DJe nº 28, p. 1, em 17/02/2010

DOU de 17/02/2010, p. 1.

Legislação:

Código Tributário Nacional de 1966, art. 71, § 1º; art. 97, I e III.

Decreto-lei 406/1968, art. 8º e item 79.

Lei Complementar 56/1987.

Precedentes:

RE 116121

RE 455613 AgR

RE 553223 AgR

RE 465456 AgR

RE 450120 AgR

RE 446003 AgR

AI 543317 AgR

AI 551336 AgR

AI 546588 AgR

Anexo 2

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (20060209137-4)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
RECORRIDO : L M B G
ADVOGADO : MÔNICA STEFFEN - DEFENSORA PÚBLICA

EMENTA

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.
2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.
3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".
4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.
5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.
6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais

homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".

7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de abril de 2010(data do julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (20060209137-4)

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL

RECORRIDO : L M B G

ADVOGADO : MÔNICA STEFFEN - DEFENSORA PÚBLICA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. LMBG requereu a adoção dos menores JVRM e PHRM, irmãos biológicos, nascidos em 07.09.2002 e 26.12.2003. Informa a requerente que vive em união homoafetiva com LRM desde 1998, e que sua companheira adotou judicialmente as crianças desde o nascimento.

Após a realização de minucioso estudo social do caso (fls. 13-17), a sentença julgou procedente o pedido, deferindo a adoção e determinando a inserção do

sobrenome de LMBG nas crianças, “sem mencionar as palavras pai e mãe”, acrescentando ainda que “a relação avoenga não explicitará a condição materna ou paterna” (fls. 24-35).

A apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul foi improvida, estando a ementa assim redigida:

“APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME” (fl. 69).

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso especial, fundado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional. Alega contrariedade aos artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil de 2002, 1º da Lei 9.278/96 e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, além de dissídio pretoriano. Requer o provimento do recurso, “para o fim de definir a união homossexual apenas como sociedade de fato e, consectariamente, fazer incidir o artigo 1.622 do Código Civil, vedando a adoção conjunta dos menores pleiteada” (fls 85-110).

Contrarrazões às fls. 134-148.

Os recursos especial e extraordinário foram admitidos na origem (fls. 150-151).

O parecer do Ministério Público Federal, subscrito pelo eminente Subprocurador Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, é pelo não-provimento do recurso, contando com a seguinte ementa (fls.159-167):

RECURSO ESPECIAL.

Adoção de filho adotivo de homossexual por sua companheira. Procedência do pedido. Apelação. Improvimento. RESP (CF. Art. 105, III, “a” e “c”). Alegação de ofensa aos arts. 1622 e 1723 do Código Civil, ao art. 1º da Lei 9.278/96 e ao art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Inocorrência. Apontado dissídio jurisprudencial não demonstrado. Parecer pelo não-conhecimento do recurso pela alínea “c” e improvimento pela alínea “a” do permissivo constitucional.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (20060209137-4)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
RECORRIDO : **L M B G**
ADVOGADO : **MÔNICA STEFFEN - DEFENSORA PÚBLICA**

EMENTA

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.
2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.
3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA

estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".

7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além,

pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

3. Além da peculiaridade antes realçada, uma outra observação inicial se impõe, ao tratar de tema tão importante.

É a sincronização necessária entre a interpretação legal com o tempo presente. De fato, houve momento na história em que aparecer com tronco desnudo na praia era considerado obsceno, passível o autor de prisão em flagrante. Em tempos outros, o casamento interracial, nos Estados Unidos da América, era proibido em alguns estados da federação.

Destarte, em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei, segundo penso, deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

Nesse passo, a cláusula constitucional que proíbe a discriminação (art. 3º, IV, da CF) deita raízes na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Como leciona Fábio Konder Comparato, na obra “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”, Ed. Saraiva, p. 240:

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II. E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade.

4. No caso dos autos, é adequada uma breve descrição fática da situação, com base nos elementos recolhidos pela assistente social Berenice da Silva, no laudo de fls. 13-17:

“L. de 39 anos e Lu. de 31 anos convivem desde 1998. Em abril de 2003 Lu teve a adoção de P.H. deferida e, em fevereiro de 2004, foi deferida a adoção de J.V. Na época L. participou da decisão e de todo o processo de adoção, auxiliando nos cuidados e manutenção das crianças.

Elas relatam que procuram ser discretas quanto ao seu relacionamento afetivo, na presença das crianças. Participam igualmente nos cuidados e educação dos meninos, porém é L. que se envolve mais no deslocamento deles, quando depende de carro, pois é ela quem dirige.

L. diz que é mais metódica e rígida do que Lu e observou-se que é mais atenta na imposição de limites.

Segundo a Sra. I., mãe de L., a família aceita e apoia sua orientação sexual, “ela é uma filha que nunca deu problemas para a família, acho que as crianças tiveram sorte, pois têm atenção, carinho e tudo o que necessitam, L. os trata como filhos”. Coloca que L. e Lu se relacionam bem. Observou-se fotos dos meninos e de L. na casa dos pais dela, eles costumam visitá-la aos finais de semana, quando almoçam todos juntos e convivem mais com as crianças e Lu (...)

Os meninos chamam L. e Lu de mãe.

P.H. está com 2 anos e 6 meses (...). A professora dele, L.B.F, informou que o menino apresenta comportamento normal para sua faixa etária, se relaciona bem e adaptou-se rapidamente. L. e Lu estão como responsáveis na escola e participam juntas nos eventos na escolinha, sendo bem aceitas pelos demais pais dos alunos.

Observou-se que P.H. é uma criança com aparência saudável, alegre e ativo. J.V. faz tratamento constante para bronquite e, apesar dos problemas de saúde iniciais, apresenta aparência saudável e desenvolvimento normal para sua faixa

etária. Durante a tarde, ele fica sob os cuidados da mãe de Lu enquanto Lu e L. trabalham. A Sra. N. coloca que os meninos são muito afetivos com as mães e vice-versa.

Lu coloca que, até agora, não sentiu nenhuma discriminação aos filhos (...).

L. coloca que sempre pensou em adotar, o que se acentuou com a convivência com Lu e as crianças, pois se preocupa com o futuro dos meninos, já que Lu. é autônoma e possui problemas de saúde. E ela já possui uma situação mais estável, trabalha com vínculo empregatício como professora da Urcamp, possuindo convênios de saúde e vantagens para o acesso dos meninos ao ensino básico e superior. Coloca: “a minha preocupação não é criar polêmica, mas resguardá-los para o futuro”.

L. relata que, quando não está trabalhando, se dedica ao cuidado às crianças. Se refere à personalidade de cada um, demonstrando os vínculos e convivência intensa que possui com os meninos. Diz que costumam limitar a vida social às condições de saúde das crianças, principalmente J.V.

Avaliação:

L. possui relacionamento estável com Lu, mantendo a união homoafetiva há 7 anos. (...)

As motivações de L. são adequadas, pois se preocupa com a segurança futura das crianças. (...)

L. e Lu têm exercido a parentalidade com responsabilidade e atenção às necessidades das crianças, possuindo ambiente familiar harmônico e estruturado, sendo que L. é uma profissional atuante e reconhecida na comunidade. (...)

As crianças apresentam desenvolvimento aparentemente normal para sua faixa etária, estando plenamente integrados na família e comunidade, atualmente. (...)

De acordo com o exposto acima, s.m.j., parece que L. tem exercido a parentalidade adequadamente.

Com relação às vantagens da adoção para estas crianças, especificamente, conhecendo-se a família de origem, pode-se afirmar que, quanto aos efeitos sociais e jurídicos são inegáveis, quanto aos efeitos subjetivos é prematuro dizer, porém existem fortes vínculos afetivos que indicam bom prognóstico”.

5. São dois os pontos cruciais para o deslinde da controvérsia submetida a julgamento: a) o primeiro, como antes mencionado, é a situação fática existente, em que a companheira da requerente já havia adotado regularmente as crianças desde o nascimento, e todos convivem em harmonia com a ora pretendente à adoção, porquanto a união de ambas existe desde 1998; b) o segundo, em um viés jurídico, é o fato de inexistir expressa previsão legal permitindo a inclusão, como adotante, do nome da companheira do mesmo sexo nos registros de nascimentos das crianças, nos quais antes constava apenas o nome da companheira que primeiro havia adotado.

5.1. Nesse particular, é bem de ver que a lacuna não pode ser óbice à proteção, pelo Estado, dos direitos das crianças e adolescentes – direitos estes que, por sua vez, são assegurados expressamente em lei. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a “garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes”, devendo o enfoque estar sempre voltado aos interesses do menor.

Com efeito, em se tratando de adoção de crianças, há vários interesses envolvidos – daqueles que pretendem adotar, dos menores, do Ministério Público, da sociedade em geral.

Todavia, mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

Por isso mesmo, a matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. É o que se depreende do artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

5.2. Nesse passo, o acórdão recorrido, em análise detida sobre o tema, trouxe diversos estudos especializados (vale conferir, fls. 74-77), que, em resumo, “não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores”.

Em síntese, tais estudos mencionados pelo acórdão (por exemplo, da Universidade de Virgínia, da Universidade de Valência e da Academia Americana de Pediatria) são respeitados e com fortes bases científicas, indicando:

- “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar, quanto na circunstância de amar e servir”;
- “nem sempre, na definição dos papéis maternos e paternos, há coincidência do sexo biológico com o sexo social”;
- “o papel de pai nem sempre é exercido por um indivíduo do sexo masculino”;

- os comportamentos de crianças criadas em lares homossexuais “não variam fundamentalmente daqueles da população em geral”;
- “as crianças que crescem em uma família de lésbicas não apresentam necessariamente problemas ligados a isso na idade adulta”;
- “não há dados que permitam afirmar que as lésbicas e os gays não são pais adequados ou mesmo que o desenvolvimento psicossocial dos filhos de gays e lésbicas seja comprometido sob qualquer aspecto em relação aos filhos de pais heterossexuais”;
- “educar e criar os filhos de forma saudável o realizam semelhantemente os pais homossexuais e os heterossexuais”;
- “a criança que cresce com 1 ou 2 pais gays ou lésbicas se desenvolve tão bem sob os aspectos emocional, cognitivo, social e do funcionamento sexual quanto à criança cujos pais são heterossexuais”.

No caso específico dos autos, o Tribunal de origem entendeu, diante do relatório social anexado às fls. 13-17 e da constatação de estabilidade da família, que o pedido de adoção se mostrava favorável à apelada.

Eis o trecho respectivo (fls. 77-78):

“Postas as premissas, passo ao exame do caso, a fim de verificar se estão aqui concretamente atendidos os interesses dos adotandos.

E, também sob esse aspecto, a resposta é favorável à apelada. Como ressalta o relatório de avaliação, de fls. 13-17: (laudo já transcrito)”.

Foi esta também a conclusão do parecer do Ministério Público Federal:

Assim, sendo matéria fática indiscutível a absoluta inexistência de prejuízo no âmbito psicológico-emocional à criança, de cuja adoção se cogita, mas, bem ao contrário, maior segurança, maior amparo e maior afeto a ela reservado, encontra-se apta a recorrida à realização da adoção pretendida (fls. 161-166).

5.3. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

O acórdão recorrido ressaltou ser “hora de abandonar os preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes”.

De fato, se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

No caso dos autos, em que as crianças já estão vivendo com o casal desde o nascimento, tendo atualmente seis e sete anos de idade respectivamente, qualquer solução denegatória da adoção retirará das crianças o direito à proteção integral, porquanto contarão apenas com uma das parceiras figurando na certidão de nascimento.

A par de prejuízos de ordem material (sucessão, pensão, dentre outros) que serão acarretados às crianças com a negativa do pleito da autora, avulta-se a questão ética, moral, pois o Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica.

Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. Estudam em colégio particular, como consta do relatório social, e não há qualquer preconceito em relação às outras crianças.

Ademais, releva notar que, se não for reconhecido o direito de adoção pela recorrida – que é tida como mãe pelas crianças –, e se a mãe adotiva LRM, sua companheira, vier a faltar, a ora requerente poderá perder o direito de convívio com os filhos, o que será traumático para os menores, que serão “órfãos de mãe viva”.

De outro lado, se a recorrida é que vem a falecer – sendo ela que possui melhores meios de manutenção da família, como preconizado pelas instâncias ordinárias, quando ficou registrado que a mãe adotiva é autônoma e tem problemas de saúde, enquanto a recorrida é funcionária pública, estável,

professora universitária e saudável –, impedir a adoção significa deixar as crianças sem a proteção conferida pelos direitos sucessórios.

O mesmo problema se verifica se houver separação. Aqui a probabilidade de a recorrida perder qualquer direito de convívio com as crianças é ainda maior, pois será possível alegar que inexistente qualquer vínculo jurídico entre LMBG e as crianças, o que será prejudicial tanto para a recorrida como, principalmente, para os menores, e estes não terão direito sequer a alimentos.

Como se não bastasse, há efeitos práticos que independem da eventual separação ou da morte.

Caso deferida a adoção, as crianças terão automaticamente o direito de ser incluídas no convênio de saúde da recorrida, que conta também com vantagens para inclusão de filhos no ensino básico e superior, por ser professora universitária.

Por sinal, o plano de saúde da recorrida decorre, como consignado pelas instâncias ordinárias, do vínculo empregatício, em que geralmente são estabelecidas regras de inclusão de dependentes, não sendo, por isso mesmo, daqueles de livre pactuação no mercado, como quer fazer crer o recorrente.

5.4. A atitude da requerente, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. A adoção, quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, como no caso dos autos, é um gesto de humanidade, e LRM foi além, adotando duas crianças e delas cuidando. Os menores são, ainda, irmãos biológicos – e, segundo o Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança (fonte: Jornal Folha de São Paulo de 4 de agosto de 2009).

Na verdade, a fundamentação do recurso especial passa distante do ponto central da questão, qual seja, os interesses das crianças e, no que diz respeito ao caso concreto, insurge-se apenas quanto à situação das mães, por isso que o Tribunal de origem assinalou:

“Ora, ao acolher-se eventualmente o recurso interposto por quem tem o dever legal de proteger crianças e adolescentes, o que isto mudaria? Afinal, o que quer o agente ministerial? Que essas crianças sejam institucionalizadas? Que as mães se separem?” (fl. 79-verso).

6. A doutrina acolhe a tese do acórdão.

Mormente em se tratando de situação já consolidada, como no caso dos autos, importante destacar a observação de Mariana de Oliveira Farias e Ana Cláudia Bortolozzi Maia a respeito:

“Ora, se o que se busca com a adoção é o bem-estar da criança, como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, poderíamos dizer que o não-reconhecimento das famílias compostas por pais/mães homossexuais e, assim, a impossibilidade da adoção por ambos os (as) parceiros (as) iria contra os princípios legais, já que facilitaria o fato de a criança se sentir diferente e discriminada. Assim, a criança poderia se sentir estigmatizada não por ser adotada por pessoas homossexuais, mas pela lei de seu país não considerar sua família como tal” (*Adoção por Homossexuais – A Família Homoparental sob o Olhar da Psicologia Jurídica*, Ed. Juruá, p. 217).

Na mesma linha, confirmam-se Vera Lucia da Silva Sapko, *Do Direito à Paternidade e Maternidade dos Homossexuais*, Ana Paula Ariston Barion Peres, *A Adoção por Homossexuais – Fronteiras da Família Pós-modernidade*, Enézio de Deus Silva Júnior, *A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais*.

Por todos, vale transcrever a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, que, curiosamente, menciona exatamente o caso ora em exame, logo após o seu julgamento pelo Tribunal local:

A adoção conjunta por duas pessoas do mesmo sexo foi objeto de reconhecimento pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como relator o Desembargador Luis Felipe Brasil Santos. A Sétima Câmara Cível, por unanimidade, confirmou a sentença de primeira instância proferida pelo Juiz Julio César Spoladore Domingos, da Comarca de Bagé, concedendo a adoção de dois irmãos, à companhia da mãe biológica. A decisão reconheceu como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Não identificando os estudos especializados qualquer inconveniente para que crianças fossem adotadas, e comprovado o saudável vínculo de afeto existente entre as crianças e as adotantes, destacou o ilustre Relator: “é hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227, CF)”. Não se pode usar como argumento contrário à adoção por casal homoafetivo a impossibilidade do registro do filho. O art. 54 da Lei nº 6.015, de 1973, conhecida como “Lei de Registros Públicos”, dentre os elementos de identificação, indica os nomes e prenomes dos pais, e os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos. Nada impede a simples

menção dos “pais”, atendida a ordem alfabética e respectiva filiação biológica (avós) (*Instituições de Direito Civil – Volume V - Direito de Família*, Ed. Forense, p. 422).

7. Ademais, como se sabe, e é possível constatar em rápida pesquisa à rede mundial de computadores, são vários países hodiernamente onde há previsão legal expressa permitindo a adoção por casais homossexuais, valendo destacar: Inglaterra, País de Gales e Países Baixos. O mesmo ocorre em algumas províncias da Espanha, entre as quais Navarra e País Basco.

8. Destarte, por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

9. Como reforço de argumentação, e no sentido de afastar, por outro aspecto, a tese jurídica do recorrente, que alega contrariedade aos artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil de 2002, 1º da Lei 9.278/96 e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, vale recordar que, segundo penso, não existe proibição para o reconhecimento de qualquer união, desde que preenchidos os requisitos legais.

Os dispositivos mencionados limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem restringir eventual união entre dois homens ou duas mulheres.

O objetivo da lei é conferir aos companheiros os direitos e deveres trazidos pelo artigo 2º (Lei 9.278/96), não existindo qualquer vedação expressa para que esses efeitos alcancem uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

A matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

Nesse particular, leciona Vicente Rao:

“As lacunas do direito normativo, segundo Enneccerus, nos quatro casos seguintes se verificam:

(...)

2º. quando a norma é totalmente omissa: a) intencionalmente, porque o problema, ao sobrevir a lei, não se achava suficientemente amadurecido para a solução; b) ou, apenas, porque a solução não foi prevista; c) ou, ainda, porque a questão não chegou a ser praticamente suscitada até a superveniência da norma” (*O Direito e a Vida dos Direitos, Volume I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p.456-458).

Como é de curial sabença, a lacuna existe na lei e não no ordenamento jurídico. Admite-se a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

“A analogia consiste no processo lógico pelo qual o aplicador do direito estende o preceito legal aos casos não diretamente compreendidos em seu dispositivo. Pesquisa a vontade da lei, para leva-lá às hipóteses que a literalidade de seu texto não havia mencionado” (*Instituições de Direito Civil, Volume I*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p.72).

Por outro lado, ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal.

Maria Berenice Dias, Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que anos atrás em seus estudos jurídicos cunhou a expressão relação homoafetiva, adverte:

“A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar prestação jurisdicional ou ser invocada como motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de tutela.” (*Homoafetividade: o que diz a Justiça*, Editora: Livraria do Advogado, p.11-12).

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, a despeito de não haver reconhecido expressamente a união estável homoafetiva, considerou-a análoga à união entre pessoas de sexos diferentes, fazendo incidir, a fim de dispensar tratamento igualitário, em termos patrimoniais, às relações heterossexuais e homossexuais, a norma inserta no artigo 4º da LICC, que dispõe:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Confirmam-se os precedentes:

Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação.

Pensão *post mortem*. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa.

Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários.

- Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.

- O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.

- Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo.

Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

- O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos.

- Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.

- A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de

mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.

- Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.

- A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

- A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o conseqüente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

- Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário.

- Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável.

- Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares.

- “A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social” de modo que “os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes”.

- O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualitariamente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no

regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas.

- Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares”.

- Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal.

- Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ.

Recurso especial provido.

(REsp 1.026.981/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJ de 23/02/2010).

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

(...)

- A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.

- O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.

(...)

(REsp 238.715/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, DJ de 02/10/2006).

A Suprema Corte também assim se manifestou, em decisão proferida pelo Ministro Celso Mello, quando analisou o pleito formulado na MC na ADin 3.300/DF, DJ de 09/02/2006:

UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES.

DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (ART.226,PARAGRAFO 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF.

(...) Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família - Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAFERS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, "Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "Unões

Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in "Revista da AJURIS" nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.).

Em se tratando de benefícios previdenciários, o INSS editou a Instrução Normativa 25, que "estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual". Tal instrução, embora de caráter administrativo, sinaliza uma evolução no tratamento da matéria, ao se utilizar, expressamente, do termo união estável para as relações homoafetivas. É o que dispõe o artigo 3º: "A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos..."

Também a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 – a "Lei Maria da Penha" -, estabelece no artigo 5º, parágrafo único, que "As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual".

No julgamento do Recurso Especial 820.475/RJ, DJ de 11/05/2009, esta Corte entendeu pela possibilidade jurídica do pedido de declaração de união estável formulado por casal homossexual, ficando a ementa assim redigida:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre

pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido.

Embora naquela oportunidade a Corte não tenha adentrado no mérito, afastando apenas a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, entendo que os fundamentos expendidos naquele voto podem aplicar-se ao caso concreto.

É que, ainda que não se reconheça a existência de união estável entre casais homossexuais, o fato é que esse tipo de união deve receber o mesmo tratamento conferido às uniões estáveis, o que afasta a pretensa violação ao artigo 1.622 do Código Civil, que dispunha: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável” (tal dispositivo foi revogado pela recente Lei de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, que, ao alterar a redação do artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentou a necessidade de comprovação da estabilidade da família, preconizando: “Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”).

Por sinal, o acórdão recorrido foi claro em afirmar que, apesar de a união homoafetiva não constituir uma união estável, o tratamento jurídico a ser dado a ambas as situações deve ser idêntico. Confira-se o trecho respectivo:

“Não se está aqui a afirmar que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que se sustenta é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelham a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a *affectio* que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugalis* do que a *affectio societatis*. Elas não estão ali para obter resultados econômicos da relação, mas, sim, para trocarem afeto, e esta troca de afeto, com o partilhamento de uma vida em comum, é que forma uma entidade familiar. Pode-se dizer que não é união estável, mas é uma entidade familiar à qual devem ser atribuídos iguais direitos”.

(...)

Partindo então do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública,

contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento jurídico às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer, em tese, a essas pessoas o direito de adotar em conjunto”.

Nesse sentido também foi o pronunciamento do Ministério Público Federal, que, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, registrou:

“Há de se ressaltar que a Lei, ao estabelecer que a união estável entre homem e mulher caracteriza entidade familiar, apenas teve a preocupação de também incluir esta forma de convivência na concepção de família, sem dela excluir, entretanto, as relações homoafetivas, agindo, portanto, com acerto o Tribunal de origem que, por analogia ao regramento vigente, entendeu ser o caso de lhes dar tratamento equivalente à união estável, sendo possível, portanto, a adoção conforme pleiteado”. (...)

Portanto, quer se reconheça à união homoafetiva de que cuida este processo o caráter de união estável, quer se lhe reconheça a natureza de instituição a ela equivalente, não há como negar que caracteriza entidade familiar.

Também o E. Tribunal Superior Eleitoral, que congrega membros tanto do Pretório Excelso quanto dessa Corte Superior de Justiça, reconheceu, expressamente, que a união de duas mulheres, nas condições antes expostas, configura, efetivamente, relação estável “à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável de concubinato e de casamento”, a tal ponto que se submete à regra de inelegibilidade prevista no artigo 14, § 1º, da Constituição Federal” (Respe nº 24.564/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicado em sessão em 1º.10.2004).

De fato, em vista de as uniões homoafetivas merecerem tratamento idêntico ao conferido às uniões estáveis, a circunstância de se tratar de casal homossexual, por si só, não é motivo para impedir a adoção de menores.

10. O dissídio jurisprudencial não foi demonstrado nos moldes regimentais, uma vez que a parte não procedeu ao indispensável cotejo analítico, exigência contida nos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 1º e 2º, do RISTJ. Tal circunstância impede o conhecimento do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Sr. Presidente, realmente a jurisprudência do STJ vem fortalecendo essa compreensão. Já julgamos processo, salvo engano, de V. Exa., em que admitimos a mudança de sexo no registro de nascimento. Em outro caso mais antigo, acredito que da relatoria do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, houve a posse e guarda da criança por uma das companheiras supérstites na relação. Admitimos também, em outro precedente, a divisão patrimonial entre um casal do mesmo sexo. Mais recentemente, a Terceira Turma admitiu, em relação ao direito à previdência complementar da pessoa que estava inscrita no plano, ainda que do mesmo sexo. De modo que a jurisprudência vem toda caminhando nesse sentido. E mais o precedente citado por S. Exa., no REsp. n. 820.475/RJ, admitindo a possibilidade jurídica de uma ação, embora tenha sido por maioria, é um precedente, e, como V. Exa. costuma enfatizar, e eu também valorizo muito, este é um Tribunal de precedentes, que firma teses. E naquele a maioria firmou que seria possível a ação declaratória de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Caminhando nesse sentido, estou inteiramente de acordo com o voto do Sr. Ministro Relator, principalmente pela primeira parte da fundamentação quanto à necessidade de proteção maior, que é o direito à vida e à dignidade dos menores, que estão muito bem assistidos pelo casal em questão.

Já havia lido o voto e, agora, relendo-o, registro o meu elogio quanto à qualidade dos judiciosos argumentos apresentados por S. Exa., com quem estou de acordo.

Conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

O EXMO. SR. MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP) (Relator):

Sr. Presidente, a evolução da vida em sociedade, às vezes, traz-nos perplexidades nas suas inovações e evoluções.

Este caso não deixa de ser uma inovação que se estabelece na relação entre pessoas. O voto do eminente Ministro Luis Felipe Salomão é bastante claro, e não tenho dúvidas em acompanhá-lo, porém acrescento que o Pacto de São José da Costa Rica, no seu art. 11, do qual o Brasil é signatário, determina o respeito à dignidade da pessoa humana. Na verdade, em respeito a esta dignidade não se justifica que as crianças fiquem em albergues ou patronatos, com tratamentos não condizentes na maioria das vezes ante a omissão do Estado, razão porque se impõe e é preferível que se admita a adoção, notadamente ante às razões justificadas no laudo dos "*experts*" produzidos em face a realidade.

Estou de pleno acordo com o voto do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, conhecendo do recurso especial e negando-lhe provimento.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA

Número Registro: 20060209137-4 **REsp 889852/RS**

Números Origem: 5656 6440 70013801592 70015438781 7002

PAUTA: 27/04/2010

JULGADO: 27/04/2010

SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DURVAL TADEU GUIMARÃES**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

RECORRIDO : **L M B G**

ADVOGADO : **MÔNICA STEFFEN - DEFENSORA PÚBLICA**

ASSUNTO: **DIREITO CIVIL - Família**

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia **QUARTA TURMA**, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de abril de 2010

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 889.852 - RS (2006/0209137-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Srs. Ministros, gostaria de parabenizar a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que está um primor. O Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos fez um estudo profundo, prudente e claro. É interessante observar que, nesse estudo todo, S. Exa. traz algumas informações importantes. Por exemplo, primeiro, que as duas vivem uma relação séria e estável. A assistente social chega a essa conclusão para recomendar a adoção, dizendo que não há nenhuma relação de promiscuidade.

Aproveito a oportunidade para dizer que o fato de ser uma relação homoafetiva não traz nenhuma influência na opção sexual dessas crianças ou na futura opção sexual desses meninos adotados. A experiência nos mostra que isso não tem nada a ver.

Segundo ponto: não vamos permitir a adoção e impedir que essas crianças tenham uma melhor assistência médica, melhor assistência social, que usufruam das rendas ou de uma eventual pensão dessa segunda pretensa adotante? Vamos deixar as crianças em abrigos públicos? Porque agora está assim, vêm com todo esse formalismo e apelo moral mas deixam a criança no abrigo, onde sofre violência. Aliás, ressalto importante aspecto que ouvi no voto segundo o qual as crianças chegam desses abrigos maltratadas, sempre com lesões e marcas. Que são reduzidas as chances de uma criança ser adotada após os quatro anos de idade..., porque, depois dos quatro anos, geralmente, não se encontra quem as adote, ficando fadadas a serem mantidas em patronatos até os dezoito anos, e o que é pior, com as consequências de convivências no mais das vezes negativas.

Terceiro, precisamos parar com essa falsidade, quiçá hipocrisia, de que elas podem fazer mal aos meninos. As famílias de pais heteros têm nos dado seguidos exemplos de maus tratos às crianças. As periferias nos mostram pais maltratando e estuprando as próprias filhas. Então, não se pode supor que o fato de as adotantes serem duas mulheres ou que vivam uma relação homoafetiva possa causar algum dano. Dano causa a manutenção do menor no abrigo ou dano causará ao interesse das crianças a não adoção. A adoção melhora, e muito, as condições de assistência médica e social; isso está positivado no acórdão recorrido.

Mais interessante, e que merece destaque, é a posição do acórdão, quando diz que o Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, ao recorrer, é incapaz de escrever uma linha sobre essas questões sociais, sobre o interesse dos menores, trazendo apenas leis e questões legais. A indignação fora acolhida do acórdão até pelo Ministério Público Federal, que fala ser nítido manter o interesse dos menores.

Então, como se trata do primeiro caso da Turma, devemos ter bem presente que estamos fixando uma orientação. Nesses casos, há de se atender sempre o interesse do menor. E o interesse dos menores aqui, diante da melhoria de sua situação social, é o da adoção.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Srs. Ministros, gostaria antecipadamente de responder a uma crítica. Às vezes, têm-nos assacado com a crítica de que estamos legislando em matéria de Direito de família. *Data venia*, lembro que toda construção de Direito familiar no Brasil foi pretoriana. A lei sempre veio *a posteriori*. Com o concubinato foi assim, com a união estável foi assim.

No caso, é preciso chamar a atenção para o seguinte: a lei não proíbe, ela garante o direito tanto entre os homoafetivos, como entre os heteros. Apenas lhes assegura um direito, não há vedação. Não há nenhum dispositivo que proíba, até porque uma pessoa solteira pode adotar. Então, não estamos aqui violando nenhuma disposição legal, mas construindo em um espaço, em um vácuo a ser preenchido ante a ausência de norma, daí a força criadora da jurisprudência. É exatamente nesse espaço que estamos atuando. Não estamos violando nenhum dispositivo. O Código Civil garante: homem ou mulher, casados podem.

Mas não diz que é vedado em momento algum. Então, é preciso entender normas de garantia e diferenciá-las de normas de proibição. E não há nenhuma norma de proibição.

Na minha visão, se estamos falando sobre aquilo que é melhor para a criança, é esse entendimento que deve prevalecer. Salvo entendimento contrário dos meus Pares, mas penso que devemos olhar sempre o interesse do menor.

Portanto, sinto-me muito tranqüilo para decidir aqui sem nenhuma sensação de invasão do espaço legislativo. É muito importante deixar positivado.