

# A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

**LUIZ GUILHERME MARINONI**

Professor Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorado na Universidade Estatal de Milão. Advogado em Curitiba e Brasília

**SUMÁRIO:** **1. Introdução** - **2. A influência dos valores do Estado Liberal de Direito e do positivismo jurídico sobre os conceitos clássicos de Jurisdição:** 2.1 *A concepção de direito no Estado Liberal*; 2.2 *O positivismo jurídico*; 2.3 *A jurisdição como função dirigida a tutelar os direitos subjetivos privados violados*; 2.4 *Da teoria da proteção dos direitos subjetivos privados à teoria da atuação da vontade da lei*; 2.5 *A teoria de Chiovenda: a jurisdição como atuação da vontade concreta da lei*; 2.6 *A doutrina de Carnelutti: a justa composição da lide* - **3. O neoconstitucionalismo:** 3.1 *A dissolução da lei genérica, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento*; 3.2 *A nova concepção de direito e a transformação do princípio da legalidade*; 3.3 *Compreensão, crítica e conformação da lei. O pós-positivismo* - **4. A função dos princípios constitucionais:** 4.1 *Normas jurídicas: princípios e regras*; 4.2 *O problema da compreensão do direito por meio dos princípios*; 4.3 *Princípios constitucionais, naturalismo e pós-positivismo*; 4.4 *Princípios constitucionais e pluralismo* - **5. O controle da constitucionalidade pelo juiz singular no direito brasileiro:** 5.1 *Qualquer juiz, no sistema brasileiro, tem a obrigação de controlar a constitucionalidade da lei*; 5.2 *Outras formas de controle da constitucionalidade da lei*; 5.3 *O juiz e o controle da constitucionalidade da falta de lei* - **6. A teoria dos direitos fundamentais:** 6.1 *Introdução*; 6.2 *Conceito de direitos fundamentais*; 6.3 *A teoria dos direitos fundamentais como teoria dos princípios*; 6.4 *As perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais*; 6.5 *A multifuncionalidade dos direitos fundamentais*; 6.6 *As eficácias horizontal e vertical dos direitos fundamentais*; 6.7 *Eficácias vertical, horizontal e vertical com repercussão lateral*; 6.8 *Direitos fundamentais e democracia. O problema do controle do juiz sobre a decisão da maioria* - **7. A jurisdição no Estado contemporâneo:** 7.1. *Crítica à teoria que afirma que o juiz atua a vontade concreta da lei*; 7.2 *Crítica à teoria de Carnelutti e à teoria que sustenta que o juiz cria a norma individual que dá solução ao caso concreto*; 7.3 *O pluralismo e a necessidade de compreensão dos casos concretos*; 7.4 *A conformação da lei exige a prévia atribuição de sentido ao caso concreto, mas a definição do caso concreto requer a consideração da lei*; 7.5 *A jurisdição, após delinear o caso concreto, deve conformar a lei*; 7.6 *A decisão a partir dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais*; 7.7 *Conformação da lei e sentido da criação da norma jurídica pelo juiz*; 7.8 *O significado da norma jurídica que tutela um direito fundamental diante de outro direito fundamental*; 7.9 *A criação da norma jurídica em face das teorias clássicas da jurisdição*; 7.10 *A teoria de que a jurisdição pode criar a norma geral*; 7.11 *A teoria de que a jurisdição pode criar a norma geral diante do constitucionalismo contemporâneo*; 7.12 *Ainda que o juiz criasse a norma geral, essa não teria a mesma eficácia de uma norma geral criada pelo legislador*; 7.13 *A grande peculiaridade da norma criada pelo juiz: a necessidade da sua fundamentação*; 7.14 *A teoria de que a jurisdição se define pelo seu dever de concretizar os valores da Constituição*; **7.15 A idéia de que a jurisdição tem por objetivo a pacificação social**; 7.16 *A função jurisdicional não pode deixar de considerar as necessidades do direito material*; **7.17 A tutela dos direitos transindividuais**; 7.18 *Dar tutela aos direitos não é simplesmente editar a norma jurídica do caso concreto*; 7.19 *A jurisdição a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*; 7.20 *A subjetividade do juiz e a necessidade de explicitação da correção da tutela jurisdicional mediante a argumentação jurídica*; 7.21 *A regra do balanceamento dos direitos fundamentais, a interpretação de acordo e as técnicas de controle da constitucionalidade diante da argumentação jurídica*; 7.22 *A argumentação jurídica em prol da técnica processual adequada ao*

## **1. Introdução**

Ainda são sustentadas, depois de aproximadamente cem anos, as teorias de que a jurisdição tem a função de atuar a vontade concreta da lei – atribuída a Chiovenda<sup>1</sup> – e de que o juiz cria a norma individual para o caso concreto, relacionada com a tese da “justa composição da lide” – formulada por Carnelutti.<sup>2</sup>

E isso após a própria concepção de direito ter sido completamente transformada. A lei, que na época do Estado legislativo valia em razão da autoridade que a proclamava, independentemente da sua correlação com os princípios de justiça, não existe mais. A lei, como é sabido, perdeu o seu posto de supremacia, e hoje é subordinada à Constituição. Agora é amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição e, por isso, já constitui *slogan* dizer que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, contrariando o que antes acontecia, quando os direitos fundamentais dependiam da lei.

A assunção do Estado constitucional deu novo conteúdo ao princípio da legalidade. Esse princípio agregou o qualificativo “substancial” para evidenciar que exige a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais. Não se pense, porém, que o princípio da legalidade simplesmente sofreu um desenvolvimento, trocando a lei pelas normas constitucionais, ou expressa uma mera “continuação” do princípio da legalidade formal, característico do Estado legislativo. Na verdade, o princípio da legalidade substancial significa uma “transformação” que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição e, assim, representa uma quebra de paradigma.<sup>3</sup>

Se as teorias da jurisdição constituem espelhos dos valores e das idéias das épocas e, assim, não podem ser ditas equivocadas – uma vez que isso seria um erro derivado de uma

---

<sup>1</sup> Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 55.

<sup>2</sup> Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova: Cedam, 1936, v. 1, p. 40.

<sup>3</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos fundamentales, Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001, p. 53.

falsa compreensão de história -, certamente devem ser deixadas de lado quando não mais revelam a função exercida pelo juiz. Isso significa que as teorias de Chiovenda e Carnelutti, se não podem ser contestadas em sua lógica, certamente não têm – nem poderiam ter – mais relação alguma com a realidade do Estado contemporâneo. Por isso, são importantes apenas quando se faz uma abordagem crítica do direito atual a partir da sua análise histórica, isto é, da abordagem da sua relação com os valores e concepções do instante em que foram construídas.

A transformação da concepção de direito fez surgir um positivismo crítico, que passou a desenvolver teorias destinadas a dar ao juiz a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição. Nessa linha podem ser mencionadas as teorias dos direitos fundamentais, inclusive a teoria dos princípios, a técnica da interpretação de acordo, as novas técnicas de controle da constitucionalidade - que conferem ao juiz uma função “produtiva”, e não mais apenas de declaração de inconstitucionalidade – e a própria possibilidade de controle da inconstitucionalidade por omissão no caso concreto.

Ora, é pouco mais do que evidente que isso tudo fez surgir um outro modelo de juiz, sendo apenas necessário, agora, que o direito processual civil se dê conta disso e proponha um conceito de jurisdição que seja capaz de abarcar a nova realidade que se criou.

## **2. A influência dos valores do Estado Liberal de Direito e do positivismo jurídico sobre os conceitos clássicos de Jurisdição**

### *2.1 A concepção de direito no Estado Liberal*

O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de condicionar a força do Estado à liberdade da sociedade, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo com a finalidade de eliminar as tradições jurídicas do Absolutismo e do *Ancien Régime*. A administração e os juízes, em face desse princípio, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei.

O princípio da legalidade, porém, constituiu apenas a forma, encontrada pela burguesia, de substituir o absolutismo do regime deposedo. Nesse sentido se pode dizer que na Europa continental o absolutismo do rei foi substituído pelo absolutismo da Assembléia Parlamentar. Daí a impossibilidade de confundir o *rule of law* inglês com o princípio da legalidade. O parlamento inglês eliminou o absolutismo, ao passo que a Assembléia Parlamentar do direito francês, embora substituindo o rei, manteve o absolutismo através do princípio da legalidade.<sup>4</sup> Diante disso, e grosso modo, no direito inglês a lei pôde ser conjugada com outros valores, dando origem a um sistema jurídico complexo – o *common law* –, enquanto que nos países marcados pelo princípio da legalidade o direito foi reduzido à lei.<sup>5</sup>

Tal princípio, assim, constituiu um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa. Nessa linha, Ferrajoli qualifica o princípio da legalidade como meta-norma de reconhecimento das normas vigentes, acrescentando que, segundo esse princípio, uma norma jurídica existe e é válida apenas em razão das formas de sua produção. Ou melhor, nessa dimensão a juridicidade da norma está desligada de sua justiça intrínseca, importando somente se foi editada por uma autoridade competente e segundo um procedimento regular.<sup>6</sup>

No Estado liberal de direito, os Parlamentos da Europa continental reservaram a si o poder político mediante a fórmula do princípio da legalidade. Diante da hegemonia do Parlamento, o Executivo e o Judiciário assumiram posições óbvias de subordinação; o primeiro somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites, e o Judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la. O legislativo, assim, assumia uma nítida posição de superioridade. Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do legislativo.

Para Montesquieu o “poder de julgar” deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, não produtiva de “direitos novos”. Essa atividade não seria limitada

---

<sup>4</sup> Sobre a importância da história constitucional, ou melhor, de uma história crítica para uma melhor compreensão do direito constitucional contemporâneo, ver Gustavo Zagrebelski, *Historia y constitución* (com introdução de Miguel Carbonell), Madrid: Trotta, 2005.

<sup>5</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2003, p. 25.

<sup>6</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos fundamentales, Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 52.

apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria também o poder de executar materialmente as decisões que constituem o “poder de julgar”. Diante disso o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, pois o julgamento deveria ser apenas “um texto exato da lei”.<sup>7</sup> Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo” (*en quelque façon, nulle*).<sup>8</sup>

Antes do Estado legislativo, ou do advento do princípio da legalidade, o direito não decorria da lei, mas sim da jurisprudência e das teses dos doutores, e em razão disso existia uma grande pluralidade de fontes procedentes de instituições não só diversas, mas também concorrentes, como o império, a igreja etc. A criação do Estado legislativo, portanto, implicou na transformação das concepções de direito e de jurisdição.<sup>9</sup>

A transformação operada pelo Estado legislativo teve a intenção de conter os abusos da administração e da jurisdição e, assim, obviamente não se está dizendo que o sistema anterior ao do Estado legislativo era melhor. Não há dúvida de que a supremacia da lei sobre o judiciário teve o mérito de conter as arbitrariedades de um corpo de juízes imoral e corrupto. O problema é que, como o direito foi resumido à lei e a sua validade conectada exclusivamente com a autoridade da fonte da sua produção, restou impossível controlar os abusos da legislação. Ora, se a lei vale em razão da autoridade que a edita, independente da sua correlação com os princípios de justiça, não há como direcionar a produção do direito aos reais valores da sociedade.

Por outro lado, o princípio da legalidade tinha estreita ligação com o princípio da liberdade, valor perseguido pelo Estado liberal a partir das idéias de que a Administração apenas podia fazer o que a lei autorizasse e de que os cidadãos podiam fazer tudo aquilo que a lei não vedasse. Para não violar a liberdade e a igualdade – obviamente formal – dos cidadãos, a lei deveria guardar as características da *generalidade* e da *abstração*. A norma não poderia tomar em consideração alguém em específico ou ser feita para uma determinada hipótese. A generalidade era pensada como garantia de imparcialidade do poder frente aos cidadãos – que, por ser serem “iguais”, deveriam ser tratados sem

---

<sup>7</sup> Montesquieu, *Do espírito das leis*, São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 158.

<sup>8</sup> Cf. Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 291.

<sup>9</sup> Luigi Ferrajoli, *Pasado e futuro del estado de derecho, Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2003, p. 15-17.

discriminação – e a abstração como garantia da estabilidade – de longa vida – do ordenamento jurídico.<sup>10</sup>

A igualdade, que não tomava em conta a vida real das pessoas, era vista como garantia da liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existissem gritantes distinções concretas. O Estado Liberal tinha preocupação com a defesa do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais. A impossibilidade de o Estado interferir na sociedade, de modo a proteger as posições sociais menos favorecidas, constituía consequência natural da suposição de que para se conservar a liberdade de todos era necessário não discriminar ninguém, pois qualquer tratamento diferenciado era visto como violador da igualdade – logicamente formal.

Ademais, para o desenvolvimento da sociedade em meio à liberdade, aspirava-se a um direito previsível ou a chamada “certeza do direito”. Desejava-se uma lei abstrata, que pudesse albergar quaisquer situações concretas futuras, e assim eliminasse a necessidade da edição de novas leis e, especialmente, a possibilidade de o juiz, ao aplicá-la, ser levado a tomar em conta especificidades próprias e características de uma determinada situação.

A generalidade e a abstração evidentemente também apontavam para a impossibilidade de o juiz interpretar a lei ou considerar circunstâncias especiais ou concretas. Como é óbvio, de nada adiantaria uma lei marcada pela generalidade e pela abstração se o juiz pudesse conformá-la às diferentes situações concretas. Isso, segundo os valores liberais, obscureceria a previsibilidade e a certeza do direito, pensados como indispensáveis para a manutenção da liberdade dos cidadãos. Compreende-se, nessa dimensão, a razão pela qual Montesquieu disse que se “os julgamentos fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.<sup>11</sup> Não há dúvida de que essa afirmação de Montesquieu revela uma ideologia política ligada à idéia de que a liberdade política, vista como segurança psicológica do sujeito, realiza-se mediante a “certeza do direito”.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 29.

<sup>11</sup> Montesquieu, *Do espírito das leis*, cit., p. 158.

<sup>12</sup> Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*, cit., p. 294.

Mas, tudo isso leva às questões da sistematicidade e da plenitude do direito. A lei se sobrepunha a todas às normas jurídicas. As Constituições, é certo, eram dotadas de um marco de intangibilidade, mas só para evitar a restauração do poder do Regime Antigo, pois podiam ser modificadas para beneficiar a burguesia e, nessa perspectiva, podiam ser ditas Constituições flexíveis. A Constituição, como norma maior, valia apenas evitar o retrocesso, ou melhor, para eliminar qualquer resquício do antigo regime, mas não constituía empecilho à realização dos projetos dos novos detentores do poder.

O que dava unidade à lei não era a Constituição, mas sim o poder político e social da classe soberana no Parlamento. A coerência da lei advinha da coesão da força política da burguesia e o ordenamento jurídico era impregnado pelos seus valores e princípios.<sup>13</sup> De modo que a unidade do ordenamento não precisava ser garantida por uma norma, na medida em que estava alicerçada nos valores da força política que sustentava o Parlamento.<sup>14</sup>

## 2.2 O positivismo jurídico

O positivismo jurídico é tributário dessa concepção de direito, pois, partindo da idéia de que o direito se resume à lei e, assim, é fruto exclusivo das casas legislativas, limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador.

O positivismo jurídico nada mais é do que uma tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do direito. Imaginou-se, sob o rótulo de positivismo jurídico, que seria possível criar uma ciência jurídica a partir dos métodos das ciências naturais, basicamente a objetividade da observação e a experimentação. Se o investigador das ciências naturais pode, muito mais do que aquele que trabalha com o direito, despir-se dos seus sentimentos ao investigar, bem como realizar experimentos com base em procedimentos lógicos até concluir a respeito da verdade ou da falsidade de uma

---

<sup>13</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 32.

<sup>14</sup> Como explica Zagrebelski, com base nessas premissas a ciência do direito podia afirmar que as disposições legislativas nada mais eram do que partículas constitutivas de um edifício jurídico coerente e que, portanto, o intérprete podia retirar delas, indutivamente ou mediante uma operação intelectual, as estruturas que o sustentavam, isto é, os seus princípios. Esse é o fundamento da interpretação sistemática e da analogia, dos métodos de interpretação que, na presença de uma lacuna, isto é, da falta de uma disposição expressa para resolver uma controvérsia jurídica, permitiam individualizar a norma precisa em coerência com o sistema. A sistematicidade acompanhava, portanto, a plenitude do direito” (Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 32)



proposição, supôs-se que a tarefa do jurista poderia ser submetida a essa mesma lógica. Nessa linha, o jurista e o juiz sempre chegariam a um resultado correto ou falso, como se físicos ou químicos fossem.

A mera observação e descrição da norma constitui o ponto caracterizador do positivismo, que dessa forma pode ser visto como uma ciência cognoscitiva ou explicativa de um objeto, isto é, da norma positivada. Por constituir explicação da norma, o positivismo difere nitidamente da atividade de produção do direito, ou da atividade normativa, pois a tarefa do jurista positivista é completamente autônoma em relação à atividade de produção do direito, ao contrário do que acontecia à época em que a atividade da jurisprudência e dos doutores criava o direito.<sup>15</sup>

O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando a sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses.<sup>16</sup>

Contudo, o positivismo jurídico não apenas aceitou a idéia de que o direito deveria ser reduzido à lei, mas também foi o responsável por uma inconcebível simplificação das tarefas e das responsabilidades dos juízes, promotores, advogados, professores e juristas, limitando-as a uma aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense, na Universidade e na elaboração doutrinária.<sup>17</sup>

Isso significa que o positivismo jurídico, originariamente concebido para manter a ideologia do Estado liberal, transformou-se, ele mesmo, em ideologia. Nessa dimensão, passou a constituir a bandeira dos defensores do *status quo* ou dos interessados em manter a situação consolidada pela lei. Isso permitiu que a sociedade se desenvolvesse sob um

---

<sup>15</sup> Luigi Ferrajoli, Pasado e futuro del estado de derecho, *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 16.

<sup>16</sup> Referindo-se ao Código Civil italiano de 1865, diz Natalino Irti “Na idade liberal – a idade que se encerra em 1914 entre os esplendores da grande guerra -, o sistema normativo gravita completamente em torno ao Código Civil. O Código Civil de 1865 contém os princípios gerais, *que orientam a regulação das particulares instituições ou matérias, e que, em última instância, servem para colmatar as lacunas do ordenamento*” (Natalino Irti, *Leyes especiales (del mono-sistema al poli-sistema)*, *La edad de la descodificación*, Barcelona: Bosch, 1992, p. 93)

<sup>17</sup> Mauro Cappellletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 72.



asséptico e indiferente sistema legal ou mediante a proteção de uma lei que, sem tratar de modo adequado os desiguais, tornou os iguais em carne-e-osso mais desiguais ainda.

### 2.3 A jurisdição como função dirigida a tutelar os direitos subjetivos privados violados

Se é certo que a jurisdição, no final do século XIX, encontrava-se totalmente comprometida com os valores do Estado liberal e do positivismo jurídico, passa a importar, agora, a relação entre tais valores e a concepção de jurisdição como função voltada a dar atuação aos direitos subjetivos privados violados.

Os processualistas que definiram essa idéia de jurisdição estavam sob a influência ideológica do modelo do Estado liberal de direito e, por isso, submetidos aos valores da igualdade formal, da liberdade individual mediante a não interferência do Estado nas relações privadas, e do princípio da separação de poderes como mecanismo de subordinação do executivo e do judiciário à lei.

Na época, atuava a chamada escola exegética, que, além de ter sido influenciada pelo iluminismo, foi acentuadamente marcada pelo positivismo jurídico e, assim, pela idéia de submissão do juiz à lei.

A tendência de defesa da esfera de liberdade do particular aliada à tese de que a apenas a supremacia da lei seria capaz de proteger esses direitos, deram naturalmente à jurisdição a função de proteger os direitos subjetivos dos particulares mediante a aplicação da lei.

Mais precisamente, a jurisdição tinha a função de viabilizar a reparação do dano, uma vez que, nessa época, não se admitia que o juiz pudesse atuar antes de uma ação humana ter violado o ordenamento jurídico. Se a liberdade era garantida na medida em que o Estado não interferia nas relações privadas, obviamente não se podia dar ao juiz o poder de evitar a prática de uma conduta sob o argumento de que ela *poderia* violar a lei. Na verdade, qualquer ingerência do juiz, sem que houvesse sido violada uma lei, *seria vista como um atentado à liberdade individual*.

Giuseppe Manfredini - um doutrinador italiano da época - ao escrever, em 1884, o seu “*Programma del corso di diritto giudiziario civile*”, destacou entre os princípios informadores da “*procedura civile*” aquele que sintetizaria a necessidade de se conferir aos

direitos privados a máxima garantia social com o *mínimo de sacrifício de liberdade individual*. Disse Manfredini “*que cada restrição à liberdade do indivíduo é superior ao poder de todas as leis positivas humanas, e que conseqüentemente também a de ‘procedura’ deve respeitar esse limite*”.<sup>18</sup>

Não é de se admirar, assim, que o conceito de jurisdição, nessa época, não englobasse a necessidade de tutela preventiva, ficando restrita à reparação do direito violado.<sup>19</sup>

Mas a conotação repressiva da jurisdição não foi simplesmente influenciada pelo valor da liberdade individual, pois o princípio da separação dos poderes também serviu para negar à jurisdição o poder de dar tutela preventiva aos direitos, uma vez que, na sua perspectiva, a função de prevenção diante da ameaça de não observância da lei era da administração. Esse seria um poder exclusivo de “polícia administrativa”, evitando-se, desse modo, uma sobreposição de poderes: a administração exerceria a prevenção e o judiciário apenas a repressão.

Ademais, a idéia de igualdade formal, ao refletir a impossibilidade de tratamento diferenciado às diferentes posições sociais e aos bens, unificou o valor dos direitos, permitindo a sua expressão em dinheiro e, assim, que a jurisdição pudesse conferir a todos eles um significado em pecúnia. Foi quando surgiu a idéia de reparação do dano pelo equivalente, o que obviamente também teve influência sobre a concepção de jurisdição como função dirigida a dar tutela aos direitos privados violados.

Ora, se todos os direitos podiam ser convertidos em pecúnia, e a jurisdição então não se preocupava com a tutela da integridade do direito material, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, logicamente não era necessária a prestação jurisdicional preventiva, bastando aquela que pudesse colocar no bolso do particular o equivalente monetário.

#### *2.4 Da teoria da proteção dos direitos subjetivos privados à teoria da atuação da vontade da lei*

---

<sup>18</sup> Giuseppe Manfredini, *Programma del corso di diritto giudiziario civile*. Padova: Premiata Tipografia Edit. F. Sacchetto, 1984, p. 44.

<sup>19</sup> Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, São Paulo: Ed. RT, 2003, 3ª. ed., p. 312 e ss.

Após a análise realizada no item anterior, cabe verificar o que separa e o que identifica as teorias da proteção dos direitos subjetivos privados e da atuação da vontade da lei.

A atuação da vontade da lei revela a preocupação em salientar que a jurisdição exerce um poder voltado à afirmação do direito objetivo ou do ordenamento jurídico. O objetivo da jurisdição, nessa linha, passa a ter, antes de tudo, uma conotação publicista, e não apenas um compromisso com a proteção dos particulares, isto é, um compromisso privatista.

Deve-se a Lodovico Mortara as primeiras lições endereçadas a essa concepção de jurisdição, que levaram os próprios processualistas chiovendianos a confessar o seu papel de jurista de transição entre a escola exegética e a escola histórico-dogmática, fundada por Giuseppe Chiovenda. É possível dizer que o “*Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*”<sup>20</sup> de Mortara afirmou, pela primeira vez, a natureza pública do processo civil. Como reconheceu Chiovenda<sup>21</sup>, o grande mérito de Mortara foi o de ter pensado o processo civil como instituto de direito público, “o qual foi o ponto de partida dos progressos sucessivamente obtidos no nosso campo”.<sup>22</sup>

Não obstante, ainda que o pensamento de Mortara tenha sido importante para afirmar a natureza pública do processo, o fato é que a sua concepção de jurisdição, ao frisar a defesa do direito objetivo, não se livrou do peso dos valores do Estado liberal, mantendo-se absolutamente fiel à idéia de que o juiz, diante da sua posição de subordinação ao legislador, deveria apenas atuar a vontade da lei.

Quando Mortara afirma que a jurisdição tem o fim de defender o direito objetivo, fica claro que esse objetivo deve ser realizado mediante a declaração ou a atuação da lei. Portanto, a doutrina de Mortara se diferenciou, em relação às lições dos processualistas que sustentaram a concepção de jurisdição vista no item anterior, apenas em razão de ter revelado a natureza pública do processo, mas se manteve presa aos valores culturais e ideológicos do Estado liberal.

---

<sup>20</sup> Lodovico Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1923.

<sup>21</sup> Em homenagem póstuma a Mortara.

<sup>22</sup> Giuseppe Chiovenda, Lodovico Mortara, *Rivista di diritto processuale civile*, 1937, p. 101.

## 2.5 A teoria de Chiovenda: a jurisdição como atuação da vontade concreta da lei

Giuseppe Chiovenda, em 1903, proferiu uma conferência - que se tornou famosa nos estudos do processo civil - demonstrando a autonomia da ação em face do direito subjetivo material.<sup>23</sup> Essa conferência, ao desvincular a ação do direito material, marcou o fim da era privatista do processo, e reafirmou a tendência - já inaugurada por Mortara - do realce da natureza publicista do processo civil.

A jurisdição, mergulhada no sistema de Chiovenda, é vista como função voltada à atuação da vontade concreta da lei. Segundo Chiovenda, a jurisdição, no processo de conhecimento, “consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta de lei em relação às partes”.<sup>24</sup>

Chiovenda chegou a dizer que, como a jurisdição significa a atuação da lei, “não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei”.<sup>25</sup> Essa passagem da doutrina chiovendiana é bastante expressiva no sentido de que o verdadeiro poder estatal estava na lei, e de que a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade do legislador.

É verdade que Chiovenda afirmou que a função do juiz é aplicar a vontade da lei “ao caso concreto”. Com isso, no entanto, jamais desejou dizer que o juiz cria a norma individual ou a norma do caso concreto, à semelhança do que fizeram Carnelutti e todos os adeptos da teoria unitária do ordenamento jurídico. Lembre-se que, para Kelsen - certamente o grande projetor dessa última teoria -, o juiz, além de aplicar a lei, cria a norma individual (ou a sentença).<sup>26</sup>

Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Recorde-se que, na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o

---

<sup>23</sup> Giuseppe Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti. Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1930, p. 3 e ss.

<sup>24</sup> Giuseppe Chiovenda, *Principios del derecho procesal*, Madrid: Reus, s/d, p. 365.

<sup>25</sup> Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*. cit., v. 2, p. 55.

<sup>26</sup> Hans Kelsen, *Teoria geral do direito e do Estado*, São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 165.

legislativo criava as normas gerais e o judiciário as aplicava. Enquanto o legislativo constituía o poder político por excelência, o judiciário, visto com desconfiança, se resumia a um corpo de profissionais que nada podia criar.<sup>27</sup>

De modo que não se pode confundir *aplicação da norma geral ao caso concreto* com *criação da norma individual do caso concreto*. Quando se sustenta, na linha da lição de Kelsen, que o juiz cria a norma individual, admite-se que o *direito é o conjunto das normas gerais e das normas individuais* e, por conseqüência, que o direito também é criado pelo juiz.

Embora a doutrina da criação da norma individual não *signifique que o juiz não esteja preso ao texto da lei* – como ficará claro quando se estudar a concepção de jurisdição de Carnelutti -, é inegável que tal doutrina, ao sustentar que o juiz *cria* a norma individual, representou uma crítica à posição que enxergava na função do juiz uma simples *aplicação das normas gerais*.

Contudo, não se pode obscurecer que a doutrina de Chiovenda deu origem a uma escola que desvinculou o processo do direito material, manchando-se com características que a diferenciaram da escola exegetica. Porém, os princípios básicos da escola chiovendiana - sobre os quais, aliás, formaram-se a moderna doutrina processual italiana e a doutrina processual brasileira - foram inspirados no modelo institucional do Estado de direito de matriz liberal, revelando, de tal modo, uma continuidade ideológica em relação ao pensamento dos juristas do século XIX<sup>28</sup>.

A mudança que se verificou em relação à natureza do processo, antes concebido como algo posto a serviço dos particulares, e depois visto como meio através do qual se exprime a autoridade do Estado, nada teve a ver com o surgimento de uma ideologia diversa da liberal, e muito menos com uma tentativa de inserção do processo civil em uma dimensão social, constituindo apenas o resultado da evolução da cultura jurídica.<sup>29</sup>

Deixe-se claro que a escola chiovendiana, ainda que preocupada com a investigação das raízes históricas dos institutos processuais, bem como com uma maior problematização da dogmática processual civil, jamais chegou a questionar, por exemplo, o acesso dos

---

<sup>27</sup> Eugenio Bulygin, *Los jueces crean derecho?*, Texto apresentado ao *XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoria e filosofia do direito*, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, p. 8.

<sup>28</sup> Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 70.

<sup>29</sup> Michele Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 186.

cidadãos ao Poder Judiciário e a efetividade dos procedimentos para atender aos direitos das classes desprivilegiadas.

Como está claro, a escola chiovendiana, apesar de ter contribuído para desenvolver a natureza publicista do processo, manteve-se fiel ao positivismo clássico.

## 2.6 A doutrina de Carnelutti: a justa composição da lide

Carnelutti atribuiu à jurisdição a função de justa composição da lide, entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência do outro interessado.<sup>30</sup> A lide, no sistema de Carnelutti, ocupa o lugar da ação no sistema chiovendiano.

Como visto, Chiovenda, ao desenvolver o estudo da ação, demonstrou a sua autonomia em relação ao direito material. Porém, esse trabalho de separação entre a ação e o direito subjetivo material teve o nítido objetivo de demonstrar a superação da concepção privatista de processo. Como fez questão de frisar Cristina Rapisarda, a teoria chiovendiana da jurisdição, como função voltada à atuação da vontade concreta da lei, era estritamente conexa, no plano conceitual, com o princípio da autonomia da ação.<sup>31</sup> Ou seja, se a ação não se confunde com o direito material, constituindo um poder de provocar a atividade do juiz, é lógico que essa atividade é voltada à atuação da lei, e não à realização do direito material. De modo que o conceito chiovendiano de ação se colocou ao centro do sistema que revelou a natureza publicista do processo. A partir desse conceito, a jurisdição foi, por consequência, pensada no quadro das funções do Estado, considerada, então, a tripartição dos poderes.

Carnelutti, entretanto, partiu da idéia de lide - compreendida como conflito de interesses, ou mais precisamente, marcada pela idéia de litigiosidade, conflituosidade ou contenciosidade - para definir a existência de jurisdição. A lide, dentro do sistema carneluttiano, é característica essencial para a presença de jurisdição. Havendo lide, a atividade do juiz é jurisdicional, mas não há jurisdição quando não existe um conflito de interesses para ser resolvido ou uma lide para ser composta pelo juiz.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., v. 1, p. 40.

<sup>31</sup> Cristina Rapisarda, *Profili della tutela civile inibitoria*, cit., p. 52.

<sup>32</sup> Francesco Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., p. 130 e ss.

É evidente que o ângulo visual de Carnelutti revela uma compreensão privatista da relação entre a lei, os conflitos e o juiz. Enquanto Chiovenda procurava a essência da jurisdição dentro do quadro das funções do Estado, Carnelutti via na especial razão – no conflito de interesses - pela qual as partes precisavam do juiz a característica que deveria conferir corpo à jurisdição. Carnelutti estava preocupado com a finalidade das partes; Chiovenda com a atividade do juiz. Por isso, é possível dizer que Carnelutti enxergava o processo a partir de um interesse privado e Chiovenda em uma perspectiva publicista.

De qualquer forma, a fórmula da “composição da lide” também pode ser analisada a partir da idéia, que está presente no sistema de Carnelutti, de que a lei é, por si só, insuficiente para compor a lide, sendo necessária para tanto a atividade do juiz. A sentença, nessa linha, integra o ordenamento jurídico, tendo a missão de fazer concreta a norma abstrata, isto é, a lei. A sentença, ao tornar a lei particular para as partes, comporia a lide.<sup>33</sup>

As concepções de “justa composição da lide”, de Carnelutti, e de “atuação da vontade concreta do direito”, elaborada por Chiovenda, são ligadas a uma tomada de posição em face da teoria do ordenamento jurídico, ou melhor, à função da sentença diante do ordenamento jurídico. Para Chiovenda, a função da jurisdição é meramente declaratória; o juiz declara ou atua a vontade da lei. Carnelutti, ao contrário, entende que a sentença torna concreta a norma abstrata e genérica, isto é, faz particular a lei para os litigantes.

Para Carnelutti a sentença cria uma regra ou norma individual, particular para o caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico, enquanto que, na teoria de Chiovenda, a sentença é externa (está fora) ao ordenamento jurídico, tendo a função de simplesmente declarar a lei, e não de completar o ordenamento jurídico. A primeira concepção é considerada adepta da teoria unitária e a segunda da teoria dualista do ordenamento jurídico, sendo que essas teorias também são chamadas de constitutiva (unitária) e declaratória (dualista).

Alguém pode indagar, diante disso, se Carnelutti, quando adere à teoria unitária, admite que a sentença cria um direito que ainda não existia. Para tanto é preciso esclarecer se, diante da teoria unitária, devida especialmente a Kelsen, que afirma que o juiz produz uma norma jurídica concreta, desejou-se concluir que o juiz pode, ao proferir a sentença, criar uma norma individual que não tenha base em uma norma jurídica já existente.

---

<sup>33</sup> Francesco Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli: Morano, 1958, p. 18 e ss.



A resposta não é animadora para quem pretenda ver algo mais na definição de jurisdição. Para Kelsen todo ato jurídico constitui, em um só tempo, aplicação e criação do direito, com exceção da Constituição “originária” e da execução da sentença (ou da norma individual), pois a primeira seria pura criação e a segunda pura aplicação do direito.<sup>34</sup> Por isso, o legislador aplica a Constituição e cria a norma geral e o juiz *aplica a norma geral e cria a norma individual*.<sup>35</sup>

A teoria de Kelsen afirma a idéia de que toda norma tem como base uma norma superior, até se chegar à norma fundamental, que estaria no ápice do ordenamento. *De modo que a norma individual, fixada na sentença, liga-se necessariamente a uma norma superior. A norma individual faria parte do ordenamento, ou teria natureza constitutiva, apenas por individualizar a norma superior para as partes*.<sup>36</sup>

Contudo, ao individualizar a norma superior, o juiz a declara. Quando torna a norma concreta, ou compõe a lide no sentido da doutrina de Carnelutti, faz apenas um processo de adequação da norma – já existente – ao caso concreto. É certo que a norma jurídica, genérica e abstrata, pode ser concretizada ainda que sem a necessidade do processo. Para tanto, basta que um fato se enquadre perfeitamente à previsão da norma abstrata. Mas, se isso não ocorre – até mesmo porque não é fácil, à primeira vista e de comum acordo, concluir se um fato se adapta à previsão da norma abstrata -, surge como necessária a jurisdição para dizer se o fato ocorrido está por ela albergado. Mediante uma atividade de conhecimento do fato e de inteligência da norma, o juiz, ao proferir a sentença, individualiza a norma, tornando-a concreta para os litigantes.

Isso quer dizer que as concepções de que o juiz atua a vontade da lei e de que o juiz edita a norma do caso concreto *beberam na mesma fonte*, pois a segunda, ao afirmar que a sentença produz a norma individual, quer dizer apenas que o juiz, depois de raciocinar, concretiza *a norma já existente, a qual, dessa forma, também é declarada*.

---

<sup>34</sup> Cf. Eugenio Bulygin, Los jueces crean derecho?, Texto apresentado ao XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoria e filosofia do direito, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, p. 10.

<sup>35</sup> “Criar uma norma é, portanto, ao mesmo tempo, aplicar uma outra norma; o mesmo ato é, simultaneamente, de criação e de aplicação do direito” (Hans Kelsen, *Teoria Geral do Estado*, Coimbra: Armênio Amado, 1945, p. 105.

<sup>36</sup> Hans Kelsen, *Teoria Geral do Estado*, cit., p. 109 e ss.

Quando os processualistas clássicos sustentam que a sentença fixa a lei do caso concreto, obviamente não querem dizer que a sentença não é fiel à lei que preexiste ao processo, mas apenas que a sentença, após o processo ter encerrado – e produzido o que se chama de coisa julgada material –, vale como lei para as partes. Dizia, por exemplo, Calamandrei – um dos mais importantes processualistas do século passado –, que “a lei abstrata se *individualiza por obra do juiz*”<sup>37</sup>. Isso ocorreria após o término do processo, quando a sentença não pudesse mais ser discutida, ocasião em que não se admitiria mais nem falta de certeza nem conflito sobre a relação jurídica julgada. Eis a lição do ilustre jurista italiano: “*assim como a lei vale, enquanto está em vigor, não porque corresponda à justiça social, senão unicamente pela autoridade de que está revestida (‘dura lex sed lex’), assim também a sentença, uma vez transitada em julgado, vale não porque seja justa, senão porque tem, para o caso concreto, a mesma força da lei (‘lex specialis’)*. Em um certo ponto, já não é legalmente possível examinar se a sentença corresponde ou não à lei: a sentença é a lei, e a lei é a que o juiz proclama como tal. *Mas com isto não se quer dizer que a passagem à coisa julgada crie o direito: a sentença (ou a coisa julgada material ou declaração de certeza), no sistema da legalidade, tem sempre caráter declarativo, não criativo do direito*”.<sup>38</sup>

Frise-se que Calamandrei é adepto da teoria unitária do ordenamento jurídico, sustentando *que a lei se individualiza através da sentença*. Mas, ainda assim, não nega que a tarefa jurisdicional tenha função declaratória. Aliás, afirma expressamente que “*a lei vale, enquanto está em vigor, não porque corresponda à justiça social, senão unicamente pela autoridade de que está revestida*”. Essa afirmação de Calamandrei é imprescindível para se compreender e demonstrar *que a adesão à teoria unitária não representa, por si só, qualquer rompimento com o positivismo clássico*.

Deixe-se claro, portanto, que as concepções de Carnelutti e Calamandrei, apesar de filiadas à teoria unitária do ordenamento jurídico, não se desligaram da idéia de que a função do juiz está estritamente subordinada à do legislador, devendo declarar a lei. Na verdade, a distinção entre a formulação de Chiovenda e as de Carnelutti e Calamandrei está em que, para a primeira, a jurisdição declara a lei, *mas não produz uma nova regra, que*

---

<sup>37</sup> Piero Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli: Morano, 1970, p. 156.

<sup>38</sup> Piero Calamandrei, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 158.

*integra o ordenamento jurídico*, enquanto que, para as demais, a jurisdição, *apesar de não deixar de declarar a lei*, cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico.

### **3. O neoconstitucionalismo**

#### *3.1 A dissolução da lei genérica, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento*

A idéia de lei genérica e abstrata, fundada pelo Estado legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por “homens livres e iguais” e dotados das mesmas necessidades. É claro que essa pretensão foi rapidamente negada pela dimensão concreta da vida em sociedade, inexoravelmente formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações completamente distintas.

A lei genérica ou universal, assim como a sua abstração ou eficácia temporal ilimitada, somente seriam possíveis em uma sociedade formada por iguais – o que é utópico –, ou em uma sociedade em que o Estado ignorasse as desigualdades sociais para privilegiar a liberdade, baseando-se na premissa de que essa somente seria garantida se os homens fossem tratados de maneira formalmente igual, independentemente das suas desigualdades concretas. Lembre-se que, para acabar com os privilégios, típicos do antigo Regime, o Estado liberal resolveu tratar todos de forma igual perante a lei.

Esse último é o verdadeiro fundamento da lei genérica e abstrata, que, por sua vez, também teve repercussão sobre a função da jurisdição. Ora, se a lei não podia considerar determinados bens ou posições sociais, é claro que o juiz estava proibido de interpretar a norma considerando as diferenças entre as pessoas.

Porém, a neutralidade ou a falta de conteúdo da lei e da jurisdição - ou, enfim, do próprio Estado legislativo - rapidamente fez perceber que a igualdade social constituía requisito para a efetivação da própria liberdade, ou melhor, para o desenvolvimento da sociedade. Concluiu-se, em síntese, que a liberdade somente poderia ser usufruída por aquele que tivesse o mínimo de condições materiais para ter uma vida digna.

Surge, então, o Estado preocupado com as questões sociais que impediam a “justa” inserção do cidadão na comunidade. Com ele explodem grupos orientados à proteção de setores determinados, que nessa linha passam a fazer pressão sobre o legislativo, visando leis diferenciadas.

Tais grupos de pressão – sindicatos, associações de profissionais liberais, associações de empresários, etc – não apenas dão origem a leis destinadas a regular as suas próprias áreas de interesse, mas também passam a medir forças em torno de leis que são do interesse comum de sindicatos de trabalhadores e empresários, por exemplo.

Lembre-se que à época do Estado liberal a lei era considerada fruto da vontade de um parlamento habitado apenas por representantes da burguesia, no qual não havia confronto ideológico. Após essa fase, as casas legislativas deixam de ser o lugar da uniformidade, tornando-se o local da divergência, em que diferentes idéias acerca do papel do Direito e do Estado passam a se confrontar. Aí, à evidência, não há mais uma vontade geral, podendo-se falar em uma “vontade política”, ou melhor, na vontade do grupo mais forte dentro do parlamento. Atualmente, porém, essa vontade política se confunde com a vontade dos *lobbys* e dos grupos de pressão que atuam nos bastidores do parlamento.

A falta de conhecimento do direito, e até mesmo a tentativa de desprezo de direitos básicos e indisponíveis, por parte dos grupos de pressão, gera a cada dia leis mais complexas e obtusas, frutos de ajustes e compromissos entre os poderes sociais em disputa.

É evidente que, diante disso, as características da impessoalidade e da coerência da lei – sonhadas pelo positivismo clássico - deixam de existir. A vontade legislativa passa a ser a vontade dos ajustes do legislativo, determinada pelas forças de pressão. A respeito, afirma-se que a maioria legislativa é substituída, cada vez com mais frequência, por variáveis coalisões legislativas de interesses.<sup>39</sup>

Contudo, não foi apenas a perspectiva interna da lei que mudou, deixando de ser o resultado de uma vontade homogênea e coerente para ser o resultado da participação e da pressão dos vários grupos sociais, mas também a própria noção de que o direito tem origem no Estado.

Isso aconteceu não apenas porque o Estado renegou determinados setores da sociedade, abrindo margem para o surgimento de “ordenamentos privados” completamente

---

<sup>39</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 38.

destoantes dos fundamentos do direito estatal, como ocorreu nas chamadas associações de bairro das favelas do Rio de Janeiro.<sup>40</sup>

Na realidade, ao se dizer que o direito não tem mais origem apenas no Estado, alude-se aos locais que o próprio Estado deixou aberto a uma regulação específica pelas associações e pelos sindicatos.

Perceba-se que, quando se afirma que a lei é fruto do pluralismo das forças sociais e, muitas vezes, da coalisão dessas forças, não se nega que a sua fonte de produção seja o Estado, mas, quando se desloca a perspectiva do pluralismo *de formação* da lei para o pluralismo *de fonte*, evidencia-se que o direito não tem mais apenas origem no poder estatal. Com isso se enterra outra marca do positivismo clássico, que via o direito na lei editada pelo Estado.<sup>41</sup>

### 3.2 A nova concepção de direito e a transformação do princípio da legalidade

Diante do atual contexto de formação da lei e das novas fontes de produção do direito, não há mais como pensar em norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento.<sup>42</sup>

Por conseqüência, o princípio da legalidade obviamente não pode mais ser visto como à época do positivismo clássico. Recorde-se que o princípio da legalidade, no Estado legislativo, implicou na redução do direito à lei, cuja legitimidade dependia apenas da autoridade que a emanava. Atualmente, como se reconhece que a lei é o resultado da coalisão das forças dos vários grupos sociais, e que por isso freqüentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos, torna-se evidente a necessidade de

---

<sup>40</sup> Esses ordenamentos, como é óbvio, não são admitidos pelo Estado, devendo ser combatidos.

<sup>41</sup> Considerando tudo isso, Zagrebelski afirma que não é possível entender que as leis e as outras fontes, tomadas em seu conjunto, constituam um ordenamento nos moldes daquele que era pretendido pelo Estado legislativo, advertindo que a crise da idéia de Código é a manifestação mais clara dessa mudança. (Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 39).

<sup>42</sup> Como diz Natalino Irti, “as leis especiais agora estão no centro da experiência jurídica contemporânea. As definições, enunciadas pela doutrina do século XIX e das primeiras décadas do nosso, tornaram-se insuficientes. É necessário revisar as teorias das fontes e redefinir a *relação entre Constituição, Código Civil e leis especiais*” (Natalino Irti, *Leyes especiales (del mono-sistema al poli-sistema), La edad de la descodificación*, cit., p. 93).

submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça.<sup>43</sup>

Na verdade, ainda que não houvesse a consciência de pluralismo, somente com uma ausência muito grande de percepção crítica se poderia chegar à conclusão de que a lei não precisa ser controlada, por ser uma espécie de fruto dos bons, que se colocam acima do bem e do mal, ou melhor, do executivo e do judiciário. Ora, a própria história se encarregou de mostrar as arbitrariedades, brutalidades e discriminações procedidas por leis *formalmente* perfeitas.

Portanto, ainda que se ignorasse a idéia de pluralismo, jamais se poderia concluir que o texto da lei é perfeito, e assim deve ser simplesmente proclamado pelo juiz, apenas por ser o resultado de um procedimento legislativo regular. De modo que se tornou necessário resgatar a *substância* da lei e, mais do que isso, encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça.

Tal substância e esses princípios tinham que ser colocados em uma posição superior e, assim, foram infiltrados nas Constituições. Essas Constituições, para poderem controlar a lei, deixaram de ter resquícios de *flexibilidade* – tornando-se “*rígidas*”, no sentido de escritas e não passíveis de modificação pela legislação ordinária - e passaram a ser vistas como dotadas de *plena eficácia normativa*. *A lei, dessa forma, perde o seu posto de supremacia, e agora se subordina à Constituição*<sup>44</sup>.

Ao se dizer que a lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais, admite-se que ela deixa de ter apenas uma legitimação formal, ficando amarrada

---

<sup>43</sup> “A emergência da conflitividade social e o caráter da não neutralidade do direito, assim como a impugnação da separação entre direito, sociedade e mercado, os quais desencadeiam, por conseguinte, a problematização da questão inerente à legitimação social e moral do próprio fenômeno jurídico, ‘determinarão a superação das imagens da homogeneidade da sociedade liberal e a perda da posição central da lei, como forma jurídica e fonte do direito, que vinha ocupando no Estado legislativo’. Com efeito, a dissolução da imagem homogênea do jurídico será a consequência das tensões as que se vê submetido o ordenamento jurídico dada a multiplicidade e heterogeneidade das pretensões sociais que se dirigem ao mesmo. Deste modo, as tensões desagregadoras que afetam o direito no Estado liberal se expressarão, pelo menos, em duas vertentes: desde um prisma interno de perspectiva a partir da ruptura da própria concepção da lei, que de uma representação unívoca de um conjunto de interesses abstrata e homogeneamente concebidos desloca-se em direção a um ato permeado de interesses que estão em permanente conflituosidade e, no que concerne a uma vertente de caráter externo, o processo de normatividade da lei vincular-se-á não mais aos caracteres de uma codificação idealizada que pudesse abranger todas as preferências de uma sociedade cada vez mais plural, mas será concebido paralelamente aos processos autônomos de regulação social” (Écio Oto Ramos Duarte, *Teoria do discurso e correção normativa do direito*, São Paulo: Landy, 2003, p. 36).

<sup>44</sup> Ver Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 1991.

substancialmente aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos a lei, torna-se exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais<sup>45</sup>.

Mas, se essa nova concepção de direito ainda exige que se fale de princípio da legalidade, restou necessário dar-lhe uma nova configuração, compreendendo-se que, se antes esse princípio era visto em uma dimensão *formal*, agora ele tem conteúdo *substancial*, pois requer a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais.

Por isso não há mais qualquer legitimidade na velha idéia de jurisdição voltada à atuação da lei, esquecendo-se que o Judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais.

A transformação do princípio da legalidade levou Ferrajoli a aludir a uma *segunda revolução*, contraposta exatamente àquela que foi criada com a aparição do antigo princípio da legalidade - que já havia provocado, com a afirmação da onipotência do legislador, uma alteração de paradigma em relação ao direito anterior ao do Estado legislativo. *Essa segunda revolução também implicou em uma nova quebra de paradigma, substituindo o velho princípio da legalidade formal pelo princípio da estrita legalidade ou da legalidade substancial.*<sup>46</sup>

Diante disso, alguém poderia pensar que o princípio da legalidade simplesmente sofreu um desenvolvimento, já que a subordinação à lei passou a significar subordinação à Constituição, ou melhor, que a subordinação do Estado à lei foi levada a uma última conseqüência, consistente na subordinação da própria legislação à Constituição, que nada mais seria do que a “lei maior”.

Contudo, essa leitura constitui um reducionismo do significado da subordinação da lei à Constituição, ou uma incompreensão das tensões que conduziram à transformação da própria noção de direito. Na verdade, a subordinação da lei à Constituição não pode ser compreendida como uma mera “continuação” dos princípios do Estado legislativo,<sup>47</sup> pois

---

<sup>45</sup> Robert Alexy, Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001, p. 34.

<sup>46</sup> Luigi Ferrajoli, Derechos fundamentales, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 53.

<sup>47</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 34.



*significa uma “transformação” que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição.*

### *3.3 Compreensão, crítica e conformação da lei. O pós-positivismo*

Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Essa compreensão crítica já é uma tarefa de concretização, pois a lei não é mais objeto<sup>48</sup>, porém componente que vai levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, nesse sentido, como um novo ou outro objeto.

A obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas sim a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei - ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível.

Não há como negar, hoje, a eficácia normativa ou a normatividade dos princípios de justiça. Atualmente, esses princípios e os direitos fundamentais têm qualidade de normas jurídicas e, assim, estão muito longe de significar simples valores. Aliás, mesmo os princípios constitucionais não explícitos e os direitos fundamentais não expressos têm plena eficácia jurídica.

Tal tomada de consciência é muito importante para se concluir que tais princípios e direitos conferem unidade e harmonia ao sistema<sup>49</sup>, não dando alternativa ao juiz e ao

---

<sup>48</sup> Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del Estado de Derecho, Neoconstitucionalismo(s)*. Coordenado por Miguel Carbonell, Madrid: Trotta, 2003, p. 18.

<sup>49</sup> Luís Roberto Barroso, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, A nova interpretação constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29.

jurista senão colocar a lei na sua perspectiva. Vale dizer que as normas constitucionais são vinculantes da interpretação das leis.<sup>50</sup>

O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como “conformação da lei”.

Essa transformação da ciência jurídica, ao dar ao jurista uma tarefa de construção – e não mais de simples revelação -, confere maior dignidade e responsabilidade ao jurista, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade.<sup>51</sup>

#### **4. A função dos princípios constitucionais**

##### *4.1 Normas jurídicas: princípios e regras*

A doutrina, especialmente após as obras de Dworkin<sup>52</sup> e Alexy<sup>53</sup>, tem feito a distinção entre princípios e regras. É possível dizer que as normas infraconstitucionais são geralmente regras, ao passo que as normas constitucionais que definem conceitos de justiça e que expressam direitos constituem geralmente princípios.

Porém, é certo que a Constituição contém regras e princípios. Mas, enquanto as regras se esgotam em si mesmas, na medida em que descrevem o que se deve, não se deve ou se pode fazer em determinadas situações, os princípios são constitutivos da ordem

---

<sup>50</sup> “Segundo certas doutrinas, as Constituições não são mais que um ‘manifesto’ político cuja concretização constitui tarefa exclusiva do legislador: os tribunais não devem aplicar as normas constitucionais – carentes de qualquer efeito imediato -, mas apenas as normas que são afirmadas pelas leis. Pois bem, *um dos elementos do processo de constitucionalização é precisamente a difusão, no seio da cultura jurídica, da idéia oposta, ou seja, da idéia de que toda norma constitucional – independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo – é uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos*” (Riccardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001, p. 53).

<sup>51</sup> Como diz Ferrajoli, “formamos parte do universo artificial que descrevemos, mas contribuimos para construí-lo de forma muito mais determinante do que pensamos. Por isso, depende também da cultura jurídica que os direitos, segundo a bela fórmula de Ronald Dworkin, sejam levados a sério, já que não são senão significados normativos, cuja percepção e aceitação social como vinculantes é a primeira e indispensável condição de sua efetividade” (Luigi Ferrajoli, *Derechos fundamentales, Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 55/56).

<sup>52</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, p.70 e ss.

<sup>53</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002

jurídica<sup>54</sup>, revelando os valores ou os critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas. Erraria profundamente quem pensasse que os princípios são simples normas caracterizadas pelo seu *status* constitucional.

Alexy afirma que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado *na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes*, ao passo que as regras são normas que podem ser cumpridas ou não, uma vez que, se uma regra é válida, *há de ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos*.<sup>55</sup> De acordo com Alexy, as regras contêm determinações em um âmbito fática e juridicamente possível, ao passo que os princípios podem ser realizados em diferentes graus, consoante as possibilidades jurídicas e fáticas.<sup>56</sup>

Isso significa que, em razão de um princípio valer para um caso, não quer dizer que aquilo que ele requer desse caso deva valer para todos os outros. Os princípios apresentam razões que podem ser superadas por razões opostas. A realização dos princípios depende das possibilidades jurídicas e fáticas, que são condicionadas pelos princípios opostos, e assim exigem a consideração *dos pesos* dos princípios<sup>57</sup> em colisão segundo *as circunstâncias do caso concreto*<sup>58</sup>.

Os princípios assumem importância nos casos de controle da inconstitucionalidade da lei, de dúvida interpretativa e de ausência de regra. Porém, essa perspectiva constitui apenas uma parte do significado que os princípios possuem no constitucionalismo contemporâneo. Isso porque não se pode entender que a sua função é meramente complementar ou acessória - destinando-se simplesmente a *auxiliar* na atuação das regras -, ou mesmo pensar que os princípios são apenas “válvulas de escape” do ordenamento jurídico, que entram em ação quando as regras não são capazes de regular os casos concretos.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 110.

<sup>55</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

<sup>56</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, p. 86 e ss.

<sup>57</sup> A teoria de Alexy, no sentido de que os direitos fundamentais são princípios que encerram um mandato de otimização e de que a regra da ponderação é um meio imprescindível para a sua aplicação no caso concreto, foi duramente criticada por Habermas, que disse que os direitos fundamentais são debilitados quando pensados como mandatos de otimização e que a aplicação de tais princípios, mediante a regra da ponderação, acaba sendo feita de arbitrária, por lhe faltarem critérios racionais (Jürgen Habermas, *Between facts and norms*, Cambridge: MIT, 1998).

<sup>58</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, p. 86 e ss e 99.

<sup>59</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 117.

Os princípios não se limitam a iluminar as regras jurídicas, pois também conferem valor à realidade a partir do momento em que sobre ela se projetam. Os princípios dão valor normativo aos fatos, indicando como a lei deve ser dimensionada para não agredi-los.<sup>60</sup> Por isso a compreensão e a conformação das regras estão condicionadas pelo valor atribuído à realidade pelos princípios.

Porém, se a regra deve ser compreendida e aplicada conforme o valor atribuído à realidade pelo princípio, é evidente que não se pode controlar a constitucionalidade da lei, ou mesmo interpretá-la, considerando-se apenas o seu texto. Nessa situação se diz que não basta identificar o significado da norma em abstrato, sendo necessário precisar o seu significado diante dos casos concretos.<sup>61</sup> A atenção ao desempenho da norma na prática outorga ao intérprete a possibilidade de relacionar os princípios com uma outra dimensão de significado normativo, viabilizando uma compreensão crítica da norma em uma perspectiva concreta.

#### *4.2 O problema da compreensão do direito por meio dos princípios*

É claro que a compreensão do direito por meio dos princípios, como proposta no item anterior, implica em uma ruptura com o positivismo do Estado liberal, que se expressava em um direito constituído por regras.

Na linha do positivismo clássico, não é possível aceitar que o juiz possa aplicar uma norma que não se revele mediante o seu próprio texto e que, ao contrário, exija do intérprete margem de subjetividade para a definição do seu significado. A aplicação ou a declaração da regra, própria da jurisdição daquela época, não se concilia com a atribuição de significado que caracteriza a metodologia dos princípios.

O positivismo clássico, temendo que os princípios pudessem provocar uma profunda imprevisibilidade em relação às decisões judiciais - o que também acarretaria incerteza quanto ao significado do direito -, concluiu que a atividade com os princípios deveria ser reservada a um órgão político, já que não se amoldava com a função que era

---

<sup>60</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 118.

<sup>61</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 122.

esperada do juiz, isto é, com a simples aplicação do ditado da regra produzida e acabada pelo legislativo.

Porém, as Constituições que seguiram a segunda guerra mundial instituíram uma série de princípios materiais de justiça. Tais princípios logo foram atacados sob o argumento de que, ao expressarem aspirações éticas e políticas mediante fórmulas não precisas, constituíam normas incompatíveis com a certeza e a segurança do direito. Nessa mesma linha, houve também quem atribísse aos princípios um significado meramente político, dizendo que ele somente poderia se expressar como direito através das leis infraconstitucionais.<sup>62</sup>

Porém, o Estado contemporâneo, caracterizado pela força normativa da Constituição, obviamente não dispensa a conformação das regras aos princípios constitucionais e sabe que isso apenas pode ser feito pela jurisdição. Não há qualquer dúvida, hoje, de que toda norma constitucional, independentemente do seu conteúdo ou da forma da sua vazão, produz efeitos jurídicos imediatos e condiciona o “modo de ser” das regras.

#### *4.3 Princípios constitucionais, naturalismo e pós-positivismo*

Como os princípios aludem aos direitos humanos e aos princípios materiais de justiça e, a partir daí, revelam valores que devem conformar a realidade e orientar a compreensão e a aplicação das leis, é possível encontrar no direito através dos princípios algo parecido com o que se propõe no direito natural. Ou para ser mais claro: a relação que o intérprete faz, através da sua argumentação, entre a lei e o direito natural, pode ser comparada com a que se estabelece entre a lei e os princípios.<sup>63</sup>

Não é errado pensar que as normas constitucionais refletem uma “ordem natural”, desde que a essa expressão se atribua o significado de situação histórica e concreta de uma sociedade pluralista e participativa que conduziu a uma “concordância” em um momento de cooperação.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 119.

<sup>63</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 116.

<sup>64</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 115.

Mas, é evidente que a idéia de direito por princípios não tem nada a ver com o direito natural nos moldes em que ele é tradicionalmente concebido. A sua relação de parentesco está no fato de que os princípios positivaram o que direito natural afirmava sobre os direitos do homem. Se a Constituição é uma criação política, é evidente que os direitos se fundam em algo que foi elaborado pela vontade humana e não na natureza das coisas.

Portanto, a compreensão da lei a partir da Constituição expressa uma outra configuração do positivismo, que pode ser qualificada de positivismo crítico ou de pós-positivismo, não porque atribui às normas constitucionais o seu fundamento, mas sim porque submete o texto da lei a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada uma norma jurídica que revele a adequada conformação da lei.

#### *4.4 Princípios constitucionais e pluralismo*

Os princípios expressam concepções e valores que estão indissociavelmente ligados ao ambiente cultural. Mas, como a sociedade evolui todos os dias, os princípios devem ser redimensionados nessa mesma intensidade e velocidade. Não fosse assim, seria falso que o princípio adquira substantividade a partir do seu contato com a realidade. Aliás, se o conteúdo dos princípios não sofresse mutação com o tempo, a Constituição restaria engessada à letra das suas normas ou à interpretação que um dia a elas foi conferida.

Os princípios são frutos do pluralismo e marcados pelo seu caráter aberto. Bem por isso são avessos à lógica que governa a aplicação das regras e à hierarquização. A idéia de que um princípio prevalece sobre o outro, em uma perspectiva abstrata, afronta a condição pluralista da sociedade.<sup>65</sup>

Os princípios, por sua natureza, devem conviver. A sua pluralidade, e a conseqüente impossibilidade de submetê-los a uma lógica de hierarquização, faz surgir a necessidade de uma metodologia que permita a sua aplicação diante dos casos concretos. Fala-se, nesse sentido, de ponderação dos princípios ou de aplicação da “proporcionalidade” como regra capaz de permitir a sua coexistência ou de fazer prevalecer um princípio diante do outro

---

<sup>65</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 124.

sem que um deles tenha que ser eliminado em abstrato, ou sem que o princípio não preferido em determinada situação tenha que ser negado como capaz de aplicação em outro caso concreto.

Afirma-se que no caso de conflito *de regras* o problema é de *validade*, enquanto que na hipótese de colisão *de princípios* a questão é de *peso*<sup>66</sup>. Quando há colisão de princípios, um deve ceder diante do outro, *conforme as circunstâncias do caso concreto*. De modo que não há como se declarar a *invalidade* do princípio de menor peso, uma vez que ele prossegue íntegro e válido no ordenamento, podendo merecer prevalência, em face do mesmo princípio que o precedeu, diante de outra situação concreta.<sup>67</sup>

## 5. O controle da constitucionalidade pelo juiz singular no direito brasileiro

### 5.1 *Qualquer juiz, no sistema brasileiro, tem a obrigação de controlar a constitucionalidade da lei*

É necessário frisar que a transformação da concepção de direito obviamente repercutiu sobre a função do juiz e, portanto, exige uma nova conceituação de jurisdição – tarefa que será empreendida mais tarde.

O juiz não é mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Ronald Dworkin afirma que as regras obedecem a lógica do “tudo ou nada”, enquanto que os princípios a do “peso” ou da “importância” (Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, cit., p.70 e ss. Ver, também, Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 86 e ss; Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 127 e ss; Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de Princípios Constitucionais*, São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 69; Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 77 e ss. Sobre o Direito como sistema de regras e princípios na obra de Dworkin, ver Cláudio Pereira de Souza Neto, *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 220 e ss. A respeito dos princípios como “supernormas de Direito”, ver Carlos Ayres Britto, *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 178 e ss.

<sup>67</sup> Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 88-92.

<sup>68</sup> Ver Antonio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid: Trotta, 1997, p. 211 e ss.



O neoconstitucionalismo depende do controle jurisdicional da lei. Não é por outra razão, aliás, que Riccardo Guastini afirma que a rigidez da constituição e a sua garantia jurisdicional são “condições necessárias” para se pensar na “constitucionalização do ordenamento jurídico”.<sup>69</sup>

No direito brasileiro o controle da constitucionalidade pode se dar mediante ação direta de inconstitucionalidade ou no curso de qualquer outra ação voltada à solução de um conflito de interesses ou que não tenha o fim específico de buscar a declaração de inconstitucionalidade da lei.<sup>70</sup>

A ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, segundo a Constituição Federal, é da competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a), podendo ser proposta por qualquer um dos elencados no seu art. 103: “I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; e IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.<sup>71</sup> Julgada procedente a ação direta, os efeitos da sentença se estendem a todos, e por isso são ditos “*erga omnes*”. Nesse caso a lei declarada inconstitucional é extirpada do sistema jurídico.

Mas, como dito, a constitucionalidade da lei também pode ser controlada incidentalmente em qualquer processo e, por isso, pelo próprio juiz de primeiro grau de jurisdição. Esse julgamento incidental, declarando ou não a inconstitucionalidade da lei, projeta-se apenas sobre as partes, isto é, tem aplicação somente ao caso concreto. Portanto, o eventual julgamento incidental de inconstitucionalidade não gera a anulação da lei. A lei

---

<sup>69</sup> Riccardo Guastini, La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 50.

<sup>70</sup> O controle da constitucionalidade também pode ser feito através das técnicas da “interpretação conforme a Constituição” e da “declaração parcial de nulidade (ou de inconstitucionalidade) sem redução de texto” (art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99), seja na forma direta, seja na forma incidental (ver o próximo item).

<sup>71</sup> Deixe-se claro que, além da ação direta de inconstitucionalidade, pode ser proposta a ação declaratória de constitucionalidade (arts. 102, I, a, e 103, CF e Lei n. 9.868/99), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF: “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”), e a ação de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, CF e Lei n. 9.882/99).

não é eliminada do sistema e, assim, não se torna sem efeitos para os demais cidadãos, podendo ser aplicada em outros casos concretos.

Exemplificando, poderíamos considerar a ação, dirigida a um juiz de primeiro grau, em que o contribuinte pede a anulação de débito tributário alegando a inconstitucionalidade de lei federal, e a ação direta de inconstitucionalidade, apresentada ao Supremo Tribunal Federal, em que se pede a declaração de inconstitucionalidade dessa mesma lei federal. No primeiro caso os efeitos da decisão ficam limitados às partes e, no segundo, os efeitos da decisão se projetam sobre todos.

De modo que dois juizes de primeiro grau podem divergir sobre a constitucionalidade de uma lei. É por isso que a Constituição Federal, no seu art. 102, III, b, afirma que cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. É certo que a questão de constitucionalidade somente será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal se a parte prejudicada recorrer. De qualquer maneira, a parte terá a oportunidade de chegar ao órgão jurisdicional responsável pelo próprio julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

Mas, quando a causa chega ao Supremo Tribunal Federal em razão de recurso extraordinário, o controle da constitucionalidade continua sendo incidental ao julgamento da causa. De modo que a decisão proferida em razão de recurso extraordinário também atinge apenas as partes, não conduzindo à anulação da lei.

Contudo, como não há motivo em dar a um juiz de primeiro grau ou a um tribunal estadual ou regional federal a possibilidade de contrariar o Supremo Tribunal Federal, a recente Reforma Constitucional n. 45/2004 inseriu na Constituição Federal o art. 103-A, cuja redação é a seguinte: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula 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. § 1º *A súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas*, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração

pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

Esse dispositivo confere ao Supremo Tribunal Federal, após ter proferido várias e reiteradas decisões sobre uma questão constitucional, poder para editar súmula que vincula os demais órgãos do Poder Judiciário. Nessa situação, ainda que a norma, proclamada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não seja eliminada da ordem jurídica, ela não poderá ser aplicada pelos demais órgãos jurisdicionais. Caso isso venha a ocorrer, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que então anulará a decisão, determinando que seja proferida outra com a observância da súmula que definiu a inconstitucionalidade da lei questionada.

Esclareça-se que o juiz singular não apenas não poderá declarar a constitucionalidade da lei quando a súmula vinculante houver a declarado inconstitucional, como também não poderá declarar a sua inconstitucionalidade quando a súmula houver a declarado constitucional. Como se vê, qualquer juiz, no sistema brasileiro, tem o poder de controlar a constitucionalidade de uma lei, e somente estará vinculado quando o Supremo Tribunal Federal, após reiterados julgados, houver editado súmula - mediante decisão de dois terços dos seus membros - a respeito da questão constitucional.

Não há dúvida que o controle incidental é imprescindível para a efetivação da Constituição e para que toda e qualquer demanda seja definida à luz de uma lei com contornos definidos pelos princípios de justiça e pelos direitos fundamentais.

## *5.2 Outras formas de controle da constitucionalidade da lei*

Ao lado do controle da constitucionalidade da lei que acabou de ser estudado, foram desenvolvidas, mais recentemente, outras duas técnicas de controle da constitucionalidade.

Trata-se das chamadas “*interpretação conforme a Constituição*” e “*declaração parcial de nulidade sem redução de texto*”.

A interpretação conforme é oportuna no caso em que a lei, ao ser aplicada literalmente, conduz a um juízo de nulidade. Porém, quando a inconstitucionalidade não está no texto da lei, mas advém de interpretações dele decorrentes, a hipótese é de “declaração parcial de nulidade”.

O Supremo Tribunal Federal, nessas formas de controle, não declara a lei inconstitucional. Na interpretação conforme se agrega sentido ao texto da lei e, assim, evita-se a declaração de inconstitucionalidade. Na declaração parcial de nulidade, declara-se a inconstitucionalidade de algumas interpretações da lei, deixando-se a salvo outras interpretações.

Perceba-se que quando a inconstitucionalidade atinge apenas algumas interpretações, e não a lei na dimensão da sua literalidade, é desnecessário estabelecer uma determinada interpretação capaz de fazer a lei sobreviver, isto é, uma interpretação conforme a Constituição. Frise-se que, na declaração parcial de nulidade, certas interpretações, realizadas pelos juízes e pelos administradores, são inconstitucionais, mas a lei é compatível com a Constituição e, assim, admite outras interpretações constitucionais.

A Lei n. 9.868/99, que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, afirma no seu art. 28, parágrafo único, que “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*”.

Na declaração parcial de nulidade, os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública ficam proibidos de se valer das interpretações declaradas inconstitucionais, enquanto que, na interpretação conforme, o judiciário e a administração ficam impedidos de realizar outra interpretação que não aquela que foi declarada como a única constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Ou melhor, o Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, poderá *julgar parcialmente procedente o pedido* para declarar inconstitucionais algumas

interpretações, que devem ser estabelecidas no acórdão (declaração parcial de nulidade sem redução de texto), ou para declarar possível uma única interpretação, que também deve ser sublinhada no acórdão (interpretação conforme). Note-se que a “declaração parcial de nulidade” elimina determinadas interpretações e a “interpretação conforme” declara a única interpretação que poderá ser feita pelos juízes e pelos administradores.<sup>72</sup>

Se essas duas formas de controle são expressamente previstas no caso de ação direta de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal, a possibilidade da sua aplicação não é tão clara na forma incidental ou para o juiz singular.

Nesses casos, a decisão do juiz singular somente atingirá as partes, sem vincular os demais órgãos do judiciário e a administração. Ou seja, a conclusão a que o juiz chega mediante a interpretação conforme e a declaração parcial de nulidade não precisa ser acatada por nenhum outro juiz ou órgão da administração.

A “interpretação conforme” e a “declaração parcial de nulidade sem redução de texto” conferem a qualquer juiz de primeiro grau as possibilidades de, respectivamente: i) deixar de declarar a lei inconstitucional e realizar a única interpretação conforme a Constituição; e ii) entender inconstitucionais determinadas interpretações da lei.

Sublinhe-se que o juiz de primeiro grau, além de poder fazer o controle da constitucionalidade objetivamente, pode considerar a compatibilidade da lei em face da Constituição no caso concreto, uma vez que a aplicação de uma lei pode conduzir a um *resultado incompatível com a Constituição*.

Mas, em qualquer uma dessas situações, a lei poderá ser desconsiderada, agregada em sentido para permitir uma interpretação conforme, ou ter algumas de suas interpretações rejeitadas. Nessas hipóteses também sempre haverá a possibilidade de um outro juiz aplicar a lei de maneira contrária, entendendo – por exemplo - que a lei, apesar de já ter sido interpretada conforme, é constitucional.

Como a interpretação conforme e a declaração parcial de nulidade permitem à parte prejudicada chegar ao Supremo Tribunal Federal mediante o recurso extraordinário (art. 102, III CF), é certo que esse tribunal, também nessas modalidades de controle incidental, poderá dar a última palavra.

---

<sup>72</sup> Eduardo Fernando Appio, *Interpretação conforme a Constituição*, Curitiba: Juruá, 2002, p. 78-79.

E então é importante lembrar, mais uma vez, a recente Reforma Constitucional n. 45/2004, que inseriu na Constituição Federal o art. 103-A, dando ao Supremo Tribunal Federal o poder de, após reiteradas decisões sobre uma questão constitucional, editar súmula com efeito *vinculante* sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública.

Em uma primeira conclusão, caso o Supremo Tribunal Federal, após decidir reiteradas vezes que há apenas uma “interpretação conforme” ou que determinadas interpretações são inconstitucionais, editar súmula de acordo com o art. 103-A da CF, os demais órgãos do judiciário estarão vinculados, não podendo interpretar a lei de forma diferente, pena de reclamação ao próprio Supremo Tribunal Federal, que então anulará a decisão, determinando que seja proferida outra com a observância da súmula que definiu a interpretação conforme ou a inconstitucionalidade da interpretação questionada.

Contudo, quando o juiz está na fase da aplicação da lei, ou seja, considerando a compatibilidade da lei diante da Constituição *no caso concreto*, não há razão para se pretender a uniformização das decisões judiciais. A uniformização das decisões somente tem sentido em relação ao controle da constitucionalidade objetivo, ainda que esse seja feito com os olhos em uma situação particular, o que significa que a edição da súmula e o propósito de vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário não são possíveis para vincular a aplicação da lei nos vários casos concretos. Note-se que, nesse sentido, é feita uma distinção entre controle da constitucionalidade *a partir* da consideração de uma situação concreta, e controle da constitucionalidade realizado *no caso concreto*.

De qualquer forma, o que importa deixar claro é que o juiz pode e deve controlar a constitucionalidade da lei: i) declarando a sua inconstitucionalidade; ii) realizando uma interpretação conforme a Constituição – quando a lei, aplicada literalmente, conduz a um juízo de nulidade, mas oferece uma interpretação que é compatível com a Constituição; e iii) entendendo que certas interpretações são inconstitucionais e, a partir da lei constitucional, fazendo uma interpretação adequada ao caso concreto.

### *5.3 O juiz e o controle da constitucionalidade da falta de lei*

Se há normas que violam os princípios de justiça e os direitos fundamentais, existem também omissões, ou ausência de normas, que agridem esses mesmos princípios e direitos.

Por isso, não há razão para entender possível o controle da constitucionalidade da lei e julgar inviável o controle da constitucionalidade da falta de lei.<sup>73</sup> Ora, se o juiz deve controlar a atividade legislativa, analisando a sua adequação à Constituição, é pouco mais do que evidente que a sua tarefa não deve se ater apenas à lei que viola um direito fundamental, mas também à ausência de lei que não permite a efetivação de um direito desse porte.

As omissões que invalidam direitos fundamentais evidentemente não podem ser vistas como simples opções do legislador, pois ou a Constituição tem força normativa ou força para impedir que o legislador desrespeite os direitos fundamentais, e assim confere ao juiz o poder de controlar a lei *e as omissões do legislador*, ou a Constituição constituirá apenas proclamação retórica e demagógica.

Deixe-se claro, aliás, que a única dúvida que pode pairar sobre a possibilidade de o juiz controlar a inconstitucionalidade da omissão no caso concreto diz respeito aos casos em que a norma constitucional *atribui ao legislador um dever de legislar*. Esses casos, em que o constituinte, de caso pensado, abre uma lacuna não ofensiva do plano de ordenação constitucional, dando ao legislador a tarefa de colmatá-la<sup>74</sup>, são completamente diferentes daqueles em que a ausência de lei não é decorrente da não observância de dever de legislar *imposto por norma constitucional*, mas ainda assim impede a efetivação de um direito fundamental.

Ou seja, a omissão constitucional não se resume apenas à hipótese em que a norma constitucional outorga ao legislador o dever de legislar, mas também aos casos em que o dever de legislar decorre da própria necessidade de proteção de um direito fundamental.<sup>75</sup> Ou melhor, aos casos em que a omissão do legislador nega o próprio direito fundamental.

---

<sup>73</sup> Sobre o tema da inconstitucionalidade por omissão, é interessante consultar Jose Julio Fernandez Rodriguez, *La inconstitucionalidad por omision (Teoria general. Derecho comparado. El caso español)*. Madrid: Civitas, 1998.

<sup>74</sup> Ver Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 42.

<sup>75</sup> É certo que seria possível chegar à conclusão de que aí não existe propriamente uma omissão inconstitucional. Mas é também verdade que a ausência de lei, nesses casos, se não suprida pelo juiz, implica na negação dos direitos fundamentais.



De modo que, para esses casos, não se pode sequer cogitar sobre os instrumentos técnico-processuais instituídos para a correção da omissão do dever constitucional de legislar, como o mandado de injunção (art. 102, I, “q” da CF).

Veja-se que um direito fundamental pode depender de uma regra que lhe dê proteção. Nessa hipótese, configurando-se a omissão legislativa, há verdadeira omissão de proteção, devida pelo legislador. Essa omissão pode ser reconhecida judicialmente, quando o juiz deverá determinar a supressão da omissão para dar proteção ao direito fundamental. O problema que pode existir, nessa ocasião, relaciona-se com a “forma” mediante a qual o juiz determinará a proteção. Se o direito fundamental não pode ficar sem proteção, o direito que restou intocado pela omissão legal certamente só deverá suportar a medida que, dando proteção ao direito, sujeite-o a menor restrição possível.

Por outro lado, a supressão da omissão da regra processual é ainda mais fácil de ser assimilada. Considerando-se a natureza instrumental da regra processual, percebe-se sem dificuldade quando a sua ausência ou insuficiência impede a efetiva tutela do direito material.

Como o discurso processual, relativo à aplicação da regra de processo, recai sobre o discurso que evidencia as necessidades de direito material particularizadas no caso concreto, basta concluir se o legislador processual deixou de editar regra imprescindível à tutela do direito material. Em caso positivo, a técnica a ser utilizada, que obviamente deve ser adequada e idônea à proteção da necessidade de direito material evidenciada na motivação, também deve ser a que causa a menor restrição possível à esfera jurídica do demandado.

Porém, a omissão de regra processual deve ser corretamente afastada da inconstitucionalidade derivada da existência de norma processual inadequada à tutela efetiva do direito, e que, por isso, pode ser dita “positivamente” violadora do direito fundamental à tutela jurisdicional - como é a norma processual que, quando literalmente aplicada, impede a proteção do direito material.

Não obstante, assim como o controle da constitucionalidade da regra positiva é imprescindível a qualquer juiz, o controle da omissão que impede a efetivação de um direito fundamental deve ser utilizado por todos os magistrados. Aliás, como o direito

fundamental à tutela efetiva incide sobre o próprio juiz, seria completamente irracional dele retirar a possibilidade de dar utilidade à tarefa que lhe foi atribuída pela Constituição.

## **6. A teoria dos direitos fundamentais**

### *6.1 Introdução*

Compreendida a nova concepção de direito e as principais características do Estado constitucional, isto é, a subordinação da lei às normas constitucionais, a transformação do princípio da legalidade e da ciência do direito, a rigidez da Constituição, a plena eficácia jurídica das suas normas, a função unificadora da Constituição, assim como a imprescindibilidade de controle jurisdicional da constitucionalidade da lei e de sua omissão e a necessidade de a lei ser aplicada sempre de acordo com a Constituição, resta agora tratar da função que a nova ciência jurídica emprestou aos direitos fundamentais, construindo uma teoria que faz de tais direitos não só um suporte para o controle das atividades do Poder Público, mas também um arsenal destinado: i) a conferir à sociedade os meios imprescindíveis para o seu justo desenvolvimento (direitos a prestações sociais); ii) a proteger os direitos de um particular contra o outro, seja mediante atividades fáticas da administração, seja através de normas legais de proteção (direitos a proteção); e iii) a estruturar vias para que o cidadão possa participar de forma direta na reivindicação dos seus direitos (direitos a participação).

O desenvolvimento das várias teorias dos direitos fundamentais, concebidas por inúmeros juristas, conduziu a questões bastante intrincadas, como as da eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais e da eficácia direta dos direitos fundamentais sobre os particulares.

Por outro lado, para se compreender o que o juiz faz quando decide – se atua a vontade da lei etc –, é necessário entender, além da concepção de direito do Estado contemporâneo, a função dos direitos fundamentais *materiais*. Mas, como a adequada prestação jurisdicional depende da universalidade do acesso à justiça, do plano normativo processual, da estrutura material da administração da justiça, bem como do comportamento do juiz, também é preciso pensar na relação entre o *direito fundamental à tutela*

*jurisdicional e o “modo de ser” da jurisdição, ou melhor, entre o direito fundamental processual do particular e a capacidade do Estado efetivamente prestar a tutela jurisdicional.*

O “modo de ser” da jurisdição influi sobre o resultado da sua atividade. Isso porque não basta dizer que a jurisdição implica na conformação da lei à Constituição de acordo com as peculiaridades do caso concreto, se o juiz não pode, por exemplo, utilizar um meio executivo imprescindível para a prestação da tutela jurisdicional. Sem essa possibilidade, como é óbvio, o judiciário não pode responder ao direito fundamental processual do particular ou se desincumbir do seu dever de dar tutela aos direitos.

Ou seja, não há mais como conceber a jurisdição em uma dimensão que ignore a sua dinâmica processual, pois o bom resultado da sua tarefa é indissociavelmente ligado ao “meio instrumental” (técnica processual, estrutura fática, comportamento dos auxiliares judiciários e do juiz) com o qual trabalha.

## *6.2 Conceito de direitos fundamentais*

A CF confere dignidade e proteção especiais aos direitos fundamentais, seja afirmando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF), seja inserindo-os no rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60, CF), e assim protegendo-os não apenas do legislador ordinário, mas também do poder constituinte reformador.<sup>76</sup>

Os direitos fundamentais podem ser vistos nos sentidos *material e formal*. Nesse último sentido, pensa-se nos direitos fundamentais catalogados sob o Título II da CF, embaixo da rubrica “Dos direitos e garantias fundamentais”. Porém, admite-se a existência de direitos fundamentais não previstos nesse Título. Tais direitos seriam fundamentais porque repercutem sobre a estrutura do Estado e da sociedade<sup>77</sup>, quando se diz que possuem uma fundamentalidade material.

---

<sup>76</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 30, p. 98 e ss.

<sup>77</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 81.

O art. 5º da CF - primeiro artigo do Título II - afirma no seu §2º que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Essa norma permite, por meio da aceitação da idéia de fundamentalidade material, que outros direitos, mesmo que não expressamente previstos na CF, e, por maior razão, não enumerados no seu Título II, sejam considerados direitos fundamentais. Isso quer dizer que o art. 5º, §2º da CF, institui um sistema constitucional aberto a direitos fundamentais em sentido material.

De modo que, se a CF enumera direitos fundamentais no seu Título II, isso não significa que outros direitos fundamentais – como o direito ao meio ambiente – não possam estar inseridos em outros dos seus Títulos, ou mesmo fora dela.<sup>78</sup>

Ressalte-se, contudo, que para a caracterização de um direito fundamental a partir de sua fundamentabilidade material é imprescindível a análise de seu conteúdo, isto é, “da circunstância de terem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nesses ocupada pela pessoa humana”.<sup>79</sup>

### 6.3 A teoria dos direitos fundamentais como teoria dos princípios

Segundo Alexy, as teorias dos direitos fundamentais podem ser formuladas, ao invés de como teorias dos princípios, como teorias dos valores ou como teorias gerais dos fins dos direitos fundamentais.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Acentue-se que essa elaboração se insere em uma teoria dos direitos fundamentais, isto é, na teoria do direito e, por isso, não tem raízes positivistas. Além disso, ainda que não se possa desprezar a importância da filosofia política para o tema, a presente abordagem não pode se preocupar com uma resposta axiológica para os direitos fundamentais, tentando desvendar o que seria moral e politicamente justo entender como um direito fundamental. A respeito Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, in *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 287 e ss. Para um aprofundamento na direção da filosofia política, ver Will Kymlicka, *Contemporary political philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1990; John Rawls, *Political liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993; Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The moral reading of american constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996; M Walzer, *Spheres of justice*, Oxford: Blackwell, 1983.

<sup>79</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 81.

<sup>80</sup> Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 541.

Alexy lembra que Böckenförde distingue cinco teorias dos direitos fundamentais: i) a liberal ou burguesa do Estado de direito; ii) a democrático-funcional; iii) a do Estado social; iv) a axiológica; e v) a institucional.<sup>81</sup>

As teorias dos direitos fundamentais, quando classificadas em liberal, democrática e do Estado social, também podem ser pensadas como teorias dos *princípios* e dos *fins* dos direitos fundamentais. É só recordar, por exemplo, que a teoria liberal<sup>82</sup> tem como *fim* proteger a liberdade contra qualquer forma de interferência estatal e, como *princípio*, o da liberdade negativa diante do Estado.<sup>83</sup>

Adverte Alexy, ainda, que uma teoria *axiológica* livre de suposições insustentáveis e supérfluas pode ser formulada como teoria dos *princípios* e, supondo-se um conceito amplo de fim, é possível expressá-la através da terminologia dos fins.<sup>84</sup>

Uma teoria axiológica não se realiza sem os princípios. Na verdade, *a teoria dos princípios pressupõe uma teoria axiológica*. Basta voltar a lembrar o exemplo da teoria liberal, esclarecendo que essa teoria é uma simples manifestação de uma teoria axiológica *com determinado conteúdo*.<sup>85</sup> Ou seja, as teorias liberal, democrática e do Estado social não podem ser classificadas ao lado, por exemplo, da teoria axiológica. *Isso porque as teorias liberal, democrática e do Estado social já pressupõem determinados valores*.

Por fim, Alexy aborda a teoria institucional dos direitos fundamentais, desenvolvida mais amplamente por Häberle. Para essa teoria os direitos fundamentais devem ser institutos. Alexy, no entanto, demonstra que o conteúdo normativo da teoria institucional dos direitos fundamentais deve ser interpretado axiologicamente, argumentando, entre outras coisas, que no lugar das expressões “idéias jusfundamentais” e “imagens retoras” que o legislador deve realizar – utilizadas por Häberle –, *seria possível se falar de valores e princípios*.<sup>86</sup> Além disso, sublinha que a característica epistemológica mais marcante de

---

<sup>81</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, p. 542.

<sup>82</sup> Segundo Böckenförde, “para a teoria liberal (do Estado de direito burguês) dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais são direitos de liberdade do indivíduo frente ao Estado. São estabelecidos para assegurar, frente à ameaça estatal, âmbitos importantes da liberdade individual e social que estão especialmente expostos, segundo a experiência histórica, à ameaça do poder do Estado” (Ernst-Wolfgang-Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 48).

<sup>83</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, p. 541.

<sup>84</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, p. 543.

<sup>85</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, p. 544.

<sup>86</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, p. 544-545.

uma teoria aberta ou encobertamente axiológica ou dos princípios é a *ponderação*, a qual tem papel central na “teoria institucional” de Häberle. Diante disso, conclui Alexy que o conteúdo normativo da teoria institucional dos direitos fundamentais *consiste em uma teoria dos princípios ou dos valores*.<sup>87</sup> “Característico do conteúdo dessa teoria dos princípios é que nela têm papel todos os princípios em questão, mas, enquanto ao princípio liberal se confere um peso relativamente pequeno, outorga-se um peso relativamente grande ao princípios vinculados com bens coletivos”.<sup>88</sup>

*A abordagem dessas teorias dos direitos fundamentais demonstra que todas elas são teorias de princípios - ou que as teorias materiais dos direitos fundamentais são teorias de princípios - o que, então, obriga Alexy a indagar qual é a teoria de princípios correta: i) as que basicamente apontam a um princípio jusfundamental; ii) as que partem de um leque de princípios jusfundamentais de igual hierarquia; ou iii) as que, partindo de um leque de princípios jusfundamentais, tentam criar certa ordem entre eles.*<sup>89</sup>

Alexy argumenta em favor de uma teoria que *considera vários princípios que, embora não possam ser rigidamente hierarquizados, podem ser colocados em ordem mediante uma relação de prioridade prima facie*. Ou seja, não é possível hierarquizar os princípios de modo a permitir a que se chegue a um único resultado – ou se ter uma “ordem dura” -, mas é viável uma “ordem mole” a partir de prioridades *prima facie*. Admite-se, assim, que os princípios da liberdade e da igualdade jurídicas têm uma prioridade *prima facie*.<sup>90</sup>

Mas Alexy esclarece que não se deve supervalorizar o conteúdo material da prioridade *prima facie*, pois a existência dessa prioridade *não exclui a possibilidade de o princípio da liberdade ceder - ou ser deslocado - diante de princípios opostos*. A diferença é que, no caso em que o princípio da liberdade – que tem prioridade *prima facie* – cede em face de outros princípios, devem ser demonstradas *razões mais fortes* do que as exigidas para a solução requerida pelo princípio da liberdade.<sup>91</sup> Parece, assim, que quando se fala de princípios com prioridade *prima facie*, deseja-se aludir a princípios *que possuem uma força argumentativa prévia em seu favor*.

---

<sup>87</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 545-546.

<sup>88</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 546.

<sup>89</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 546.

<sup>90</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 549.

<sup>91</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 550-551.

Alexy, após teorizar em favor de uma “ordem mole” ou em prol de uma prioridade *prima facie* que não exclua a possibilidade da adoção de princípios opostos, conclui que *não se deve esperar muito de uma teoria material dos direitos fundamentais*. A teoria que sustenta a possibilidade de se estabelecer uma única decisão correta para cada caso teria que se basear em uma “ordem dura” ou em uma rígida hierarquização dos princípios jusfundamentais, o que é inviável diante da obviedade de que os princípios assumem configurações que variam de acordo com as peculiaridades dos casos concretos.<sup>92</sup>

A idéia de prioridade *prima facie* dos princípios da liberdade e da igualdade institui uma estruturação da argumentação segundo os princípios. Para que um princípio possa se sobrepor ao princípio da liberdade é necessária *uma argumentação mais robusta do que aquela que se deve fazer para sustentá-lo*. Alexy exemplifica com o “Caso Lebach”, no qual se questionou a possibilidade de retransmissão de programa de televisão sobre um delito grave, que não respondia ao interesse atual de informação e que colocaria em perigo o direito de ressocialização do autor do delito. Entendeu-se, nessa hipótese, que o princípio da proteção da personalidade precede ao princípio da liberdade de informação. Mas isso exigiria, como visto, a carga argumentativa adequada.<sup>93</sup>

De qualquer forma, o objetivo do exemplo é o de evidenciar a completa impossibilidade de hierarquização abstrata dos princípios ou mesmo de definição de qual princípio deve prevalecer em cada caso concreto.<sup>94</sup> Mas, *se não se pode admitir uma teoria dos direitos fundamentais capaz de dar uma única solução correta a cada caso, e os princípios podem colidir diante das diversas situações concretas, a única saída é pensar no*

---

<sup>92</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 551.

<sup>93</sup> “Para alcançar o máximo de dureza, ou seja, a determinação da decisão de cada caso, a teoria teria que conter uma relação concreta de prioridade para todo caso de direito fundamental concebível; isto significa uma regra de decisão para cada caso concebível de direito fundamental. Porém, isto significaria que a teoria se converteria em uma ampla lista de regras de decisão para cada caso concebível de direito fundamental. Já os limites da fantasia humana excluem a possibilidade de se fazer uma lista completa deste tipo. A isto se agrega o fato de que as regras de decisão contidas em uma lista tal não poderiam contar com a aprovação geral, já que esta pressuporia que para cada caso de direito fundamental existiria uma solução que todos aprovariam. Porém, o mais importante é que as soluções contidas nesta lista necessitam de uma fundamentação. A questão da sua fundamentação remete ao problema de uma teoria material dos direitos fundamentais, para cuja solução a lista deveria ser um meio” (Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 552).

<sup>94</sup> Como já foi dito, a teoria de Alexy foi contestada por Habermas, que disse que os direitos fundamentais são debilitados quando pensados como mandatos de otimização e que a aplicação de tais princípios, mediante a regra da ponderação, acaba sendo feita de arbitrária, por lhe faltarem critérios racionais (Jürgen Habermas, *Between facts and norms*, Cambridge: MIT, 1998). Para a análise da resposta de Alexy, ver *Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Fundación beneficencia et peritia iuris, 2004.



*controle da racionalidade da argumentação capaz de fazer valer um princípio em face do outro.*

#### *6.4 As perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais*

Quando se afirma a dupla dimensão, *objetiva e subjetiva*, dos direitos fundamentais, deseja-se realçar que as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertinem apenas ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade. Ou seja, os direitos fundamentais não apenas garantem direitos subjetivos, mas também fundam princípios objetivos orientadores do ordenamento jurídico.<sup>95</sup>

As normas de direitos fundamentais afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos. Assim, implicam em uma valoração de ordem *objetiva*. O valor contido nessas normas, revelado de modo objetivo, espalha-se necessariamente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico.

Quando os direitos fundamentais são tomados como valores incidentes sobre o Poder Público, importa especialmente a atividade de aplicação e interpretação da lei, uma vez que ela não pode ser dissociada de tais direitos. Além disso, uma importante consequência da dimensão objetiva está em estabelecer ao Estado um dever de proteção dos direitos fundamentais. Esse dever de proteção relativiza “a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica”.<sup>96</sup> Diante dele, fica o Estado obrigado a proteger os direitos fundamentais mediante prestações normativas (normas) e fáticas (ações concretas).

A norma de direito fundamental, ao instituir valor, e assim influir sobre a vida social e política, além de tratar das relações entre os sujeitos privados e o Estado, regula as

---

<sup>95</sup> Como explica Vieira de Andrade, os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, mas valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins (José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 144-145).

<sup>96</sup> Gilmar Ferreira Mendes, *Âmbito de proteção dos direitos fundamentais e as possíveis limitações, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 2002, p. 209.

relações que se travam apenas entre os particulares. É nessa última perspectiva que se pensa na eficácia dos direitos fundamentais sobre os particulares.<sup>97</sup>

### 6.5 A multifuncionalidade dos direitos fundamentais

Nesse item não há mais preocupação em afirmar – uma vez que isso já foi esclarecido - que geralmente convivem, na norma de direito fundamental, as perspectivas objetiva e subjetiva, mas sim deixar claro que uma mesma norma de direito fundamental – além de poder ser pensada nessas duas perspectivas – pode instituir um direito fundamental dotado de diversas funções. Portanto, o que interessa, nesse momento, é destacar a chamada multifuncionalidade dos direitos fundamentais e a importância de uma classificação que considere as funções que esses direitos podem assumir.

Se entre as mais importantes classificações funcionais estão as de Alexy e Canotilho, destaca-se, no Brasil, a classificação empreendida por Ingo Wolfgang Sarlet. Essas três classificações dividem os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações.

Os direitos fundamentais foram vistos, à época do constitucionalismo de matriz liberal-burguesa, apenas como o direito do particular impedir a ingerência do Poder Público em sua esfera jurídica, ou seja, como direitos de defesa. Porém, passa a ser relevante, agora, os chamados direitos a prestações, ligados às novas funções do Estado diante da sociedade. E é justamente em relação aos direitos a prestações que existe alguma diferença entre as classificações.

Canotilho divide o grupo dos direitos a prestações, inicialmente, em direitos ao acesso e utilização de prestações do Estado. Esses são divididos em direitos originários a prestações e direitos derivados a prestações. Aludindo ao direito *originário* a prestações, explica Canotilho: “afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o *dever do Estado na criação* dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, *as prestações*

---

<sup>97</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 590 e ss.

*constitutivas desses direitos*. Exs.: (i) a partir do direito ao trabalho pode derivar-se o dever do Estado na criação de postos de trabalho e a pretensão dos cidadãos a um posto de trabalho?; (ii) com base no direito de expressão é legítimo derivar o dever do Estado em criar meios de informação e de os colocar à disposição dos cidadãos, reconhecendo-se a estes o direito de exigir a sua criação?”<sup>98</sup>. Ao tratar dos direitos *derivados* a prestações, Canotilho esclarece que, “a medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos (é o fenómeno que a doutrina alemã designa por *Daseinsvorsorge*), resulta, de forma imediata, para os cidadãos: - o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas *criadas* pelos poderes públicos (exs.: igual acesso às instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização das vias e transportes públicos); - o direito de igual quota-parte (participação) *nas prestações fornecidas por estes serviços ou instituições à comunidade* (ex.: direito de quota-parte às prestações de saúde, às prestações escolares, às prestações de reforma e invalidez)”<sup>99</sup>.

Como se vê, os direitos derivados são aqueles que pressupõem o cumprimento das prestações originárias. Isso fica bem claro, no escrito de Canotilho, a partir de referência a julgado que, em Portugal, declarou inconstitucional norma que pretendeu revogar parte da lei que criou o “Serviço Nacional de Saúde”: “*a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional desse deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social*”.<sup>100</sup>

Após tratar dos direitos ao acesso e utilização das prestações do Estado (subdivididos em direito originário e em direitos derivados), Canotilho prossegue em sua classificação afirmando que os direitos a prestações também devem ser vistos como direitos à participação. Nesse ponto Canotilho alude à necessidade de “democratização da

---

<sup>98</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 543.

<sup>99</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 541-542.

<sup>100</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p.542.

democracia” através da participação direta nas organizações, o que exigiria procedimentos. Diz ele: “os cidadãos permanecem afastados das organizações e dos processos de decisão, dos quais depende afinal a realização dos seus direitos: daí a exigência de participação no controlo das ‘hierárquicas, opacas e antidemocráticas empresas; daí a exigência de participação nas estruturas de gestão dos estabelecimentos de ensino; daí a exigência de participação na imprensa e nos meios de comunicação social. Através do *direito de participação* garantir-se-ia o direito ao trabalho, a liberdade de ensino, a liberdade de imprensa. Quer dizer: certos direitos fundamentais adquiririam maior consistência se os próprios cidadãos *participassem nas estruturas de decisão – ‘durch Mitbestimmung mehr Freiheit’* (através da participação maior liberdade)”.<sup>101</sup>

Alexy, no entanto, divide o grupo dos direitos a prestações em direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito. Os direitos a prestações em sentido estrito são relacionados aos direitos às prestações sociais, enquanto que os direitos a prestações em sentido amplo apresentam outra divisão: direitos à proteção e direitos à participação na organização e através de procedimentos.<sup>102</sup> Alexy anota que todo direito a um ato positivo, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. Dessa maneira, o direito a prestações seria a exata contrapartida do direito de defesa, sobre o qual recai todo o direito a uma ação negativa, vale dizer, a uma omissão por parte do Estado.<sup>103</sup> Mas, se a diferença entre direito a prestação e direito de defesa é nítida, os direitos às prestações devem significar, segundo Alexy, mais do que direitos a prestações fáticas de natureza social, e por isso englobar direitos a prestações de proteção – como, por exemplo, a normas de direito penal – e direitos a prestações que viabilizem a participação na organização e mediante procedimentos adequados.<sup>104</sup>

É aqui que se torna interessante, até mesmo para fins didáticos, o problema relacionado ao direito ambiental. Há quem pense que o direito ambiental não é direito fundamental, apenas por não estar incluído no Título II da Constituição Federal, o que não merece maiores considerações, diante do que já foi dito quando se tratou da fundamentabilidade material dos direitos fundamentais. Contudo, há outros que entendem

---

<sup>101</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p.547.

<sup>102</sup> Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 419 e ss.

<sup>103</sup> Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 427.

<sup>104</sup> Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 428.

que o direito ambiental é dependente apenas de prestações fáticas de natureza social, que assim poderiam ser enquadradas entre as prestações em sentido estrito. Acontece que o direito ambiental exige muito mais do que isso. O meio ambiente não requer somente medidas fáticas administrativas para a sua conservação e melhoramento, mas também medidas normativas (normas de direito material e de direito processual) e fáticas administrativas e jurisdicionais destinadas a sua proteção e dirigidas a permitir a participação na organização e mediante procedimentos adequados (p. ex., ação coletiva).

A classificação de Ingo Wolfgang Sarlet igualmente destaca os direitos à proteção, à participação na organização e através do procedimento e às prestações sociais (ou em sentido estrito), colocando-os como um grupo – o dos direitos a prestações - ao lado dos direitos de defesa. A partir da formulação de Alexy, Sarlet deixa claro que o indivíduo não possui somente direito de impedir a intromissão (direito a um não agir), mas também o direito de exigir ações positivas do Estado, lembrando que, além do direito às prestações sociais, há o direito às prestações de proteção<sup>105</sup>, que podem ter natureza normativa (p. ex., normas de direito penal ou processual de proteção ao consumidor) ou fática (p. ex., atuação concreta do administrador na fiscalização dos remédios). Quanto aos direitos de participação na organização e mediante o procedimento, afirma Sarlet que aí o problema seria respeitante à possibilidade de se exigir do Estado “a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento”<sup>106</sup>.

#### *6.6 As eficácias horizontal e vertical dos direitos fundamentais*

As *dimensões objetiva e subjetiva* dos direitos fundamentais não podem ser confundidas com as suas *eficácias vertical e horizontal*. A demonstração das *dimensões objetiva e subjetiva* tem por fim explicar que as normas de direitos fundamentais, além de poderem ser referidas a um direito subjetivo, também constituem decisões valorativas de ordem objetiva. Por isso, é plenamente possível pensar nas *dimensões objetiva e subjetiva*

---

<sup>105</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 195.

<sup>106</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 200.

dos direitos fundamentais quando consideradas as relações entre os particulares e o Poder Público (*eficácia vertical*) ou apenas as relações entre os particulares (*eficácia horizontal*).

Quando se fala nas eficácias vertical e horizontal, deseja-se aludir à distinção entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Existe eficácia vertical na vinculação do legislador, do administrador e do juiz aos direitos fundamentais. Há eficácia horizontal - também chamada de “eficácia privada” ou de “eficácia em relação a terceiros” - nas relações entre particulares, embora se sustente que, no caso de manifesta desigualdade entre dois particulares, também existe relação de natureza vertical.

A necessidade de se pensar na incidência dos direitos fundamentais sobre os particulares, ao invés da sua simples incidência sobre o Poder Público, decorre da transformação da sociedade e do Estado. Hoje o Estado não pode mais ser visto como “inimigo”, como acontecia à época do Estado liberal, pois tem a incumbência de projetar uma sociedade mais justa, regulando as atividades dos próprios particulares. De modo que os direitos fundamentais não têm razão para incidir apenas sobre as relações entre os particulares e o Estado, devendo também repercutir sobre as relações travadas apenas pelos particulares. Como escreve Vieira de Andrade<sup>107</sup>, “a regra formal da liberdade não é suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações, antes serve para aumentar a agressividade e acirrar os antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar as diferenças injustas. A paz social, o bem-estar coletivo, a justiça e a própria liberdade não podem realizar-se espontaneamente numa sociedade industrializada, complexa, dividida e conflitual”. Por isso “é necessário que o Estado regule os mecanismos econômicos, proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias à transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de bem público”.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 273

<sup>108</sup> “Perante esta lição dos fatos, o sistema dos direitos fundamentais torna-se mais complexo e diferenciado. Por um lado, não pode pura e simplesmente remeter o Estado para a categoria fixa do ‘inimigo público’. Por outro lado, torna-se patente que os indivíduos não estão isoladamente contrapostos ao Estado como pressupunham as teorias liberais-burguesas. A área da sociedade deixa de ser (ou de poder ser vista como) o palco de atuações individuais, à medida que se verifica a profunda imbricação entre os interesses das pessoas e se multiplica a atividade dos grupos de interesse - sindicatos, associações patronais, igrejas, grupos econômicos, associações cívicas, desportivas, etc. - que, por vezes, dispõem de elevado poder social” (José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 274).

O problema que se coloca diante da eficácia horizontal é o de que nas relações entre particulares há dois (ou mais) titulares de direitos fundamentais, e por isso nelas é impossível afirmar uma vinculação (eficácia) semelhante àquela que incide sobre o Poder Público.<sup>109</sup> Realmente, há uma grande discussão sobre a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sustentando alguns que esses direitos fundamentais não têm eficácia *imediate* sobre os particulares, mas sim apenas *mediata* – dependendo, nesse sentido, *da mediação do Estado*.

Quando se pensa em eficácia mediata, afirma-se que a força jurídica dos preceitos constitucionais somente se afirmaria, em relação aos particulares, por meio das normas<sup>110</sup> e dos princípios de direito privado. Além disso, as normas constitucionais poderiam servir para a concretização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, porém sempre dentro das linhas básicas do direito privado.<sup>111</sup>

Mas, segundo os teóricos da eficácia imediata, os direitos fundamentais são aplicáveis diretamente sobre as relações entre particulares. Além de normas de valor, teriam importância como direitos subjetivos contra entidades privadas portadoras de poderes sociais ou mesmo contra indivíduos que tenham posição de supremacia em relação a outros particulares. Outros, chegando mais longe, admitem a sua incidência imediata também em relação a pessoas “comuns”. O que importa, nessa última perspectiva, é que se dispensa a intermediação do legislador – e assim as regras de direito privado – e se elimina a idéia de que os direitos fundamentais poderiam ser tomados apenas para preencher as normas já abertas pelo legislador ordinário.<sup>112</sup>

Porém, como esclarece Vieira de Andrade, “aquilo que se deve entender por *mediação* na aplicabilidade dos preceitos constitucionais às relações entre iguais é, afinal, a necessidade de conciliar esses valores com a *liberdade* geral e a liberdade negocial no

---

<sup>109</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, in: *A constituição concretizada – Construindo pontes com o público e o privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 155.

<sup>110</sup> Segundo Canotilho, para a teoria da eficácia mediata, “os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indireta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exerce-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 593).

<sup>111</sup> José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 276-277.

<sup>112</sup> José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 593 e ss.



direito civil”.<sup>113</sup> Segundo o seu entendimento, não é feliz a expressão aplicabilidade *mediata*, que se confunde com eficácia *indireta*, quando o que se quer afirmar é um imperativo de *adaptação e harmonização* dos preceitos relativos aos direitos fundamentais na sua aplicação à esfera de relações entre indivíduos iguais, tendo em conta a autonomia privada, na medida em que é (também) constitucionalmente reconhecida”.<sup>114</sup>

Como já foi dito, o direito de proteção obriga o Estado a uma prestação normativa de proteção e, assim, à edição de normas para proteger um particular contra o outro. Quando uma dessas normas não é observada, surge ao particular por ela protegido o direito de se voltar contra o particular que não a cumpriu. Aliás, o direito de ação do particular – nessas hipóteses - poderá ser exercido mesmo no caso de ameaça de violação (ação inibitória).

Nesse último caso, há lei, embaixo da Constituição, regulando as relações entre os particulares. Porém, essa lei estabelece apenas uma *presunção* de que os interesses em jogo foram tratados de forma equilibrada, *presunção* essa que pode ser colocada em cheque ao se afirmar que a regulação, definida pela lei, afronta *outro direito fundamental*. Tratando-se de lei restritiva de direito, além dos valores constitucionais que justificam a restrição, deverá ser focado o direito limitado - que deve ter o seu núcleo essencial protegido. Nessa hipótese, embora a eficácia do direito fundamental suponha a participação da lei infraconstitucional, exige-se a harmonização entre o direito fundamental protegido pela norma e o direito fundamental por ela atingido.

Mas, quando não há lei (regulando a situação de forma direta), não se pode pensar que os direitos fundamentais não incidem sobre o particular, e assim não podem ser imediatamente tomados em consideração pelo juiz. Nessa situação, para dar aplicação aos direitos fundamentais, é evidente que o juiz poderá recorrer aos conceitos abertos do direito privado, preenchendo-os com o auxílio dos valores constitucionais. Acontece que isso só não basta.

Como as normas constitucionais têm força vinculante, não há razão para o juiz se curvar à ausência de lei, permitindo que os direitos fundamentais se tornem letra morta. Na

---

<sup>113</sup> José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 289.

<sup>114</sup> José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais (na Constituição Portuguesa de 1976)*, cit., p. 290.

verdade, se não há dúvida que o juiz pode desconsiderar a solução legal que está em desacordo com os direitos fundamentais, não há qualquer razão para entender que ele não possa suprir a omissão legal que atenta contra esses direitos.

A lei que impede a realização dos direitos fundamentais constitui um obstáculo visível que deve ser suprimido, enquanto que a omissão de lei, ao impedir a efetividade desses mesmos direitos, não deve deixar de ser considerada apenas porque, em uma primeira perspectiva, aparece como invisível. Tal invisibilidade é apenas aparente, porque se faz concreta quando o juiz conclui que a omissão representa uma negação de proteção a um direito fundamental.

Nesse caso, como também naquele em que atua mediante o preenchimento das cláusulas gerais, o juiz deverá atentar para a necessidade de harmonização entre os direitos fundamentais, pois a tutela de um direito fundamental, com a supressão da omissão legal, poderá atingir outro direito fundamental.

Canaris, ao abordar a questão da repercussão dos direitos fundamentais sobre os sujeitos privados, propõe a observância da distinção entre *eficácia* imediata e *vigência* imediata. Segundo Canaris, os direitos fundamentais têm *vigência imediata*, mas se dirigem apenas contra o legislador e o juiz.<sup>115</sup> A construção de Canaris é preocupada com o art. 1º, n. 3, da LF alemã, que afirma que os direitos fundamentais vinculam, “como *direito imediatamente vigente*”, o legislador e os órgãos jurisdicionais.

Alega o jurista alemão que os “destinatários das normas dos direitos fundamentais são, em princípio, *apenas o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado*”<sup>116</sup>. Nessa linha, conclui que os objetos de controle “segundo os direitos fundamentais são, em princípio, *apenas regulações e atos estatais, isto é, sobretudo leis e decisões judiciais*, mas não também atos de sujeitos de direito privado, ou seja, e sobretudo, *negócios jurídicos e atos ilícitos*”<sup>117</sup>.

Contudo, mesmo que se aceite que apenas o legislador e o juiz são os destinatários dos direitos fundamentais, obviamente não se pode negar que a lei e a decisão do juiz incidem sobre a esfera jurídica dos particulares. Segundo Canaris, sendo o Estado o

---

<sup>115</sup> Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>116</sup> Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 55.

<sup>117</sup> Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 55; Claus-Wilhelm Canaris, A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (org. por Ingo Wolfgang Sarlet), cit., p. 236-237.

destinatário dos direitos fundamentais, a atividade do legislador e do juiz não pode ser compreendida como eficácia *imediata* perante terceiros. Ou melhor, nessa dimensão não se pensa em eficácia horizontal direta, mas apenas na intermediação da lei e do juiz para a projeção dos direitos fundamentais. Com efeito, Canaris não nega que a decisão do juiz, como destinatário dos direitos fundamentais, produz efeitos sobre as relações entre os particulares, mas afirma que isso ocorre *mediatamente*<sup>118</sup>.

Como a doutrina de Canaris foi influenciada pela LF alemã, a sua preocupação foi a de deixar claro que os direitos fundamentais vinculam o legislador e o juiz, embora podendo ser tomados em consideração para a definição dos litígios que envolvem os particulares. Canaris adverte que os direitos fundamentais têm função de mandamento de tutela (ou de proteção), obrigando o legislador a proteger um cidadão diante do outro. No caso de inexistência ou insuficiência dessa tutela, o juiz deve tomar essa circunstância em consideração, *projetando o direito fundamental sobre as relações entre os sujeitos privados e, assim, conferindo a proteção prometida pelo direito fundamental, mas esquecida pela lei*. Nessa linha, por exemplo, se o legislador não atuou de modo a proteger o empregado diante do empregador, quando tal era imperioso em face do direito fundamental, houve omissão de tutela ou violação do dever de proteção estatal.

Porém, esse raciocínio dá valor à decisão judicial, esquecendo-se da importância do direito fundamental na regulação da vida social. Ou seja, não pensa o direito fundamental como algo voltado a regular imediatamente as relações entre os particulares, mas apenas como um valor que serve para o juiz apontar eventual violação do dever do legislador proteger um particular contra o outro.

Acontece que, ao menos no direito brasileiro, é importante aceitar a incidência direta do direito fundamental sobre as relações privadas independentemente da atuação judicial<sup>119</sup>. É inquestionável, por exemplo, que os direitos fundamentais têm grande importância na regulação das relações entre o empregador e o empregado, o que somente pode significar uma eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais sobre os privados.

---

<sup>118</sup> Claus-Wilhelm Canaris, A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (org. por Ingo Wolfgang Sarlet), cit., p. 236.

<sup>119</sup> A Constituição Portuguesa afirma expressamente, no seu art. 18, I, que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são *directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”.

O problema é que as normas de direitos fundamentais não definem a forma, o modo e a intensidade com que um particular deve ser protegido em relação ao outro. Mas, quando é inquestionável que “algo” é devido por um particular para que o direito fundamental seja respeitado, nada impede que se exija a sua imediata observância, ainda que, obviamente, a questão possa ser levada à jurisdição para a definição da legitimidade da exigência mediante a consideração dos direitos fundamentais do particular atingido.

De qualquer maneira, a teoria de que os direitos fundamentais têm função de mandamento de tutela (ou de proteção), obrigando o juiz a suprir a omissão ou a insuficiência da tutela (ou da proteção) outorgada pelo legislador, facilita de forma extraordinária a compreensão da possibilidade de a jurisdição poder cristalizar a regra capaz de dar efetividade aos direitos fundamentais.

#### *6.7 Eficácias vertical, horizontal e vertical com repercussão lateral*

Acentue-se que a eficácia vertical tem a ver com a incidência dos direitos fundamentais sobre o Estado e a eficácia horizontal com a repercussão dos direitos fundamentais sobre os particulares. Ninguém discute que a eficácia vertical é sempre direta ou imediata. O que se questiona, conforme visto no item anterior, é se a eficácia horizontal pode ser direta ou imediata ou se é sempre indireta ou mediata, dependendo, nesse último caso, da lei ou da decisão jurisdicional.

Frise-se, portanto, que a eficácia horizontal direta ou imediata não exclui a eficácia horizontal mediata ou indireta. Na verdade, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser mediada pela lei e, assim, deve ser indireta ou mediata. Apenas quando o legislador se omite, negando vida ao direito fundamental - e então há que se pensar na supressão da omissão -, é que se tem de admitir a sua eficácia direta sobre os particulares.

Mas, quando a aplicação direta do direito fundamental não é possível, somente resta recorrer à jurisdição. Nesse caso, se o juiz chegar à conclusão de que o legislador negou proteção normativa ao direito fundamental, deverá determinar aquela que, diante do direito fundamental do réu, implica efetiva tutela ao direito fundamental e, ao mesmo tempo, gera ao demandado a menor restrição possível.

Quando a jurisdição assim atua, faz a intermediação entre os direitos fundamentais e a relação entre os particulares e, nesse sentido, a eficácia do direito fundamental é mediata ou indireta. Como já foi dito, a eficácia do direito fundamental sobre os particulares deve ser mediada pela lei. Se isso não acontece, e não é possível aplicar o direito fundamental diretamente, a jurisdição é obrigada a dar proteção ao direito fundamental, quando a eficácia desse direito é conferida pela atuação do juiz.

Não se pode esquecer que, quando se diz que direitos fundamentais incidem verticalmente sobre o Estado, afirma-se que eles geram um dever de proteção ao administrador, ao legislador *e ao juiz*. Vale dizer que o juiz também tem dever de proteção e, por isso, de dar tutela (ou proteção) aos direitos fundamentais que não foram protegidos pelo legislador ou pelo administrador.<sup>120</sup>

De modo que os direitos fundamentais devem ser protegidos pelo juiz porque incidem sobre ele verticalmente (e diretamente). Contudo, quando o juiz dá tutela ao direito fundamental não protegido pelo legislador ou pelo administrador, a sua decisão repercute sobre os particulares, quando então não há que se pensar em eficácia vertical, mas, sim, em eficácia horizontal mediada pela decisão jurisdicional, isto é, em eficácia horizontal mediata.

Porém, essa eficácia direta sobre o juiz e, ao mesmo tempo, indireta em relação às partes, não pode ser confundida com a eficácia do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva sobre o juiz. É que a relação do juiz com os direitos fundamentais deve ser vista de maneira distinta quando são considerados os direitos fundamentais materiais e os direitos fundamentais processuais, especialmente o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Quando o juiz tutela um direito fundamental material, suprimindo a omissão do legislador, o direito fundamental tem eficácia horizontal indireta (mediada pela jurisdição). Porém, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide apenas sobre a jurisdição, objetivando conformar o seu próprio modo de atuação.

A jurisdição toma em conta o direito fundamental material para que ele incida sobre os particulares, mas considera o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva para que a sua atividade seja cumprida de modo a efetivamente tutelar os direitos, sejam eles fundamentais ou não. O direito fundamental material incide sobre o juiz para que possa se

---

<sup>120</sup> Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit.

projetar sobre os particulares, enquanto o direito fundamental à tutela jurisdicional incide sobre o juiz para regular a sua própria função.

A decisão jurisdicional faz a ponte entre o direito fundamental material e os particulares, ao passo que os direitos fundamentais instrumentais ou processuais são dirigidos a vincular o próprio procedimento estatal. Ou melhor, no primeiro caso o direito fundamental incide mediatamente sobre os particulares, ao passo que, no último, como o direito fundamental não é material (como, por exemplo, o direito ambiental) não se pode pensar na sua incidência – nem mesmo mediata – sobre os particulares. Tal direito fundamental se destina unicamente a regular o modo do proceder estatal e, por isso, a sua única eficácia é sobre o Estado, evidentemente direta e imediata.

Perceba-se que o conteúdo da decisão jurisdicional incide em relação aos particulares. Nessa hipótese, o direito fundamental se projeta sobre os sujeitos privados. Trata-se, portanto, de uma eficácia sobre os particulares – e, assim, horizontal – mediada pelo juiz – e, por isso, mediata ou indireta. No caso há eficácia vertical em relação ao juiz e eficácia horizontal mediata sobre os particulares. Mas eficácia vertical derivada do direito fundamental material, que confere ao juiz dever de proteção, e que acaba tendo repercussão horizontal quando se projeta, através da decisão, sobre os privados.

Porém, algo distinto acontece quando se pensa na incidência do direito fundamental em face dos órgãos estatais – que também é eficácia vertical – para o efeito de vincular o seu modo de proceder e atuar. Nessa hipótese, o direito fundamental, ainda que tenha por objetivo vincular o modo de atuação do Estado perante o particular, não tem qualquer objetivo de regular as relações entre os particulares e, por isso mesmo, não precisa ser mediado pelo juiz.

O direito fundamental à tutela jurisdicional tem eficácia apenas sobre o órgão estatal, pois se presta unicamente a vincular o modo de atuação da jurisdição, que possui a função de atender não apenas aos direitos fundamentais, *porém sim a quaisquer direitos*. É importante perceber, com efeito, que o direito fundamental à tutela jurisdicional, exatamente porque incide sobre o juiz, *está preocupado com a efetividade da tutela de todos os direitos, e não apenas com a proteção dos direitos fundamentais*.

Como está claro, o direito fundamental à tutela jurisdicional implica apenas na vinculação do juiz, não incidindo, antes ou depois da decisão, sobre os sujeitos privados, e,

por isso, não pode ser confundido com os direitos fundamentais materiais que podem ser levados à decisão jurisdicional.

Na realidade, o direito fundamental à tutela jurisdicional, ao recair sobre a atividade do juiz, pode repercutir “*lateralmente*” sobre o particular, conforme a maior ou menor “*grau de agressividade*” da técnica processual empregada no caso concreto. *Mas nunca “horizontalmente”, uma vez que esse direito não se destina, conforme já explicado, a regular as relações entre os sujeitos privados.*

Nessa dimensão, para se evitar a confusão entre a eficácia do direito fundamental material objeto da decisão judicial, e a eficácia do direito fundamental à tutela jurisdicional sobre a atividade do juiz, *deve ser feita a distinção entre eficácia horizontal mediatizada pela decisão jurisdicional e eficácia vertical com repercussão lateral, essa última própria do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.* Enquanto o direito fundamental material incide sobre os particulares através da decisão (eficácia horizontal mediatizada pelo juiz), o direito fundamental à tutela jurisdicional incide apenas sobre a jurisdição. No primeiro caso o juiz atua porque tem o dever de proteger os direitos fundamentais materiais e, assim, de *suprir a omissão de proteção do legislador*; no segundo porque tem o dever de dar tutela efetiva *a qualquer tipo de direito, ainda que a lei processual não lhe ofereça técnicas adequadas.*

Quando o juiz não encontra uma técnica processual adequada à tutela do direito, e assim se pode falar em omissão de regra processual, ele realizará uma outra ponderação, desta vez entre o direito fundamental à tutela jurisdicional e o direito de defesa, desenvolvendo algo parecido com o que faz quando decide a respeito da tutela de um direito fundamental material.

Como está claro, em um caso a ponderação é feita para que o direito fundamental tenha eficácia sobre os particulares e, no outro, pelo motivo de que o Estado se submete diretamente ao direito fundamental à tutela jurisdicional, embora essa eficácia possa refletir ou repercutir sobre a parte, e por isso a sua legitimidade tenha que ser submetida à análise do direito de defesa.

*O que realmente importa, porém, é que a definição da eficácia horizontal mediatizada pela jurisdição e da eficácia vertical com repercussão lateral permite que se*



*compreenda a possibilidade de a jurisdição suprir a omissão do legislador em proteger um direito fundamental material e em dar ao juiz os instrumentos – ou as técnicas processuais - capazes de conferir efetividade à proteção jurisdicional dos direitos - sejam fundamentais ou não -, sem que com isso se retire da parte atingida pela atuação jurisdicional o direito de fazer com que os seus direitos sejam considerados diante do caso concreto.*

#### *6.8 Direitos fundamentais e democracia. O problema do controle do juiz sobre a decisão da maioria*

Depois da abordagem da fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais, das suas dimensões e das suas eficácias, é inevitável colocar no centro da discussão a relação entre os direitos fundamentais e a democracia.

Como a lei deve ser compreendida à luz dos direitos fundamentais, o que significa que o juiz também controla a constitucionalidade das leis a partir daí, é evidente que esses direitos podem se sobrepôr à maioria parlamentar.<sup>121</sup> Daí se falar em uma verdadeira luta pela interpretação dos direitos fundamentais e se advertir que o árbitro dessa luta não é o povo, de onde emana o poder, mas sim o juiz, perguntando-se se isso não colocaria em risco o princípio democrático.<sup>122</sup>

Alexy lembra que existem três formas de contemplar a relação entre direitos fundamentais e democracia: uma ingênua, outra idealista e uma última realista.<sup>123</sup> De acordo com a concepção ingênua, jamais existiria relação de conflito entre os direitos fundamentais e a democracia, pois seria inconcebível uma relação de tensão entre “duas coisas boas”, como se apenas pudesse haver disputa entre o bem e o mal. A segunda concepção, embora reconheça a possibilidade da existência de conflitos entre posições que, em princípio, são “boas”, parte da premissa de uma sociedade ideal, na qual a maioria parlamentar não teria qualquer interesse em defender posições capazes de violar os direitos fundamentais. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais teriam apenas um valor

---

<sup>121</sup> Sobre o tema ver Roberto Gargarella, *La Justicia frente ao Gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial)*, Barcelona: Ariel, 1996.

<sup>122</sup> Robert Alexy, Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001, p. 37.

<sup>123</sup> Robert Alexy, Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 37-38.

simbólico.<sup>124</sup> Já a concepção realista, aceita por Alexy, admite que os direitos fundamentais podem ser democráticos e antidemocráticos. São democráticos porque asseguram o desenvolvimento da sociedade mediante a garantia dos direitos de liberdade e de igualdade - com o que mantêm a estabilidade do procedimento democrático - e também porque garantem as condições para o funcionamento do processo democrático através da tutela da liberdade de expressão etc. Porém, ao mesmo tempo são antidemocráticos, pois têm a função de verificar a adequação do processo democrático ou de negar as decisões da maioria parlamentar legitimada pelo povo. Nesse sentido, não é errado sustentar que um grupo político pode perder as eleições ou a votação no parlamento, mas vir a reverter esse resultado perante o juiz.<sup>125</sup>

A aceitação da concepção realista obviamente obriga a uma solução capaz de conviver com tais constatações – de que os direitos fundamentais são democráticos e antidemocráticos. Alexy busca essa solução na conceituação de direito fundamental, advertindo que esse deveria significar aquilo que “todos os cidadãos” consideram “tão importante” que, por essa razão, não devesse ser confiado à maioria. Porém, logo a seguir frisa que o homem pensa no que é “importante” a partir de seus ideais, de suas representações do bem, de suas convicções religiosas e de sua concepção de mundo, denominando isso tudo de “concepção moral”. Acontece – demonstra ele – que as concepções morais são várias e contraditórias - exemplificando que alguns negam o aborto com base em convicções religiosas e outros os defendem em nome da liberdade –, motivo pelo qual os direitos fundamentais não podem se basear nas concepções morais dos cidadãos.<sup>126</sup>

Diante disso, Alexy procura a distinção entre uma concepção moral pessoal ou individual e uma concepção moral pública. Essa última envolveria uma representação *comum* sobre as condições justas de cooperação social em um mundo marcado pelo *pluralismo*.

---

<sup>124</sup> Robert Alexy, Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 38.

<sup>125</sup> Robert Alexy, Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 38.

<sup>126</sup> Robert Alexy, Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 39.

Nesse ponto Alexy faz expressa referência à idéia de consenso superposto (*overlapping consensus*), desenvolvida por Rawls em *Political Liberalism*.<sup>127</sup> Rawls, nessa obra, modificou ou ajustou a sua célebre teoria da justiça<sup>128</sup>, apresentando novos argumentos para a sua sustentação, entre os quais se destaca o de “*overlapping consensus*”. Com ele Rawls mostrou que concepções individuais racionais, ainda que opostas, podem permitir um consenso, o que a teoria da justiça não permitia. Esse consenso somente é possível entre pessoas racionais e adeptas de teses racionais. Além disso, tal consenso apenas é possível se a concepção pública for aceita como racional por todos. Para Rawls, o “*overlapping consensus*” é a única forma de alcançar uma concepção pública de justiça em uma sociedade pluralista.<sup>129</sup>

Nessa linha – prossegue Alexy -, a pergunta a respeito do que seria “tão importante” (os direitos fundamentais) a ponto de ser excluído da esfera de decidibilidade do legislador é obtida a partir das idéias de concepção individual e de concepção pública: seria o que os cidadãos racionais com concepções pessoais *distintas* consideram como condições de cooperação *social* justas “tão importantes” (*consenso*) que não possam ser deixadas nas mãos do legislador.<sup>130</sup>

Ao juiz é necessário, quando da afirmação de inadequação da lei a um direito fundamental, argumentar que a decisão do parlamento interfere sobre o bem que foi excluído da sua esfera de disposição. Não se trata simplesmente de opor o direito fundamental à lei, mas antes de tudo de demonstrar, mediante adequada argumentação, que a decisão legislativa contrasta com o direito fundamental. Ou seja, a mera oposição entre direito fundamental e lei, que colocaria em rota de colisão os direitos fundamentais com a democracia, passa a significar uma oposição entre a argumentação jurisdicional em prol da sociedade e a decisão tomada pelo legislativo. Existiria, assim, uma representação argumentativa a cargo da jurisdição em face de uma representação política concretizada na lei.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> John Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993.

<sup>128</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1971.

<sup>129</sup> Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, cit., p. 191-210.

<sup>130</sup> Robert Alexy, Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 40.

<sup>131</sup> Robert Alexy, Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 40.

É claro que a percepção dessas duas formas de representação obviamente não resolve a questão, constituindo apenas a identificação de um sinal capaz de levar à sua solução. É preciso que a representação argumentativa supere a representação política. Para tanto deve ser capaz de convencer os cidadãos de que a decisão parlamentar, ou a representação política, não deve prevalecer sobre o direito fundamental.

Ou seja, a conformação da lei aos direitos fundamentais somente é viável quando a representação argumentativa em prol desses direitos suplanta a representação política identificada na lei. Por isso, a representação argumentativa está muito longe de significar uma mera sobreposição do juiz sobre o legislador, pois essa representação, antes de controlar a lei, deverá ser capaz de convencer os cidadãos da sua racionalidade.

Dessa forma é possível dizer que o controle jurisdicional da constitucionalidade<sup>132</sup>, diante da necessidade de sua problematização e fundamentação *para o convencimento*, é plenamente justificável, sendo um limite admissível para a política concretizada na decisão tomada pela maioria parlamentar.

## **7. A jurisdição no Estado contemporâneo**

### *7.1. Crítica à teoria que afirma que o juiz atua a vontade concreta da lei*

A teoria que afirma que o juiz atua a vontade concreta do direito, como visto, foi compartilhada por Chiovenda. O direito nada mais era do que a lei, isto é, do que a norma geral a ser aplicada aos casos concretos. Ao juiz bastaria aplicar a norma geral criada pelo legislador. Aplicação e criação, aí, separavam-se nitidamente.

Essa teoria supunha que o juiz podia solucionar qualquer caso mediante a aplicação das normas gerais, uma vez que o ordenamento jurídico seria completo e coerente. Por isso, tal teoria pode ser explicada à luz do Código Napoleão – corolário da doutrina da divisão de poderes -, diante da sua preocupação de constituir uma legislação completa e coerente para as relações civis, comerciais etc.

---

<sup>132</sup> Habermas também adverte que os ataques ao controle da constitucionalidade sempre são feitos com base no princípio da separação de poderes, ou melhor, que “the critique of constitutional adjudication is always made in view of the distribution of powers between the democratic legislature and the judiciary” (Jürgen Habermas, *Between facts and norms*, Cambridge, MIT, 1998, p. 238)

Se a legislação era completa e coerente, e assim capaz de dar à jurisdição condições de solucionar qualquer caso, o juiz jamais precisaria cristalizar uma norma - mediante a interpretação da lei de acordo com a Constituição - para regular a situação litigiosa. Não precisaria e nem poderia delinear uma norma jurídica segundo os ditames da Constituição porque nessa época não se apresentava a idéia de que a validade da lei é vinculada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Como a lei também não podia considerar a realidade, as desigualdades sociais e o pluralismo, bastava à jurisdição aplicar a lei genérica e abstrata, típica do Estado liberal.

Por outro lado, os casos conflitivos continham características homogêneas, o que não exigia do juiz uma especial compreensão das suas particularidades. Na verdade, o caso sobre o qual o magistrado devia se debruçar era encoberto pela lógica da subsunção, para quem os fatos eram considerados a premissa menor e a norma geral a premissa maior. Tais fatos, ou simplesmente o caso, porque vinham de uma sociedade compreendida a partir de um ângulo igualizador, não exigiam qualquer esforço interpretativo ou de atribuição de sentido, o que dava à tarefa do juiz uma qualidade quase mecânica. Era suficiente relacionar o caso, sem a necessidade da sua compreensão, com a norma geral, cujo conteúdo era claro e indiscutível.

## *7.2 Crítica à teoria de Carnelutti e à teoria que sustenta que o juiz cria a norma individual que dá solução ao caso concreto*

Já vimos que a teoria de Carnelutti, ao afirmar que a função do juiz é a composição da lide, aceita a idéia de que o juiz, ao “compor a lide”, cria a norma individual que regula o caso concreto. A sentença, ou a norma individual, faz concreta a norma geral, passando a integrar o ordenamento jurídico; a composição da lide ocorre quando a sentença torna a norma geral particular para as partes.

Mas, a diferença entre a teoria que supõe que a função do juiz é declaratória – limita-se a aplicar a norma geral – e a teoria que afirma que o juiz cria a norma individual ao resolver o litígio, *não está na tese de que o juiz - na segunda e não na primeira teoria - pode esculpir ou criar a norma geral e, portanto, está livre das amarras do positivismo acrítico.*

Isso porque Kelsen deixou claro que o juiz cria a norma individual *com base na norma geral*, até porque, segundo a sua teoria, toda norma tem fundamento em uma norma superior, até se chegar à norma fundamental, que estaria no ápice do ordenamento. Ou seja, o legislador, subordinado à Constituição, cria as normas gerais, e o juiz, vinculado à lei, cria as normas individuais ao proferir as sentenças. Nesse sentido, afirma-se que, para Kelsen, a diferença entre as funções do legislador e do juiz é apenas quantitativa, na medida em que, apesar de o juiz estar mais limitado que o legislador, ambos criam normas com fundamento em normas superiores.<sup>133</sup>

As duas teorias, vistas nessa perspectiva, variam apenas porque em uma o juiz declara a norma geral sem produzir uma norma individual, e na outra o juiz cria uma norma individual com base na norma geral declarada na sua fundamentação (da sentença). *De modo que as duas teorias estão igualmente subordinadas ao princípio da supremacia da lei.*

É certo que se pode dizer que a sentença é produto de um ato de vontade - e não de mero conhecimento - e, nesse ponto, estar de acordo com Kelsen. Mas isso não pode permitir a conclusão, encontrada pelo próprio Kelsen, de que o juiz cria direitos.<sup>134</sup> Isso em razão de uma simples constatação: o juiz não cria direito quando atua com base em uma norma superior.

Concorda-se, também que a sentença considera particularidades do caso individual inimagináveis na norma geral, uma vez que essa última apenas pode considerar em abstrato aquilo que deve ser considerado no caso concreto. Mas, diante disso, não parece existir substancial diferença entre a declaração da norma geral *no caso concreto* e a criação da norma individual mediante a *particularização da norma geral para as partes*.

O que identifica os dois conceitos é a necessidade de consideração das particularidades da situação litigiosa. Tanto a declaração da lei, quanto a criação da norma individual, exige que sejam levadas em conta as peculiaridades do caso concreto. De modo que uma substancial diferenciação entre as duas teorias exigiria uma distinção em relação

---

<sup>133</sup> Eugenio Bulygin, Los jueces crean derecho?, Texto apresentado ao XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoría e filosofía do direito, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, p. 10.

<sup>134</sup> Eugenio Bulygin, Los jueces crean derecho?, Texto apresentado ao XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoría e filosofía do direito, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, p. 13-14

*ao modo de apreciação* de tais particularidades. Porém, a teoria kelseniana jamais pretendeu se diferenciar da teoria clássica da jurisdição por considerar a realidade do caso concreto *a partir de um outro ângulo visual ou de forma mais aprofundada*. Na verdade, aqui as duas teorias *mais uma vez se aproximam*, limitando-se a exprimir de forma teórica e linguisticamente diversas situações que, em substância, não são aptas para permitir a escolha - ou a diferenciação - de uma diante da outra.

É fácil perceber que em uma sociedade legalmente igualizada, em que as relações têm características definidas como homogêneas, não há dificuldade na visualização das particularidades dos casos conflituivos. Por esse motivo, na época em se falava de “lei genérica e abstrata”, sequer se podia imaginar que um dia o juiz teria que “compreender” e atribuir “sentido” e “valor” aos casos concretos.<sup>135</sup> O caso era visto como algo quase que pré-definido e, nessa linha, a função do juiz era apenas preencher as suas particularidades. Como a jurisdição não precisava outorgar “sentido” ao caso, bastava a sua subsunção à norma geral mediante mera aplicação lógica.

É verdade que a norma individual, ou a sentença, outorga características ao caso, mas é impossível ignorar que, na atualidade – diante do pluralismo da sociedade e da constante transformação dos fatos sociais -, *é necessário muito mais do que isso, uma vez que a interpretação da lei, ou a norma formulada pelo juiz, depende do “sentido” do caso concreto.*<sup>136</sup>

Portanto, nenhuma dessas teorias responde aos valores do Estado constitucional. Não só porque ambas são escravas do princípio da supremacia da lei, mas também porque as duas negam lugar à “compreensão” do caso concreto no raciocínio decisório, isto é, no raciocínio que leva à prestação jurisdicional.

### *7.3 O pluralismo e a necessidade de compreensão dos casos concretos*

Quando se insiste na necessidade de o juiz atribuir sentido<sup>137</sup> ao caso levado à sua análise, deseja-se, antes de tudo, dizer que ele não pode se afastar da realidade em que vive. Se a percepção das novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da

---

<sup>135</sup> Ver Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 136-139.

<sup>136</sup> Para a compreensão dessa idéia, ver o próximo item.

<sup>137</sup> Ver Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, cit., p. 136-139.



sociedade, é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que não estão na cartilha do judiciário, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho etc, é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos.

Embora essas duas atitudes também importem para desvendar a necessidade de uma nova elaboração legislativa, o seu peso maior recai sobre o juiz, uma vez que é evidente que o legislador não pode andar na mesma velocidade da evolução social – o que, aliás, já constitui ditado vulgarizado. Por isso, o surgimento de novos fatos sociais dá ao juiz legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos.

#### *7.4 A conformação da lei exige a prévia atribuição de sentido ao caso concreto, mas a definição do caso concreto requer a consideração da lei*

Essa necessidade de atribuição de sentido aos casos concretos significa que os novos fatos sociais são vitais para a compreensão do direito ou para a conformação da lei.

Porém, essa atribuição de sentido obviamente não dispensa a prévia análise da lei. Vale dizer que para se dar sentido ao caso é necessário pensar na lei, ou melhor, é necessário considerar de que modo o caso se insere em face da lei e da interpretação que lhe é dada pelos tribunais.

#### *7.5 A jurisdição, após delinear o caso concreto, deve conformar a lei*

Uma vez delineado o caso concreto, resta ao juiz regulá-lo através da lei. Contudo, como foi amplamente demonstrado, a concepção de direito no Estado constitucional é completamente diferente da que lhe foi atribuída pelo Estado liberal. Não mais prevalece o princípio da supremacia da lei e essa não é mais vista como um produto perfeito e acabado.

Hoje a lei se submete às normas constitucionais, devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais. É correto dizer, aliás, que uma das mais importantes características do constitucionalismo contemporâneo está na

definição normativo-constitucional de princípios materiais de justiça, cuja função é iluminar a compreensão do ordenamento jurídico.

Dizer que a lei tem a sua substância moldada pela Constituição implica em admitir que o juiz não é mais um funcionário público que objetiva solucionar os casos conflitos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.

#### *7.6 A decisão a partir dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais*

Já se deixou claro que a lei, no Estado contemporâneo, tem a sua substância condicionada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Compreender a lei a partir dos direitos fundamentais significa inverter a lógica da idéia de que esses direitos dependem da lei, pois hoje são as leis que tem a sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, além de só admitirem interpretações que a eles estejam adequadas.<sup>138</sup>

Isso obviamente representa uma reação contra o princípio da supremacia da lei e contra o absolutismo do legislador. A força normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislador, agora, está submetida à vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais.

Nenhuma lei pode contrariar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais e, por isso mesmo, quando as normas ordinárias não podem ser interpretadas “de acordo”, têm a sua constitucionalidade controlada a partir deles. A lei deve ser compreendida e aplicada de acordo com a Constituição. Isso significa que o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição. Trata-se, desse modo, de

---

<sup>138</sup> Lembre-se que os direitos fundamentais fundam princípios objetivos orientadores do modo de ser do ordenamento jurídico.

uma forma de filtrar as interpretações possíveis da lei, deixando passar apenas a que melhor se ajuste às normas constitucionais.<sup>139</sup>

Note-se que, quando a norma não pode ser interpretada de acordo com a Constituição, evidentemente não há interpretação de acordo, mas sim necessidade de controle constitucional da lei. No caso de lei inconstitucional ou de lei cuja aplicação literal conduz a um juízo de inconstitucionalidade, o juiz de primeiro grau poderá declarar a sua inconstitucionalidade ou, mediante a técnica da interpretação conforme a Constituição, emitir a única interpretação da lei que não obrigue à declaração da sua inconstitucionalidade. Na hipótese de lei que possui interpretações inconstitucionais, o juiz poderá editar a interpretação que lhe pareça constitucional, ainda que existam outras que possam se revestir de constitucionalidade. Trata-se, nesse caso, da aplicação da técnica da declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

Porém, o mais importante, para uma nova concepção de jurisdição, é a possibilidade de o juiz controlar a inconstitucionalidade por omissão no caso concreto. Como já foi dito, há normas constitucionais que impõem um dever de legislar e há direitos fundamentais que, embora decorrentes de normas que se calam sobre essa espécie de dever, dependem, para a sua efetivação ou proteção, de regramento infraconstitucional.

Como os direitos fundamentais devem ser protegidos ou tutelados pelo *Estado* e, assim, não apenas pelo legislador, é possível verificar, no caso concreto, se a omissão normativa implicou em negação de tutela ao direito fundamental, para, em caso positivo, admitir que o juiz supra a omissão de proteção devida pelo legislador.

Entretanto, há ainda outra situação. Agora o problema não diz respeito à ausência de lei necessária para a proteção do direito fundamental, mas sim aos limites de um direito fundamental de liberdade. Assim, por exemplo, a situação em que um direito da personalidade, como o direito à honra, se coloca em rota de colisão com um direito de liberdade, como o direito à liberdade de expressão. Aqui não se lamenta a inexistência de uma lei que deveria ter sido editada para dar proteção ao direito fundamental (de personalidade), porém se questiona a amplitude do direito fundamental de liberdade frente ao direito fundamental de personalidade, ou melhor, a possibilidade de o direito fundamental de personalidade ser diretamente invocado para conter o direito fundamental

---

<sup>139</sup> Ver Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid: Trotta, 1999, p. 51

de liberdade, quando então teríamos uma colisão de direitos fundamentais no caso concreto, que teria que ser resolvida através da regra do balanceamento.

Assim, os princípios e os direitos fundamentais podem ser vistos não apenas como a substância que orienta o modo de ser do ordenamento jurídico, mas também como as ferramentas que servem para: i) a interpretação de acordo; ii) a eliminação da lei inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade da lei); iii) a adequação da lei à Constituição (interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução de texto); iv) a geração da regra necessária para que o direito fundamental seja feito valer (controle da omissão inconstitucional); e v) a proteção de um direito fundamental diante de outro (aplicação da regra do balanceamento).

### *7.7 Conformação da lei e sentido da criação da norma jurídica pelo juiz*

Como restou claro no último parágrafo, por *conformação da lei* não se pode entender simplesmente interpretação de acordo ou adequação da lei à Constituição. Nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade e de supressão de omissão constitucional há uma *conformação da legislação* (embora não exatamente da lei) às normas constitucionais.

Mas a conformação da lei ou da legislação faz com que o juiz crie, mediante a interpretação ou o controle da constitucionalidade, uma *norma jurídica* para justificar a sua decisão.

Trata-se de propor, na verdade, a conhecida distinção entre norma, vista como texto da lei, e norma jurídica, compreendida como interpretação do texto legal<sup>140</sup>, deixando-se claro, no entanto, que tal norma jurídica *não é apenas a expressão da interpretação da lei, mas também o resultado do controle de constitucionalidade.*

---

<sup>140</sup> “A teoria da norma jurídica repousa na idéia fundamental de que a norma, objeto da interpretação, não se identifica com o texto, antes se apresenta como o resultado de um trabalho de construção, correntemente designado de concretização. Mesmo o juiz, logo um tribunal, longe de se limitar a aplicar automaticamente a norma a um caso particular, exercer uma ‘liberdade de opção’ (*discretion*) que opera, em termos práticos e operativos, como uma verdadeira decisão. E como o texto é suscetível de comportar vários significados (‘plurisignificatividade’), é tarefa do juiz escolher de entre estes a norma a aplicar ou ‘regra de decisão’. É essa ‘escolha’ ou ‘opção’ que correntemente se designa de interpretação. Esta consiste na determinação do significado objetivo de um texto. Isto leva necessariamente a uma ‘interpretação integrativa’ do texto no quadro de uma ‘teoria da norma para o caso particular’ (*case law, Fallnorm*)” (Cristina Queiroz, *Direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 178).

Porém, esse sentido de criação da norma jurídica nada tem a ver com aquele que lhe foi atribuído pelos teóricos que viam a sentença como *norma individual* que particulariza a norma geral.

A norma jurídica, no presente contexto, não almeja ser a parte dispositiva (que define o litígio) da sentença.<sup>141</sup> Essa norma jurídica se destina a fundamentar a parte dispositiva, e assim não pretende ser pensada como uma norma individual que regula o caso concreto, nem mesmo quando é fruto do controle da constitucionalidade.

Ademais, a norma jurídica que agora importa, obviamente está muito longe de significar apenas uma particularização da norma geral (da lei), pois, como está claro, é o resultado da interpretação e do controle de constitucionalidade da lei.

De modo que a criação da norma jurídica mediante a conformação da lei e da legislação pode ser dita uma *norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto*. Ou seja, há necessidade de distinguir a cristalização da interpretação e do controle de constitucionalidade da criação de uma norma individual que, particularizando a norma geral, *é voltada especificamente à regulação de um caso concreto*.

Porém, o que importa é evidenciar que esse novo significado de criação da norma jurídica serve para explicar não só a conformação da lei isolada, mas também da legislação, aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais.

#### 7.8 O significado da norma jurídica que tutela um direito fundamental diante de outro direito fundamental

Lembre-se, agora, do exemplo referido linhas atrás<sup>142</sup>, em que um direito de personalidade é tutelado diante de um direito de liberdade (direito à honra frente ao direito à liberdade de expressão). Nesse caso não é correto afirmar que a norma jurídica é criada para conformar a *legislação* às normas constitucionais.

Lembre-se que Alexy atribui aos direitos de liberdade uma espécie de prioridade – chamada *prima facie* – sobre os demais direitos fundamentais, *mas essa prioridade pode*

---

<sup>141</sup> Sobre o conceito de parte dispositiva da sentença, ver adiante o item “A grande peculiaridade da norma criada pelo juiz: a necessidade da sua fundamentação”.

<sup>142</sup> Ver acima item “A decisão a partir dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais”.

*ser superada* diante das circunstâncias do caso concreto e desde que acompanhada com uma carga de argumentação capaz de demonstrar a necessidade de proteção do direito fundamental que, em abstrato, não é detentor de prioridade.<sup>143</sup> No “Caso Lebach”, mencionado pelo jurista alemão<sup>144</sup>, admitiu-se a proteção do direito de personalidade diante do direito de liberdade de informação, evidenciando-se que a pretendida retransmissão da notícia televisiva não mais respondia a um interesse atual de informação e que essa veiculação colocaria em risco um direito fundamental do autor do delito.<sup>145</sup> Ou seja, nesse exemplo foram invocadas as circunstâncias especiais do caso concreto para se demonstrar que o direito da personalidade deveria ser protegido diante do direito de liberdade.

Nessas situações, sendo completamente impossível uma hierarquização dos direitos ou a prévia definição do direito que deve prevalecer em cada caso, resta apenas procurar uma forma racional para balancear os direitos fundamentais que podem colidir nas situações concretas. Mas aqui não é o local para tratar dessa “forma” ou do meio capaz de permitir o seu adequado controle, pois o que interessa saber é o significado da prestação jurisdicional que faz tal balanceamento.

Esse significado pode ser descortinado a partir do momento em que se percebe que a tarefa de balanceamento não se presta à conformação da lei ou da legislação, mas sim para a concretude direta e imediata da própria Constituição, ou melhor, para uma efetividade dos direitos fundamentais que não toma em conta o plano da legislação.

Perceba-se que há situações em que se questiona *a omissão do legislador* em dar proteção a um direito fundamental (omissão inconstitucional) e há casos em que se afirma, diante da força que se pretende dar a um direito fundamental de liberdade, *apenas a existência de um direito fundamental* que exige proteção estatal (necessidade de ponderação dos direitos fundamentais no caso concreto). No primeiro caso se vê uma *omissão da legislação* a partir do direito fundamental e, no segundo, se afirma *a necessidade de se fazer valer o direito fundamental* que requer proteção diante de um direito fundamental de liberdade.

Quando a prestação jurisdicional indica o resultado do balanceamento dos direitos fundamentais (não importa qual seja ele), *a norma jurídica está atuando apenas em nome*

---

<sup>143</sup> Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 540-552.

<sup>144</sup> Ver acima o item “A teoria dos direitos fundamentais como teoria dos princípios”.

<sup>145</sup> Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 552.

*dos direitos fundamentais, sem se preocupar com a conformação da legislação.* Além de dar efetividade ao direito fundamental no caso concreto, a jurisdição permite a convivência dos direitos fundamentais em abstrato.<sup>146</sup>

### *7.9 A criação da norma jurídica em face das teorias clássicas da jurisdição*

No caso em que o juiz interpreta a lei de acordo com a Constituição ou se vale das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, certamente não há como sustentar que a jurisdição atua a vontade da lei, nos termos propostos por Chiovenda. Também não é cabível dizer que há a criação da norma individual capaz de regular o caso concreto, ao menos quando se pensa tal atividade a partir da lógica de que a norma individual (a sentença) deve se fundar em uma norma geral (em uma lei ordinária).

A impropriedade dessas teorias se torna ainda mais marcante diante da declaração da inconstitucionalidade da lei, do controle da inconstitucionalidade da sua omissão e da tutela de um direito fundamental mediante a desconsideração de outro no caso concreto, quando a sentença não afirma *positivamente* lei ou norma geral alguma.<sup>147</sup>

Se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei* ou *criava a norma individual a partir da norma geral*, agora ele cria a *norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra proporcionalidade) dos direitos fundamentais no caso concreto.

### *7.10 A teoria de que a jurisdição pode criar a norma geral*

---

<sup>146</sup> De acordo com Alexy, “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente” (Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. p. 94-95). Alexy chama este enunciado ou lei de ‘lei de colisão’, que constitui um dos fundamentos da sua teoria dos princípios.

<sup>147</sup> Segundo Sérgio Moro, quando é declarada a inconstitucionalidade de uma lei, o grau de interferência da jurisdição sobre o legislativo é maior do que quando se faz o controle da inconstitucionalidade por omissão no caso concreto (Sergio Fernando Moro, *Jurisdição constitucional como democracia*, São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 244).



Eugenio Bulygin, sucessor de Carlos Santiago Nino na cátedra de Filosofia do Direito da Universidade de Buenos Aires, sustenta a tese de que os juízes podem criar o direito em determinadas situações excepcionais.<sup>148</sup>

Bulygin contesta a doutrina de Kelsen, no sentido de que o juiz, ao criar a norma individual do caso concreto, cria o direito. Segundo Bulygin, ainda que se aceite a idéia de que o juiz dita a norma individual nos termos kelsenianos, não se pode admitir que o juiz cria o direito, pois tal norma individual se funda em uma norma geral criada pelo legislador. Segundo Bulygin, a conclusão de Kelsen somente estaria certa se juiz criasse a própria norma geral.<sup>149</sup>

Bulygin lembra que Kelsen chegou a admitir, embora de forma contraditória, que a jurisdição pode criar a norma geral quando o juiz valora a norma legislativa ou a sua ausência como muito inadequada ou injusta. Entretanto, adverte que Kelsen não disse exatamente que o juiz *cria* a norma geral nesses casos, mas sim que o juiz pode criar a norma individual *sem que exista uma norma geral criada pelo legislador*, ou melhor, que o juiz pode criar uma norma individual *aplicando uma norma geral* - que lhe parece justa e adequada - *que o legislador não criou*.<sup>150</sup>

Embora Kelsen entenda que a norma individual (a sentença) somente pode ser justificada por uma norma geral, ele não chega a admitir, de forma clara e explícita, que o juiz pode criá-la, tanto é que fala, nessa situação, em “*aplicação de norma geral não-positiva*”. Bulygin afirma que isso é uma inconseqüência de Kelsen, pois se a positividade do direito resulta do fato de que as normas são criadas por atos humanos – *como reconhece o próprio Kelsen* -, não há razão para se falar em “*aplicação de norma geral não-positiva*”.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> Eugenio Bulygin, Los jueces crean derecho?, Texto apresentado ao XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoria e filosofia do direito, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, p. 8.

<sup>149</sup> Eugenio Bulygin, Los jueces crean derecho?, Texto apresentado ao XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoria e filosofia do direito, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, p. 11.

<sup>150</sup> Eugenio Bulygin, Los jueces crean derecho?, Texto apresentado ao XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoria e filosofia do direito, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, p. 12.

<sup>151</sup> Eugenio Bulygin, Los jueces crean derecho?, Texto apresentado ao XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoria e filosofia do direito, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, p. 12.

No raciocínio de Kelsen, essa norma geral *seria aplicada, ao invés de criada*, em razão de que o juiz não pode criar a norma geral, e seria *não-positiva* por não ter sido criada pelo legislador. Mas, se a positividade decorre de a norma ter sido criada por ato humano, nada poderia impedir a conclusão de que o juiz, quando aplica a norma geral não criada pelo legislador, na verdade a cria, e que essa, por consequência, é dotada de positividade.

### *7.11 A teoria de que a jurisdição pode criar a norma geral diante do constitucionalismo contemporâneo*

Considerando-se as teorias clássicas da jurisdição – atuação da vontade da lei e criação da norma individual –, não há dúvida de que o juiz somente pode proferir a sentença com base em uma norma geral criada pelo legislador. Embora, em princípio, a ausência de norma geral sequer pudesse ser cogitada em relação a elas, não há motivo para não se indagar o que poderia ser feito pelo juiz de tais teorias se admitida fosse a ausência de lei. Nessa situação não restaria ao juiz outra alternativa senão criar a norma geral.

Acontece que o problema da insuficiência da lei não pode ser resolvido através da simples aceitação de que o juiz pode criá-la. A questão que realmente importa saber é como o juiz cria uma *norma jurídica* para o caso concreto quando a *norma geral* não existe ou não está de acordo com os princípios constitucionais de justiça e com os direitos fundamentais.

A criação dessa *norma jurídica* não significa criação de *norma individual* para regular o caso concreto e, menos ainda, criação de *norma geral*. A criação da *norma jurídica* mediante a conformação da lei e da legislação ou do balanceamento dos direitos fundamentais pode ser dita uma *norma jurídica* criada diante das peculiaridades do caso concreto, mas não uma *norma individual* voltada a regulá-lo. Essa *norma jurídica*, embora derivada de um processo de criação jurisdicional, também não tem nada a ver com uma *norma geral*, porque forjada ou cristalizada a partir da relação entre a legislação e as normas constitucionais ou com base apenas nas normas constitucionais (balanceamento).

Como já foi demonstrado, o juiz, no Estado constitucional, deve interpretar a norma geral de acordo com a Constituição, controlar a inconstitucionalidade da lei - inclusive através das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem

redução de texto -, a inconstitucionalidade da sua omissão e dar tutela aos direitos fundamentais que entram em colisão no caso concreto.

Nos casos de interpretação de acordo, de interpretação conforme e de declaração parcial de nulidade sem redução de texto, a norma geral é visivelmente conformada – *em menor (no primeiro caso) ou maior medida (nos demais casos)* - pelas normas constitucionais. Nessas três hipóteses o juiz cria a norma jurídica considerando a relação entre o caso concreto, o texto da lei e as normas constitucionais.

Nas situações de declaração de inconstitucionalidade, de controle de inconstitucionalidade por omissão e de tutela de um direito fundamental diante do outro no caso concreto, também não se pode falar em criação da norma geral pelo juiz, embora a situação certamente seja mais delicada. Esses três casos, se não permitem a conformação da norma geral à Constituição, conferem ao juiz a possibilidade de fazer valer a Constituição mediante a eliminação da norma inconstitucional, do preenchimento do vazio normativo que impede a tutela do direito fundamental e da proteção de um direito fundamental que se choca com outro no caso concreto.

Em nenhuma dessas situações o juiz cria uma norma geral. A jurisdição apenas está zelando para que os direitos sejam tutelados de acordo com as normas constitucionais, para que os direitos fundamentais sejam protegidos e efetivados ainda que ignorados pelo legislador, e para que os direitos fundamentais sejam tutelados no caso concreto mediante a aplicação da regra do balanceamento. E isso obviamente faz parte da tarefa atribuída ao juiz no constitucionalismo contemporâneo.

*7.12 Ainda que o juiz criasse a norma geral, essa não teria a mesma eficácia de uma norma geral criada pelo legislador*

Lembre-se, de qualquer maneira, que mesmo que se admitisse que o juiz pode criar uma norma geral, não se poderia equipará-la, em termos de eficácia vinculante, à norma editada pelo legislador.

A norma geral criada pelo legislador é obrigatória para todos. Mas, ainda que se aceitasse que o juiz pode criar uma norma geral, ela não seria obrigatória sequer ao juiz que é seu vizinho, embora a reiteração de casos perante o judiciário pudesse fazer surgir uma

jurisprudência que a consolidasse. Porém, ainda nessa hipótese, sempre seria possível que um juiz, por *vontade* própria, divergisse frontalmente da jurisprudência que se formou.

É impossível ignorar que a rediscussão de casos com a mesma configuração e envolvendo a mesma questão de direito permite, mediante *o desenvolvimento e a confrontação dos argumentos e fundamentos das decisões colidentes*, o encontro de uma decisão de equilíbrio, que assim possa naturalmente – mas sem força obrigatória – se impor.

Contudo, não há como deixar de identificar a grande diferença, em termos de eficácia vinculante, entre a norma criada pelo legislador e a norma geral que seria capaz de ser criada pelo juiz.

### *7.13 A grande peculiaridade da norma criada pelo juiz: a necessidade da sua fundamentação*

A sentença, de acordo com o Código de Processo Civil, é composta por três partes: i) o relatório; ii) a fundamentação e iii) a parte dispositiva (art. 458, CPC). No relatório o juiz expõe a situação conflitiva, o pedido do autor e os argumentos das partes, as provas produzidas e tudo mais que possa interessar para a formulação da decisão. A parte dispositiva expressa a decisão, afirmando, por exemplo, que o réu é condenado a pagar “x”.

A parte dispositiva da sentença pode ser pensada como a norma individual do caso concreto nos termos kelsenianos, não obstante os termos “norma” e “individual” pareçam repelentes ou inconciliáveis, uma vez que a norma requer a condição de generalidade, ao menos no que tange ao seu destinatário.<sup>152</sup>

Porém, ainda que a idéia de norma individual não convença, porque ela nada mais é do que a parte que expressa a decisão jurisdicional, seria imprescindível a sua fundamentação (como ocorre em relação à sentença), pois o juiz, enquanto agente do poder não legitimado pelo voto, não pode deixar de justificar as decisões que emite. Aliás, não se pode esquecer que, enquanto a decisão legislativa (a lei) expressa o resultado do embate

---

<sup>152</sup> Eugenio Bulygin, *Los jueces crean derecho?*, Texto apresentado ao XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoria e filosofia do direito, organizado pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, p. 12.

parlamentar, a decisão jurisdicional, embora possa ser aperfeiçoada através do sistema recursal e de formação jurisprudencial, pode ser tomada apenas por um juiz.

A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. Ou seja, não basta o juiz estar convencido; deve ele demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, já que a sentença deve ser o resultado de um raciocínio lógico capaz de ser demonstrado mediante a relação entre o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva.

A fundamentação da sentença, diante da sua essencialidade, foi tornada obrigatória pela Constituição (art. 93, IX, CF). Isso evidencia uma absoluta diferença entre a norma criada pelo legislador e a sentença. A norma geral não é justificada. A chamada “exposição de motivos” que a acompanha não integra a lei.

#### *7.14 A teoria de que a jurisdição se define pelo seu dever de concretizar os valores da Constituição*

Owen Fiss, nos Estados Unidos, tem produzido importantes estudos sobre a jurisdição. Segundo Fiss, a função da jurisdição – chamada de adjudicação (*adjudication*) – é atribuir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais.<sup>153</sup>

A doutrina de Fiss – como não é incomum nos Estados Unidos – é preocupada com a proteção das minorias. Nessa linha, deixa claro que o juiz, ao invés de pretender falar em nome das minorias, deve conferir significado aos valores constitucionais. Isso porque não teria sentido dar ao juiz a função de representante das minorias, mas sim a possibilidade de descobrir o que é verdadeiro, correto ou justo a partir do texto da Constituição, da história e dos ideais de justiça.<sup>154</sup>

Embora agora não importe outra preocupação de Fiss, no sentido de saber como a interpretação pode atingir um grau de objetividade consentâneo com a função do direito,

---

<sup>153</sup> “The function of a judge is to give concrete meaning and application to our constitutional values” (Owen Fiss, *The forms of justice*, *Harvard Law Review*, 93, novembro/1979, p. 4).

<sup>154</sup> “The task of the judge is to give meaning to constitutional values, and he does that by working with the constitutional text, history, and social ideals” (Owen Fiss, *The forms of justice*, *Harvard Law Review*, 93, novembro/1979, p. 4).

não há como negar que – não obstante também seja necessário proteger jurisdicionalmente os direitos das minorias<sup>155</sup> - não se pode reduzir a função da jurisdição à descoberta do significado dos valores constitucionais ou dos valores públicos contidos na Constituição.<sup>156</sup>

Se é certo que o juiz deve compreender a lei na medida da Constituição, isso não quer dizer que lhe basta atribuir sentido aos valores da Constituição para dar tutela aos direitos. Para realizar a função jurisdicional, o juiz deve, *em primeiro lugar, pensar na lei ordinária, para depois dimensioná-la na perspectiva das normas constitucionais.*

Como já foi dito, a jurisdição, após atribuir sentido ao caso concreto, deve relacioná-lo com as normas ordinárias e com a Constituição. Ou seja, depois de definir o sentido do caso, o juiz deve procurar o significado da norma ordinária à luz da Constituição, quando então também terá que atribuir significado às normas constitucionais definidoras dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais. Portanto, antes de objetivar atribuir significado aos valores da Constituição, a interpretação visa conferir significado ao direito material. E isso também é feito quando o juiz faz o controle da constitucionalidade da lei ou supre a omissão que impede a efetividade de um direito fundamental, embora nesses casos, como é evidente, o papel da Constituição tenha maior importância do que quando a lei é interpretada de acordo. Não é possível esquecer que, nessas hipóteses, ainda que o juiz se baseie na Constituição, a sua atuação parte da consideração da lei ou da sua “falta”.

Ademais, a *pura e simples* atribuição de significado à dicção de uma norma – seja ela constitucional ou não - corresponde apenas a uma fase de toda e qualquer interpretação. Afinal interpretar, sabe-o qualquer um, nada mais é do que expressar significado. Contudo, muito mais do que atribuir significado a uma norma, cabe à jurisdição *realizar*, no caso concreto, o que foi por ela prometido.

---

<sup>155</sup> Will Kymlicka (*Multicultural Citizenship. A liberal theory of minority rights*, Oxford: Clarendon Press, 1995), embora em outro plano, afirma que o Estado deve instituir direitos diferenciados em benefício de alguns grupos - peculiarizados pela raça ou classe ou caracterizados por culturas minoritárias -, advertindo que a proteção dos direitos das minorias não fere os princípios liberais básicos, como o princípio liberal em favor da igualdade (Cf. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona: Paidós, 1999, p. 151). Ver, também, Roberto Gargarella, *Crisis de la representación política*, México: BEFDP, 1997, p. 49-76.

<sup>156</sup> Em outra parte do seu artigo “*The forms of justice*”, Fiss afirma: “Judges have no monopoly on the task of giving meaning to the public values of the Constitution, but neither is there reason for them to be silent. They too can make a contribution to the public debate and inquiry. Adjudication is the social process by which judges give meaning to our public values” (Owen Fiss, *The forms of justice*, *Harvard Law Review*, 93, novembro/1979, p. 1).

### *7.15 A idéia de que a jurisdição tem por objetivo a pacificação social*

Fala-se, também, que a jurisdição tem por objetivo a pacificação social. Esse fim de pacificação social não resultaria apenas do fato de que os cidadãos buscam solução para os seus conflitos no Poder Judiciário, e de que esse, ao solucioná-los, permitiria a pacificação de específicas situações litigiosas.

Na verdade, a idéia do fim de pacificação social da jurisdição está relacionada com três questões: i) a existência do juiz dá aos litigantes a consciência de que os seus conflitos têm uma forma de resolução instituída e estatal, o que elimina as tentativas de soluções privadas arbitrárias e violentas; ii) a jurisdição acomoda as disputas, evitando a potencialização e o agravamento das discussões; iii) ainda que um dos litigantes não se conforme com a decisão, sabe ele que, diante da impossibilidade de levar novamente ao juiz a situação conflitiva já solucionada, nada mais lhe resta fazer, e que, portanto, seria improdutivo e ilógico continuar alimentando a sua posição.

Acontece que essas três características, que serviriam para identificar um fim de pacificação social na jurisdição, são completamente neutras e indiferentes à substância da função ou da decisão jurisdicional que conduziria à pacificação. E definir jurisdição sem saber como a pacificação é alcançada pode conduzir a admissão de que qualquer poder instituído, mesmo que atuando de forma ilegítima e de modo contrário aos princípios materiais de justiça, exerce jurisdição.

Na realidade, como não é difícil perceber, a pacificação social é uma mera consequência da existência de um poder de resolução dos conflitos que se sobreponha sobre os seus subordinados, e não um resultado particular e próprio do Estado constitucional.

Por isso, no atual estágio dos nossos estudos, parece não ser adequado concluir que a jurisdição se caracteriza pelo fim da pacificação social. É preciso, antes de tudo, analisar de que forma esse fim é obtido, ou melhor, verificar a legitimidade do poder de resolução dos conflitos e das decisões destinadas a regulá-los. Sem isso estaríamos aceitando que todo poder direcionado à pacificação social é um poder jurisdicional e, assim, para dizer o mínimo, igualizando a jurisdição do Estado legislativo com a jurisdição do Estado contemporâneo.



### 7.16 A jurisdição deve responder às necessidades do direito material

Como o juiz deve dar sentido ao caso diante da lei, da realidade social e da Constituição, ele obviamente não pode formular a norma jurídica do caso concreto *olhando apenas para a Constituição*. Para a prestação da tutela jurisdicional é imprescindível a consideração das *necessidades do direito material*.

Isso é mais fácil de evidenciar do que a própria idéia de que a lei deve ser conformada segundo os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais. É que a tutela – ou a proteção – jurisdicional tem uma óbvia natureza instrumental em relação ao direito material. A tutela jurisdicional, antes de tomar em conta a Constituição, deve considerar o caso e as necessidades do direito material, uma vez que as normas constitucionais devem iluminar a tarefa de tutela jurisdicional *dos direitos*.

É por isso mesmo que a teoria que afirma que a jurisdição tem o objetivo de concretizar os valores constitucionais não é bastante para explicar a complexidade da função do juiz. Na verdade, a jurisdição tem o objetivo de dar tutela *às necessidades do direito material*, compreendidas à luz das normas constitucionais.

Por outro lado, há nítida diferença entre dar tutela às necessidades do direito material e exercer a função de pacificação social. Como essa última (como visto no item que antecedeu) é neutra e indiferente ao direito material e aos próprios valores constitucionais, ela apenas pode ser vista como *conseqüência* da atividade jurisdicional voltada à efetiva tutela jurisdicional dos direitos. Ou melhor, a jurisdição tem por objetivo editar a norma jurídica capaz de dar conta das necessidades do direito material, e apenas como conseqüência desta sua missão é que pode gerar o efeito da pacificação social.

### 7.17 A tutela dos direitos transindividuais

O Estado contemporâneo realçou a existência de direitos transindividuais, assim compreendidos os direitos que não pertencem apenas a uma, mas sim a várias pessoas. O Código de Defesa do Consumidor, ao tratar dessa modalidade de direitos, definiu a existência de direitos **difusos** e **coletivos**. Afirmou que ambos são “*transindividuais, de*

*natureza indivisível*”, mas enquanto os **difusos** são pertencentes a “*pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*”, os **coletivos** são do “*grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*” (art. 81, parágrafo único, I e II, CDC).

Para a proteção desses direitos, o legislador instituiu técnicas ou modelos processuais diferenciados, ou seja, voltados a atender as suas especificidades. Como não poderia ser de outra forma, deferiu a determinados entes, como as associações de defesas do meio ambiente e dos consumidores, legitimidade para a propositura de ações destinadas à tutela de tais direitos, e ao mesmo tempo concebeu a sentença de procedência como capaz de produzir efeitos benéficos a todos os titulares do direito afirmado pelo ente legitimado (arts. 82 e 103, CDC).

Mas, para o efeito da compreensão da “jurisdição”, mais do que a constatação da existência de tais direitos e de técnicas processuais voltados à sua tutela, importa identificar a razão de ser da idealização desses novos modelos processuais dirigidos à tutela jurisdicional.

As “ações coletivas” – como podem ser chamados os modelos concebidos para a tutela dos direitos transindividuais –, têm importante relação com os direitos fundamentais prestacionais. Tais ações permitem a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais que exigem prestações sociais (direito à saúde etc) e adequada proteção - inclusive contra os particulares - (direito ambiental etc), mas, além disso tudo, constituem condutos vocacionados a permitir ao povo reivindicar os seus direitos fundamentais materiais.

As ações coletivas, ainda que vistas apenas como módulos processuais organizados pelo legislador, representam muito mais do que simples procedimentos concebidos para a tutela jurisdicional, pois são verdadeiros instrumentos de uma faceta muito especial dos direitos fundamentais. Ora, como foi dito acima (ver item que tratou, no capítulo sobre a teoria dos direitos fundamentais, da “*multifuncionalidade dos direitos fundamentais*”), os direitos fundamentais requerem a possibilidade da participação na estrutura social e no poder mediante instrumentos e procedimentos adequados. Essa participação deve ser oportunizada e incentivada não só através da reserva de locais de participação em órgãos públicos ou em procedimentos voltados a decisões públicas, mas também mediante procedimentos judiciais aptos à tutela dos direitos transindividuais.

A ação coletiva, ainda que compreendida apenas como instrumento para a proteção dos direitos fundamentais – como o direito ambiental e o direito do consumidor -, é, por si só, uma resposta aos direitos fundamentais, ou melhor, a realização de uma prestação, por parte do legislador, destinada a viabilizar a participação na reivindicação dos direitos fundamentais.

Se a ação coletiva é via ou conduto, a jurisdição se torna, inegavelmente, um local que acolhe a participação, viabilizando a realização de uma prestação estatal imprescindível aos direitos fundamentais.

Além disso, algumas ações coletivas, quando endereçadas contra o Poder Público - assim como a ação popular<sup>157</sup> -, permitem ao povo participar no poder, apontando desvios na gestão da coisa pública. Nesse sentido a ação jurisdicional configura mecanismo de participação popular, participação essa que pode ser deferida individualmente ao cidadão – como acontece com a ação popular<sup>158</sup> – ou reservada a entes que fazem as vozes dos titulares dos direitos ecoarem nos tribunais – como acontece com as ações coletivas.

Nessa última perspectiva a jurisdição é um poder que permite a participação do cidadão na correção dos eventuais desvios na administração do bem público, e, mais do que expressar um local para a participação na reivindicação dos direitos fundamentais, revela um lugar imprescindível para otimizar a participação e, assim, para democratizar a democracia através da participação.<sup>159</sup>

Portanto, a jurisdição fomenta a participação para a proteção dos direitos fundamentais e para o controle das decisões tomadas pelo Poder Público. Mas não é certo concluir que a jurisdição *apenas colabora* para a participação, pois ela “decide”, vale dizer, *exerce o seu poder ao decidir* sobre os direitos transindividuais e sobre a lisura na gestão do bem público.

De modo que as ações processuais que garantem a participação, seja na proteção dos direitos fundamentais, seja no controle das decisões públicas, conferem um *plus* à função jurisdicional. E não apenas porque o juiz deixa de tutelar exclusivamente os direitos

---

<sup>157</sup> Ver Lei n. 4.717/65, que regula a ação popular.

<sup>158</sup> Segundo o art. 1º, *caput*, da Lei 4.717/65, é legitimado para a ação popular “qualquer cidadão”. O §3º deste artigo diz que “a prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda”.

<sup>159</sup> Canotilho, quando alude às técnicas diretas de participação democrática, fala em democratizar a democracia através da participação (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit..., p. 366).

individuais e passa a proteger os direitos transindividuais e o patrimônio público, mas sobretudo porque a jurisdição toma o seu lugar para a efetivação da democracia, que necessita de técnicas de participação “direta” para poder construir uma sociedade mais justa.

### *7.18 Dar tutela aos direitos não é simplesmente editar a norma jurídica do caso concreto*

Não basta ao juiz compreender e conformar a lei de acordo com as normas constitucionais, concluindo que o autor tem um direito *que deve* ser tutelado. Cabe à jurisdição *dar tutela* aos direitos, e não apenas *dizer que eles merecem proteção*. De modo que agora interessa saber o que significa dar tutela jurisdicional aos direitos.

Dar tutela a um direito nada mais é do que lhe outorgar proteção. Mas, exceto quando o autor postula uma sentença declaratória da existência ou da inexistência de uma relação jurídica<sup>160</sup> ou a constituição ou a desconstituição de uma situação jurídica (sentença *desconstitutiva*) e, assim, além da sentença não é necessária qualquer *atividade de complementação da prestação jurisdicional*, não há como admitir que a sentença é *suficiente* para o juiz se desincumbir do seu dever de prestar a tutela jurisdicional.

É fácil perceber que a discussão em torno do significado de tutela jurisdicional *obriga a uma ruptura com a idéia de que a função jurisdicional é cumprida com a edição da sentença (da declaração do direito ou da criação da norma individual), exigindo que, para a compreensão do significado de prestação jurisdicional, caminhe-se um pouco além.*

Frise-se que o direito de ação - visto como contrapartida da proibição da autotutela e da reserva do poder de dirimir os conflitos ao Estado – foi concebido, já há bastante tempo, como direito a uma sentença de mérito.<sup>161</sup> Acontece que a sentença que reconhece a existência de um direito, *mas não é suficiente para satisfazê-lo*, não é capaz de expressar uma prestação jurisdicional efetiva, uma vez que não tutela o direito e, por isso mesmo, não

---

<sup>160</sup> A sentença declaratória também pode limitar-se à declaração da “autenticidade ou falsidade de documento” (art. 4º, II, CPC). Além disso, “é admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito” (art. 4º, parágrafo único, CPC).

<sup>161</sup> Isso para não falar em teorias ainda mais insustentáveis, como as que afirmavam que o direito de ação depende da existência do direito material ou de uma sentença de procedência.

representa uma resposta que permita ao juiz se desincumbir do seu dever perante a sociedade e os direitos.<sup>162</sup>

Diante disso, não há dúvida que a tutela jurisdicional só se aperfeiçoa, nesses casos, com a atividade executiva. Portanto, a jurisdição não pode significar mais apenas “iuris dictio” ou “dizer o direito”, como desejavam os juristas que enxergam na atividade de execução uma mera função administrativa ou uma “função menor”. Na verdade, mais do que direito à sentença, o direito de ação, hoje, tem como corolário o direito ao meio executivo adequado.<sup>163</sup>

A tutela jurisdicional é prestada quando o direito é tutelado e, dessa forma, realizado, seja através da sentença (quando ela é bastante para tanto), seja através da execução. De modo que passa a importar, nessa perspectiva, a maneira como a jurisdição deve se comportar para realizar os direitos ou implementar a sua atividade executiva. Ou melhor, o modo como a legislação e o juiz devem se postar para que os direitos sejam efetivamente tutelados (ou executados).

Trata-se, na verdade, de trilhar dois caminhos que se cruzam: um primeiro que aponta para a necessidade de a técnica processual executiva ser estruturada pela lei conforme o direito material, e um segundo que obriga o juiz a pensar a regra processual definidora das técnicas processuais com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e segundo as necessidades de direito material particularizadas no caso concreto.

### *7.19 A jurisdição a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*

---

<sup>162</sup> Ver Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 2005, 4ª. ed., pp. 419-427.

<sup>163</sup> No direito português reconhece Canotilho: “a existência de uma protecção jurídica eficaz pressupõe o direito à execução das sentenças (‘fazer cumprir as sentenças’) dos tribunais através dos tribunais (ou de outras autoridades públicas), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz. Esta dimensão da protecção jurídica é extensiva, em princípio, à execução de sentenças proferidas contra o próprio Estado (CRP, art. 205.º/2 e 3, e, em termos constitucionalmente claudicantes, o Decreto-lei 256/A/77, de 17 de junho, art. 5.º e ss., e Decreto-lei 267/85, de 12 de julho, art. 95.º e ss.). Realce-se que, no caso de existir uma sentença vinculativa reconhecedora de um direito, a execução da decisão do tribunal não é apenas uma dimensão da legalidade democrática (‘dimensão objectiva’), mas também um *direito subjectivo público* do particular, ao qual devem ser reconhecidos meios compensatórios (indemnização), medidas compulsórias ou ‘acções de queixa’ (cfr. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 6.º), no caso de não execução ilegal de decisões dos tribunais (cfr. o caso *Hornsby*, de 19.03.1997, em que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sublinha o momento de execução como dimensão intrínseca da Declaração do Processo)” (Joaquim José Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 496).

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição.

Assim, obriga o legislador a instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material e, inclusive, pelos direitos fundamentais materiais, mas que não foram alcançadas à distância da jurisdição. Nesse sentido se pode pensar, por exemplo, nos procedimentos que restringem a produção de determinadas provas ou a discussão de determinadas questões, nos procedimentos dirigidos a proteger os direitos transindividuais, na técnica antecipatória e nas sentenças e meios de execução diferenciados. Na mesma dimensão devem ser visualizados os procedimentos destinados a permitir a facilitação do acesso ao Poder Judiciário das pessoas menos favorecidas economicamente, com a dispensa de advogado, custas processuais etc.

164

Porém, a estruturação técnica do processo não é suficiente para garantir a tutela dos direitos. É que o procedimento, quando considerado como um conjunto de técnicas previstas em abstrato para determinada situação de direito material, pode não ser capaz de permitir que o juiz responda às necessidades *do caso concreto*.

O juiz, ao tomar em conta a regra que estabelece o procedimento e a técnica processual para determinada situação, deve relacioná-la com o caso concreto, ou mais precisamente, com o sentido que atribuiu ao caso, o qual deve revelar as necessidades de direito material *particularizadas na situação conflitiva*. Nesse momento é que a regra processual pode não ser suficiente para revelar a técnica processual capaz de atender ao caso.

Contudo, como o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva também incide sobre a jurisdição – até porque constitui a contrapartida do dever estatal de proteção (que não é apenas do legislativo) -, o juiz tem a obrigação de extrair da regra processual a técnica adequada à tutela das necessidades de direito material reveladas no caso concreto.

Na verdade, a procura da técnica processual adequada exige não apenas a interpretação da norma processual *de acordo* com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, mas também, para se evitar a declaração da sua inconstitucionalidade,

---

<sup>164</sup> Os procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis.

o seu tratamento através das técnicas da interpretação *conforme* e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

Assim, por exemplo, ao analisar a norma que afirma que a tutela antecipatória não pode ser concedida quando puder causar efeitos irreversíveis ao réu<sup>165</sup>, o juiz, ao invés de declarar a sua inconstitucionalidade, deverá concluir que o texto legal apenas proíbe a sua concessão quando o valor do direito do réu, diante do caso concreto, não justificar tal risco. Isso porque o risco de prejuízo irreversível, como é óbvio, por si só não pode impedir a concessão da tutela antecipatória, pois a proteção adiantada do direito tem como requisitos o risco de irreversibilidade ao direito do autor e a sua probabilidade. *Ora, se o direito do autor é provável e está sendo ameaçado de lesão (e isso é premissa para a concessão da tutela antecipatória), é completamente irracional e injustificável pensar que o direito do réu – que então é improvável – não pode ser exposto a risco.*

Mas, o que realmente importa, na linha que está sendo desenvolvida, é a interpretação da norma processual de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. A interpretação de acordo com esse direito fundamental (que é processual) requer que a interpretação da regra processual seja feita *segundo as necessidades de direito material particularizadas no caso concreto*. Ou seja, a interpretação de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva exige a percepção da natureza instrumental da norma processual, ou melhor, a compreensão de que ela deve permitir ao juiz encontrar uma técnica processual idônea à tutela das necessidades do caso conflitivo.

Portanto, *a interpretação de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva outorga ao juiz a obrigação de identificar as necessidades do caso concreto e de descobrir a técnica processual idônea para lhe dar efetividade.*

O art. 461 do CPC afirma que o juiz poderá impor multa diária ao réu para constrangê-lo ao cumprimento de uma ordem de fazer ou de não fazer, seja na concessão da tutela antecipatória, seja na sentença concessiva da tutela final (art. 461, §§3º e 4º), e também determinar, para dar efetividade a qualquer uma dessas decisões, as “medidas

---

<sup>165</sup> Art. 273 – (...)

§2º “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver *perigo de irreversibilidade* do provimento antecipado”.

(...).



executivas necessárias”, que são exemplificadas, pelo §5º do artigo 461, com a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva.

O legislador deu ao juiz o poder de impor o meio executivo adequado (art. 461, §§4º e 5º), adotar a sentença idônea e conceder a tutela antecipatória (art. 461, §3º), e assim fez apenas referência a técnicas processuais que podem ser utilizadas, *mas sem precisar em que situações de direito material, e muito menos em que casos concretos, elas podem ser aplicadas*. A determinação dessas situações e casos concretos foi expressamente deixada ao juiz, que assim ficou obrigado a preencher cláusulas processuais gerais (art. 461, §§4º e 5º) e a dar sentido a conceitos indeterminados, como, por exemplo, “justificado receio de ineficácia do provimento final” (art. 461, §3º), que constitui requisito para a concessão da tutela antecipatória.

Como se vê, para a adequada prestação da tutela jurisdicional, o juiz é obrigado a identificar e precisar as necessidades de direito material peculiarizadas no caso concreto. Ou seja, não há como o juiz ordenar um fazer ou um não-fazer sob pena de multa, determinar a busca e apreensão ou conceder a tutela antecipatória (sempre por exemplo), *sem anteriormente identificar a razão pela qual está atuando, ou melhor, sem antes identificar as tutelas prometidas pelo direito material e as particularidades do caso concreto*.

*Frise-se que os procedimentos e as técnicas processuais somente adquirem substantividade quando relacionados ao direito material e às situações concretas, e por isso podem ser ditos neutros em relação ao direito substancial e à realidade social quando pensados, por exemplo, como procedimentos ou técnicas voltadas simplesmente à imposição de um fazer ou à busca e apreensão. Ora, não é preciso muito esforço para evidenciar que impor um fazer, ou determinar uma busca e apreensão, não tem qualquer significado no plano do direito material ou concreto.*

Não é por outra razão *que se fala em tutela inibitória, ressarcitória, do adimplemento na forma específica etc.* Perceba-se que tutela significa o resultado jurídico-substancial do processo, representando o impacto do processo no plano do direito material. *Quando se teoriza o tema das “tutelas” se tem em mira exatamente a imprescindibilidade da identificação das situações de direito material para a compreensão crítica da lei*

*processual e para o delineamento das técnicas processuais capazes de outorgar efetividade à prestação jurisdicional e, assim, colocá-la em uma dimensão realmente capaz de concretizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.*<sup>166</sup>

Mas ainda resta tratar dos casos de ausência de técnica processual ou de previsão de técnica processual para uma situação diferente da contemplada no caso concreto. Tome-se, como exemplo, o caso da execução da tutela antecipatória de soma em dinheiro. O art. 273, §3º, do CPC, afirma que “a efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A”. Como o art. 461 trata da sentença que impõe fazer ou não-fazer, o art. 461-A da sentença que impõe entrega de coisa, e o art. 588 diz respeito apenas à eficácia da execução na pendência do processo - e não sobre a forma mediante a qual a execução de soma deve se realizar -, conclui-se que essa norma se omitiu em relação à forma da execução da tutela antecipatória de soma em dinheiro.

Essa omissão, no entanto, pode ser seguramente suprida quando se tem consciência de que a técnica processual depende apenas da individualização das necessidades do caso concreto. Quer dizer que se o juiz identifica a necessidade de antecipação de soma em dinheiro, e por isso mesmo concede a tutela antecipatória, acaba lhe sendo fácil identificar a necessidade de um meio executivo capaz de dar efetivo atendimento à tutela antecipatória.

Esse meio executivo, dada a urgência que deve ser admitida como existente para a concessão da própria antecipação da soma em dinheiro, obviamente não pode ser aquele que foi pensado, há quase um século, para dar atuação à sentença que condena ao pagamento de dinheiro. Como as necessidades de direito material que têm relação com a tutela antecipatória e a sentença condenatória são aberrantemente distintas, é pouco mais do que evidente que os meios executivos devem ser com elas compatíveis.

Se o objetivo da multa é dar maior celeridade e efetividade à realização das decisões judiciais, não há racionalidade em admiti-la apenas em relação às decisões que determinam fazer, não fazer ou entrega de coisa. A multa, além de “livrar” a administração da justiça de um procedimento oneroso e trabalhoso e de eliminar os custos e os riscos da execução por expropriação, confere à tutela antecipatória de soma a tempestividade necessária para dar

---

<sup>166</sup> Ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, São Paulo: Ed. RT, 2003, 3ª. ed e *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, Ed. RT, 2004.

efetiva proteção ao direito material<sup>167</sup>.

Portanto, no que diz respeito à execução da tutela antecipatória de soma, a multa é meio executivo imprescindível para permitir que o juiz responda ao direito fundamental à tutela jurisdicional. Como esse direito fundamental incide sobre o Estado e, portanto, sobre o legislador e o juiz, *é evidente que a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz*.

Sublinhe-se, por fim, que a identificação das necessidades do caso concreto e a escolha da técnica processual idônea para lhe dar proteção obviamente devem ser justificadas mediante argumentação racional capaz de convencer. Na verdade, mais do que definir as necessidades do caso e explicar o motivo pelo qual escolheu a técnica processual utilizada, *o juiz deve estabelecer uma relação racional entre as necessidades do caso concreto, o significado da tutela jurisdicional no plano substancial (que nada mais é do que a expressão da tutela prometida pelo direito material, ou seja, a tutela inibitória etc) e a técnica processual*.

#### *7.20 A subjetividade do juiz e a necessidade de explicitação da correção da tutela jurisdicional mediante a argumentação jurídica*

É evidente que a necessidade de compreensão da lei a partir da Constituição confere ao juiz maior subjetividade, o que vincula a legitimidade da prestação jurisdicional à explicação da sua correção. Mas, o problema da legitimidade da tutela jurisdicional, no Estado contemporâneo, está em verificar se é possível atribuir correção à decisão do juiz, ou melhor, encontra-se na definição do que se pretende dizer com correção da decisão jurisdicional.

Na verdade, já vimos que não é possível chegar a uma teoria da decisão correta, isto é, a uma teoria que seja capaz de sustentar a existência de uma decisão correta para cada caso concreto. Porém, a circunstância dessa impossibilidade não pode retirar do juiz o

---

<sup>167</sup> A “execução” sob pena de multa somente tem sentido em relação ao devedor que possui patrimônio suficiente para responder ao crédito. Na hipótese de devedor sem patrimônio, não cabe, como é óbvio, a “execução” sob pena de multa. Assim, na hipótese de antecipação da “execução”, o juiz deve dar ao réu a oportunidade de justificar o não adimplemento. Além disso, é fundamental que o juiz estabeleça prazo suficiente para o réu adimplir, sendo que a sua justificativa também pode ser no sentido de que necessita de mais tempo para cumprir a obrigação (Ver Luiz Guilherme Marinoni, *A antecipação da tutela*, São Paulo: Ed. RT, 2004, 8ª. ed).

dever de demonstrar que a sua decisão é racional e, nessa linha, a melhor que poderia ser proferida diante da lei, da Constituição e das peculiaridades do caso concreto.

Acontece que uma decisão não é racional em si, pois a racionalidade da decisão não é atributo dela mesma. Uma decisão “se mostra” racional ou não. Para tanto, necessita de “algo”, isto é, da racionalidade da argumentação. Essa argumentação, a cargo da jurisdição, é que pode demonstrar a racionalidade da decisão e, nesse sentido, a decisão correta.

É certo que a decisão deve se guiar pela lei e pela Constituição, mas isso obviamente não é suficiente como argumento em favor de uma decisão correta. Portanto, uma decisão racional não é sinônima de uma decisão baseada apenas em dados dotados de autoridade, pois também exige uma argumentação fundada em pontos que não podem ser dedutivamente expostos.<sup>168</sup> Ou melhor, a racionalidade do discurso jurídico necessariamente envolve a racionalidade do discurso que objetiva um juízo prático ou moral<sup>169</sup>.

Segundo Alexy, não são possíveis teorias morais *materiais* que dêem uma única resposta, intersubjetivamente concludente, a cada questão moral, porém são possíveis teorias morais *procedimentais* que formulem *regras ou condições da argumentação ou da decisão prática racional*, sendo que a teoria do discurso prático racional é uma versão muito promissora de uma teoria material *procedimental*. Essa teoria tem uma grande vantagem sobre as teorias morais *materiais*, pois é muito mais fácil fundamentar as regras da argumentação prática racional do que as regras morais materiais.<sup>170</sup>

Para o aperfeiçoamento da racionalidade da argumentação judicial, Alexy propõe a passagem por quatro procedimentos ou a criação de um procedimento com quatro etapas ou graus: O primeiro é o *discurso prático*, envolvendo um sistema de regras que formula uma espécie de código geral da razão prática; o segundo é o *procedimento legislativo*, constituído por um sistema de regras que garante uma considerável medida de

---

<sup>168</sup> A respeito da argumentação jurídica, além das teses precursoras de Perelman (Perelman e Olbrecht-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione*, Torino: Einaudi, 1966), Viehweg (*Tópica e jurisprudência*, Brasília: UNB, 1979) e Toulmin (*The uses of argument*, Cambridge: Cambridge University Press, 1958), são fundamentais as teorias de MacCormick (*Legal reasoning and legal theory*, Oxford: Oxford University Press, 1978) e Alexy (*Teoria da argumentação jurídica*, São Paulo: Landy, 2001)

<sup>169</sup> Sobre a conexão entre direito e moral no pensamento de Alexy, ver a polêmica travada entre Alexy e Bulygin, *La pretensión de corrección del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

<sup>170</sup> Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 530.

racionalidade prática e, nesse sentido, justifica-se dentro das linhas do discurso prático. Depois seguem o *discurso jurídico* e o *procedimento judicial*.<sup>171</sup>

A teoria do *discurso jurídico* se assemelha à teoria do *discurso prático* por também constituir uma teoria procedimental fundada em regras de argumentação e ser incapaz de levar a um único resultado, caracterizando-se por ser sujeita à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática. O *discurso jurídico* restringe a margem de insegurança do *discurso prático*, mas, devido ao fato de que a argumentação prática obrigatoriamente se insere na argumentação jurídica, obviamente não permite chegar a um grau de certeza suficiente, não eliminando a insegurança do resultado<sup>172</sup>.

Daí a necessidade do *procedimento judicial*, no qual, do mesmo modo do que ocorre no *procedimento legislativo*, há *argumentação e decisão*. Adverte Alexy que os resultados do procedimento judicial são razoáveis se as suas regras e a sua realização satisfazem as exigências dos procedimentos que lhe antecedem, isto é, as regras do discurso prático, do procedimento legislativo e do discurso jurídico<sup>173</sup>.

#### 7.21 A regra do balanceamento dos direitos fundamentais, a interpretação de acordo e as técnicas de controle da constitucionalidade diante da argumentação jurídica

Como foi dito acima<sup>174</sup>, embora os princípios não possam ser hierarquizados, eles podem ser colocados em ordem mediante uma relação de prioridade.<sup>175</sup> Essa prioridade significa que os direitos de liberdade e igualdade preferem aos demais direitos fundamentais. Ou melhor, tal prioridade ou preferência faz com que os direitos fundamentais não estejam em um mesmo plano, na perspectiva da argumentação, quando se chocam em um caso concreto.

Quando, por exemplo, o direito de liberdade de expressão colide com o direito à honra, já existe em favor do direito de liberdade uma carga argumentativa implícita. Assim, caso a argumentação em favor do direito da personalidade não seja capaz de demonstrar que o direito de liberdade deve ceder, isso não ocorrerá. Para que um princípio possa se

---

<sup>171</sup> Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 531.

<sup>172</sup> Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 532.

<sup>173</sup> Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 532.

<sup>174</sup> Ver item “A teoria dos direitos fundamentais como teoria dos princípios”

<sup>175</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 549.

sobrepôr ao princípio da liberdade é preciso uma argumentação mais forte do que a necessária para sustentá-lo.<sup>176</sup> Ou seja, a argumentação constitui ônus do direito que confronta com o direito de liberdade, isto é, do direito que não se vale da ordem de prioridade.

Como é fácil perceber, ao se outorgar prioridade aos princípios da liberdade e da igualdade, articula-se uma forma de argumentação que se diferencia de acordo com a natureza do direito fundamental, estruturando-se uma argumentação jurídica segundo os princípios.<sup>177</sup>

Porém, quando se argumenta em favor de um direito fundamental em face de outro, devem ser consideradas as particularidades do caso concreto que podem demonstrar a necessidade de precedência de um direito sobre o outro. Nesse sentido, para a argumentação em favor do direito à honra, devem ser invocadas particularidades do caso concreto que permitam concluir que esse direito deva preceder ao direito de liberdade. Como é óbvio, não basta salientar que a argumentação é estruturada segundo a natureza do direito fundamental; é preciso deixar claro que essa argumentação deve recair nas características concretas que sejam capazes de sustentar tal argumentação.

A partir daí não é difícil descer para a interpretação de acordo e para as técnicas de controle da constitucionalidade. A interpretação de acordo exige que em primeiro lugar se faça a interpretação da lei segundo os métodos clássicos de interpretação. Encontrando-se duas ou mais interpretações viáveis, o raciocínio deve buscar aquela que melhor se ajusta às normas constitucionais. Ou melhor, o resultado preferido pelo intérprete deve ser o que melhor realize o desejo da norma constitucional, ou ainda, o que dê a maior efetividade possível ao direito fundamental.

Nesse caso não se prefere o direito fundamental em detrimento da lei e não se conclui que a lei não afronta o direito fundamental, mas apenas se afirma a melhor solução diante do direito fundamental. De modo que não é preciso argumentar contra ou a favor da lei, mas apenas em prol da sua melhor interpretação, isto é, da solução que confira a maior efetividade ao direito fundamental.

---

<sup>176</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 549.

<sup>177</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 549.

O mesmo não ocorre nos casos de controle da constitucionalidade. Aí não há como interpretar a lei de acordo, pois a lei não é compatível com a Constituição. No clássico controle difuso da inconstitucionalidade da lei, o juiz deve argumentar que a interpretação da lei não se concilia com a Constituição. Portanto, em desfavor da lei e em favor da Constituição.

No caso de interpretação conforme, a lei, aplicada em sua literalidade, é inconstitucional - e assim é preciso agregar algo ao texto legal para que surja uma norma jurídica<sup>178</sup> conforme a Constituição -, ao passo que, na hipótese de declaração parcial de nulidade (inconstitucionalidade) sem redução de texto, determinadas interpretações da lei são inconstitucionais. De modo que não é o caso de procurar a interpretação que dê maior efetividade à Constituição.

Nesses casos é preciso argumentar: i) que a aplicação da lei, na sua literalidade, conduz a um juízo de inconstitucionalidade (interpretação conforme) ou que determinadas interpretações da lei violam a Constituição (declaração parcial de nulidade); ii) que as normas jurídicas, frutos dessas interpretações, podem ser transformadas a partir da própria Constituição; e iii) que essa transformação é necessária e oportuna para que a lei não seja declarada inconstitucional.

Mediante o emprego de tais técnicas é possível encontrar uma única norma jurídica capaz de impedir a declaração de inconstitucionalidade ou várias normas jurídicas que possam evitá-la, argumentando-se, na primeira hipótese, ser essa a única interpretação capaz de fazer valer a Constituição e, no segundo caso, que as interpretações originárias são contrárias à Constituição, embora existam outras que, transformando essas normas jurídicas, sejam idôneas na compreensão constitucional.

A direção da argumentação volta a se modificar no caso de omissão constitucional. Nessa hipótese é necessário argumentar que o direito fundamental necessita de uma lei para implementá-lo ou para protegê-lo. Assim, é preciso demonstrar que o direito fundamental necessita de uma regra legal para lhe dar efetividade. Como é óbvio, não se trata de argumentar contra a lei – pois ela não existe -, mas de sim de argumentar que a ausência de

---

<sup>178</sup> Como já foi explicado, “a teoria da norma jurídica repousa na idéia fundamental de que a norma, objeto da interpretação, não se identifica com o texto, antes se apresenta como o resultado de um trabalho de construção, correntemente designado de concretização” (Cristina Queiroz, *Direitos fundamentais*, cit., p. 178).



lei impede a realização do direito fundamental. Nesse caso, como a amplitude da prestação jurisdicional não é circunscrita pela lei (que não existe), a tutela jurisdicional, ainda que necessária para a tutela do direito fundamental não protegido pelo legislador, deve configurar a menor restrição possível à esfera jurídica do demandado, o que acaba também fazendo parte da carga de argumentação necessária para a supressão da omissão inconstitucional.

Mas não basta apenas demonstrar de que forma a argumentação incide diante da regra do balanceamento, da interpretação de acordo e das técnicas de controle da constitucionalidade, sendo também necessário precisar em que termos a lei e os direitos fundamentais sujeitam a argumentação.

É claro que os métodos de interpretação dos direitos fundamentais são completamente diferentes daqueles que servem para dar significado à lei. Mas isso aqui não importa. Interessa constatar que o texto da lei sujeita a argumentação com mais intensidade do que o texto da norma de direito fundamental, mas igualmente perceber que a argumentação também é vinculada pelo texto da norma de direito fundamental.

As normas de direito fundamental são naturalmente abertas e, assim, é certo dizer que a lei é mais objetivável do que os direitos fundamentais. De modo que é mais fácil, ao menos como regra geral, atribuir significado a uma lei do que a um direito fundamental, o que faz com que o texto da lei goze, nessa dimensão, de uma posição de vantagem em relação ao texto da norma de direito fundamental.

Porém, é óbvio que dos textos das normas de direito fundamental podem ser retirados significados, e que esses têm evidente impacto sobre a argumentação. Por esse motivo, o texto da norma de direito fundamental, assim com o texto da lei, também sujeita a argumentação. Não se quer dizer, evidentemente, que o texto da norma de direito fundamental não admita argumento contrário, mas sim que é necessário, nesse caso, que a argumentação tenha um peso capaz de justificar, a partir da própria Constituição, que o intérprete se afaste do texto.

O texto da norma de direito fundamental, da mesma maneira que o texto da lei, faz com que o peso da argumentação recaia sobre aquele que tem interesse em demonstrar um

resultado que é a ele contrário. Nesse sentido, é possível dizer que o texto da norma possui, por assim dizer geneticamente, o peso da argumentação do seu lado.<sup>179</sup>

Por outro lado, sabe-se que a lei, em princípio, é considerada de acordo com a Constituição. Por isso, a declaração da inconstitucionalidade da lei exige que a argumentação tenha um peso capaz de demonstrar a sua incompatibilidade com os direitos fundamentais. Quer dizer que, quando da comparação dos significados da lei e do direito fundamental, a argumentação, em um plano estático, prepondera em favor da lei, obrigando a argumentação a demonstrar, no plano dinâmico, que o direito fundamental invalida a lei.

### *7.22 A argumentação jurídica em prol da técnica processual adequada ao direito fundamental à tutela jurisdicional*

Para a descoberta da técnica processual adequada é preciso interpretar a norma processual de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ou tratar da norma processual através das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

Mas, para a busca da interpretação de acordo ou para se agregar algo mais à interpretação da regra processual, tornando-a capaz de fornecer a técnica adequada, é necessário delimitar as necessidades de direito material reveladas no caso concreto<sup>180</sup>. *Isso significa que a argumentação, porque deve relacionar a regra processual ao direito material, assume uma configuração marcada pela instrumentalidade da norma interpretada.*

Antes de partir para o encontro da técnica processual adequada, o juiz deve demonstrar as necessidades de direito material, indicando como as encontrou no caso concreto. De maneira que a argumentação se desenvolve sobre um discurso de direito material já justificado. Nesse caso existem dois discursos jurídicos, um sobre o direito

---

<sup>179</sup> “Com o texto das disposições jusfundamentais é conciliável muito, porém não tudo. O fato de que o texto exija ou exclua uma determinada interpretação é um argumento muito forte em favor ou contra essa interpretação (...) O fato de que o argumento semântico seja muito forte não significa que se imponha sempre (...) não basta expor que a solução contrária ao texto é melhor do que a conforme ao texto; as razões em favor de uma solução contrária ao texto têm que ter um peso tal que, do ponto de vista da Constituição, justifiquem um afastamento do texto (...) Portanto, o texto das disposições jusfundamentais vincula a argumentação jusfundamental porque existe em seu favor a carga da argumentação” (Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit, p. 534). Ver também Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, cit., p. 182 e ss.

<sup>180</sup> Ver acima o item “A jurisdição a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”.

material e outro sobre o direito processual. O discurso de direito processual é um sobre-discurso, no sentido de que recai sobre um discurso jurídico que lhe serve de base para o desenvolvimento. O discurso jurídico processual é, em outros termos, um discurso que tem a sua base comprometida pelo discurso de direito material.

Além disso, como tais discursos se entrelaçam diante do juiz, é certo que a idoneidade de ambos se vale dos benefícios gerados pela realização e pela observância das regras do procedimento judicial. Mas, ainda assim, não se pode deixar de perceber a nítida distinção entre um discurso de direito material legitimado pela observância do procedimento judicial e um discurso de direito processual que, além de se beneficiar das regras do procedimento judicial, sustenta-se sobre um outro discurso (de direito material).

E o problema não aumenta muito de tamanho quando se pensa na incidência direta do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva sobre o trabalho do juiz, pois nessa situação isso também se dá após a justificação das necessidades concretas de direito material.

A diferença, em termos de argumentação, é que o juiz deverá demonstrar que as necessidades de direito material exigem uma técnica que não está abarcada pela legislação processual ou que está prevista para outra situação, e não para a revelada no caso concreto. Cumprida essa fase pela argumentação, restará outra questão, naturalmente decorrente da própria inexistência da técnica processual. Ao juiz não bastará demonstrar a imprescindibilidade de determinada técnica processual não prevista pela lei, sendo necessário argumentar, considerando o direito de defesa, que ela deve prevalecer no caso concreto.

Na interpretação de *acordo*, argumenta-se em prol de uma interpretação que, sendo capaz de atender às necessidades de direito material, confira a devida efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional. Lembre-se, porém, que as cláusulas processuais abertas, como, por exemplo, a do art. 461 do CPC, devem ser concretizadas a partir das necessidades do direito material reveladas no caso, pois se destinam a dar mobilidade ao juiz para dar efetividade ao direito material. Mas, para dar efetividade ao direito material, o juiz deve encontrar um “modo” que esteja de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, portanto, *é correto dizer que a concretização dessas cláusulas, ainda que obviamente servindo para a adequada proteção do direito material, deve ser*

*feita de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional.* Além do mais, como esse “modo” é a expressão da concretização de uma cláusula aberta, o juiz, para aí chegar, deve argumentar que o “modo” encontrado, além de adequado e idôneo em relação ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, deve prevalecer diante do direito de defesa.

Na interpretação *conforme*, argumenta-se que a lei, consideradas as necessidades do caso concreto e o direito fundamental à tutela jurisdicional, precisa de “algo mais” ou de “um ajuste” para não ser dita inconstitucional. Na declaração parcial de nulidade, o argumento deve ser no sentido de que determinadas interpretações inviabilizam o efetivo atendimento das necessidades de direito material e, por conseqüência, a atuação do direito fundamental.

Por fim, no que diz respeito à incidência direta desse direito fundamental, cabe ao juiz, além de demonstrar que a necessidade de direito material revelada no caso concreto não encontra técnica processual adequada na legislação processual e que essa omissão impede a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, também argumentar que o “modo” de supressão dessa omissão, consideradas as particularidades do caso concreto, não afronta o direito de defesa.

### *7.23 Conclusões acerca da concepção contemporânea de jurisdição*

Diante da transformação da concepção de direito, não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, que reservavam ao juiz a função de declarar o direito ou de criar a norma individual, submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acrítico.

O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental. Isso para não falar do dever, também atribuído à jurisdição pelo constitucionalismo contemporâneo, de tutelar os direitos fundamentais que se chocam no caso concreto.

Mas se o juiz, ao cumprir tais funções, fica muito longe das idéias de declaração da lei e de criação da norma individual, ele passou a ter o poder de criar o direito. O juiz está sujeito às normas constitucionais e, portanto, se pode conformar a lei e a legislação ou mesmo tutelar os direitos que colidem no caso concreto, isso evidentemente não quer dizer que possa criar o direito.

Porém, quando se compreende norma como texto e norma jurídica como interpretação dela decorrente, torna-se fácil atribuir ao juiz a missão de criar a norma jurídica que cristaliza a compreensão da lei na medida das normas constitucionais - ou mesmo, na hipótese específica de tutela de direitos fundamentais colidentes, a razão jurídica determinante, diante do caso concreto, da prioridade de um direito fundamental sobre o outro.

Contudo, dizer que a jurisdição objetiva apenas atribuir significado e aplicação aos valores constitucionais não permite abarcar toda a complexidade da função jurisdicional. Isso porque, ainda que o juiz tenha como parâmetro as normas constitucionais, cabe-lhe, antes de tudo, dar tutela ao direito material. Tanto é verdade que lhe incumbe atribuir sentido ao caso, definindo as suas necessidades concretas, para então buscar na lei a regulação da situação que lhe foi apresentada, ainda que isso deva ser feito à luz da Constituição.

A importância da perspectiva de direito material fica ainda mais nítida quando se deixa claro que a função do juiz não é apenas a de *editar a norma jurídica*, mas sim a de *tutelar concretamente* o direito material, se necessário mediante meios de execução.

O direito fundamental à tutela jurisdicional, além de ter como corolário o direito ao meio executivo adequado, exige que os procedimentos e a técnica processual *sejam estruturados pelo legislador* segundo as necessidades do direito material e *compreendidos pelo juiz* de acordo com o *modo* como essas necessidades *se revelam no caso concreto*.

Note-se que os direitos fundamentais materiais, além de servirem para iluminar a compreensão do juiz sobre o direito material, conferem à jurisdição o dever de protegê-los (ainda que o legislador tenha se omitido), ao passo que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide *sobre a atuação do juiz como “diretor do processo”*, outorgando-lhe o dever de extrair das regras processuais a potencialidade necessária para dar efetividade a *qualquer direito material* (e não apenas aos direitos fundamentais

materiais) e, ainda, a obrigação de suprir as lacunas que impedem que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo *a qualquer espécie de direito*.

O juiz tem o dever de utilizar o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material. Por isso deve interpretar a regra processual de acordo, tratá-la com base nas técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, ou suprir a omissão legal que, ao inviabilizar a tutela das necessidades concretas, impede a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional.

Porém, diante da maior subjetividade outorgada ao magistrado para a tutela dos direitos - natural a uma lógica que faz as normas constitucionais preponderarem sobre a legislação - e da impossibilidade de se encontrar uma teoria capaz de sustentar a existência de uma decisão correta para cada concreto, é preciso atribuir ao juiz o dever de demonstrar que a sua decisão é a melhor possível mediante uma argumentação fundada em critérios racionais.

Por outro lado, é preciso deixar claro que a pacificação social é apenas uma consequência da adequada tutela jurisdicional, e não um elemento capaz de definir a essência da jurisdição. Além disso, é importante frisar que a jurisdição exerce, no Estado contemporâneo, uma relevante função diante da imprescindibilidade da participação popular na reivindicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão da coisa pública.