

UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS

ALINE CORDEIRO PASCOAL HOFFMANN

**ADICIONAL DE PENOSIDADE DEVIDO AOS SERVIDORES
PÚBLICOS FEDERAIS EM REGIÕES FRONTEIRIÇAS:
SUA CONCESSAO PELA VIA JURISDICIONAL SOB A
ÓTICA DO GARANTISMO**

DOURADOS - MS

2018

ALINE CORDEIRO PASCOAL HOFFMANN

**ADICIONAL DE PENOSIDADE DEVIDO AOS SERVIDORES
PÚBLICOS FEDERAIS EM REGIÕES FRONTEIRIÇAS:
SUA CONCESSAO PELA VIA JURISDICIONAL SOB A
ÓTICA DO GARANTISMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados para obtenção do título de Mestre

Área de concentração: Interdisciplinar

Orientador: Prof. Dr. Gustavo de Souza Preussler

DOURADOS - MS

2018

AGRADECIMENTOS

Ao orientador, Prof. Dr. Gustavo de Souza Preussler, pela competência e respeito com que conduziu este processo, mesmo diante das dificuldades apresentadas e do pouco tempo para seu desenvolvimento.

Aos Professores Dr. Alaerte Antonio Martelli Contini e Dr^a. Bárbara Natália Lages Lobo, pelas valiosas e imprescindíveis contribuições no Exame de Qualificação.

À minha secretária e estagiárias: Nayara, Clara, Ivone, Natália e Paula pelo apoio e dedicação aos estudos em Direito. A alegria de vida de vocês foi verdadeiramente motivadora.

Às minhas amigas, queridas, que acompanharam a minha trajetória desde muito: Ana Paula, Julyana e Rosiclei.

À minha Família, os maiores amores da minha vida aos quais devo todas as minhas vitórias; à minha filha, Cecília, ser especial, presença diária de amor e motivação, companheira de todos os momentos, pela compreensão e carinho ao longo do período de elaboração deste trabalho; ao Escritório Cordeiro e Hoffmann, Advogados Associados, pela paciência e dedicação nos meus dias de ausência.

Dedico

Os astrônomos postularam a existência de Netuno antes de descobri-lo. Sabiam que só um planeta, cuja órbita se encontrasse além daquelas já conhecidas, poderia explicar o comportamento dos planetas mais próximos. Nossos instintos sobre a conciliação interna sugerem outro ideal

político ao lado da justiça e da equidade.
A integridade é nosso Netuno.

Dworkin

RESUMO

HOFFMANN, ACP. Adicional de penosidade devido aos servidores públicos federais em regiões fronteiriças: sua concessão pela via jurisdicional sob a ótica do garantismo [dissertação]. Dourados: Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados; 2018.

A presente pesquisa trata-se de um estudo sobre a possibilidade de se integrar o ordenamento jurídico para aplicação imediata das normas constitucionais a fim de garantir a efetividade de direitos fundamentais sociais, especificamente no caso da concessão do adicional de penosidade aos servidores públicos na região de fronteira, sem que isso implique em inovação legislativa pelo Poder Judiciário. Essa pesquisa tem como objetivo geral verificar de que forma o controle jurisdicional pode contribuir para a concretização desses direitos que estão intrinsecamente ligados aos fins do Estado brasileiro; identificar os limites que a teoria garantista impõe no desenvolvimento desta atuação jurisdicional e trazer estas conclusões de maneira aplicada ao caso da concessão do adicional de penosidade para servidores públicos federais lotados em região fronteira. De acordo com o estudo bibliográfico desenvolvido, é possível mostrar a crise de efetividade constitucional, enfaticamente no que concerne aos direitos fundamentais sociais e propor a transposição teórica da teoria geral do garantismo jurídico para os direitos sociais, enquanto ramo jurídico autônomo e dotado de normas especiais posto que direcionadas à fração administrativo-constitucional. Para o embasamento teórico, utilizou-se Luigi Ferrajoli. O método de abordagem adotado será o dedutivo e as técnicas de pesquisa foram bibliográfica, documental e estudo de caso qualitativo. Por fim, a pesquisa constatou que o Poder judiciário e o direito possibilitam uma análise mais profunda das etapas de evolução da sociedade em certos períodos históricos, para que, conseqüentemente, buscasse acertar o meio de atuação das pessoas quanto ao exercício do poder, resolvendo lides e gerando a conformidade no que se refere à tomada de decisões, no intuito de que os direitos fundamentais sejam implantados com justiça e eficiência, permitindo qualidade de vida a cada uma das partes desta sociedade à procura do total desenvolvimento pessoal que induz à dignidade e ao aprendizado da cidadania.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo processual; integridade; adicional de penosidade; eficácia constitucional; controle jurisdicional.

RESUMEN

HOFFMANN, ACP. Adicional de penosidad debido a los servidores públicos federales en regiones fronterizas: su concesión por la vía jurisdiccional bajo la óptica del garantismo [disertación]. Dourados: Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados; 2018.

La presente investigación se trata de un estudio sobre la posibilidad de integrar el ordenamiento jurídico para aplicación inmediata de las normas constitucionales a fin de garantizar la efectividad de derechos fundamentales sociales, específicamente en el caso de la concesión del adicional de penosidad a los funcionarios públicos en la región de fronteras, sin que ello implique en innovación legislativa por el Poder Judicial. Esta investigación tiene como objetivo general verificar de qué forma el control jurisdiccional puede contribuir a la concreción de esos derechos que están intrínsecamente ligados a los fines del Estado brasileño; identificar los límites que la teoría garantista impone en el desarrollo de esta actuación jurisdiccional y traer estas conclusiones de manera aplicada al caso de la concesión del adicional de penosidad para servidores públicos federales abarrotados en región fronteriza. De acuerdo con el estudio bibliográfico desarrollado, es posible mostrar la crisis de efectividad constitucional, enfáticamente en lo que concierne a los derechos fundamentales sociales y proponer la transposición teórica de la teoría general del garantismo jurídico para los derechos sociales, como rama jurídica autónoma y dotado de normas especiales puesto que dirigidas a la fracción administrativo-constitucional. Para el basamento teórico, se utilizó Luigi Ferrajoli. El método de abordaje adoptado será el deductivo y las técnicas de investigación fueron bibliográfica, documental y estudio de caso cualitativo. Por último, la investigación constató que el Poder judicial y el derecho posibilitan un análisis más profundo de las etapas de evolución de la sociedad en ciertos períodos históricos, para que, consecuentemente, buscaba acertar el medio de actuación de las personas en cuanto al ejercicio del poder, resolviendo lides y generando la conformidad en lo que se refiere a la toma de decisiones, con el fin de que los derechos fundamentales sean implantados con justicia y eficiencia, permitiendo calidad de vida a cada una de las partes de esta sociedad en busca del total desarrollo personal que induce a la dignidad y al respeto aprendizaje de la ciudadanía.

PALABRAS-CLAVE: Garantismo procesal; integridad; adicional de penosidad; eficacia constitucional; control jurisdiccional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - TEORIA DA JUSTIÇA SOCIAL E DIREITOS HUMANOS	17
1.1 Justiça social	17
1.2 Desenvolvimento conceitual da ideia de igualdade	20
1.3 Justificação filosófica da igualdade segundo John Rawls	25
1.4 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948	30
1.5 A Convenção Interamericana de Direitos Humanos 1969	35
1.5.1 As três acepções de garantismo	41
1.5.1.1 O garantismo como modelo normativo de direito	42
1.5.1.2 Garantismo como teoria crítica do Direito	45
1.5.1.3 Garantismo como filosofia política	48
1.6 Elementos da teoria geral do garantismo	50
CAPÍTULO II - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EFICÁCIA DO DIREITO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	53
2.1 A evolução histórica de estado	54
2.1.1 O Estado Liberal de Direito	54
2.1.2 O estado social de direito.....	57
2.1.3 Estado Democrático de Direito e Estado Constitucional de Direito.....	59
2.2 A eficácia das normas constitucionais no estado constitucional de direito	64
2.2.1 Validade formal e validade material	65
2.2.2 Validade normativa no pensamento garantista	66
2.2.3 Caracterização da validade	67
2.2.4 Distinção entre vigência e validade e Requisitos específicos da vigência ...	69
2.2.5 Eficácia, efetividade e eficiência	73
2.3 Da efetivação de direitos sociais pelo poder judiciário	76
2.3.1 Da separação dos poderes e o contexto brasileiro sobre efetivação dos direitos sociais.....	76
2.3.2 Ativismo judicial x judicialização de direitos sociais	81

2.3.3	O dever do Poder Judiciário na concessão de direitos sociais no controle difuso de constitucionalidade	83
CAPÍTULO III - DO ESTUDO DE CASO: CONCESSÃO DO ADICIONAL DE PENOSIDADE EM REGIOES FRONTEIRIÇAS – SERVIDORES PUBLICOS FEDERAIS VINCULADOS AO PODER EXECUTIVO E NÃO ELENCADOS PELA LEI 12.853/13.....		87
3.1	Adicional de penosidade no contexto legal brasileiro.....	87
3.2	Decisões judiciais de controle difuso de constitucionalidade em matéria de concessão do adicional de penosidade	91
3.2.1	Análise de decisões de primeira instância: Juizado Especial Federal de Dourados MS	93
3.2.2	Análise de decisões de segunda instância: Turma Recursal do MS, TNU, STJ e STF.....	97
3.3	A constatação de uma crise de efetividade do direito constitucional na concessão do adicional de penosidade	100
3.4	A adaptação da teoria geral do garantismo jurídico na concessão do adicional de penosidade com efeito <i>interpartes</i> e no controle difuso de constitucionalidade.....	105
CONCLUSÃO		114
REFERÊNCIAS.....		117

INTRODUÇÃO

As democracias adotaram os contornos internacionalmente estabelecidos e positivaram, em seus ordenamentos jurídicos internos, os preceitos aprovados pela ordem externa – tendo como exemplos: a dignidade da pessoa humana e igualdade – como direitos fundamentais em suas constituições.

Construíram-se, deste modo, alicerces constitucionais complexos, que demandaram uma interferência muito mais concreta do Poder Judiciário, provocado, neste momento, a tangenciar esse novo padrão estatal, tendo por pretensão os direitos fundamentais, sejam eles individuais e/ou sociais e, por consequência, presenciar, ainda que diante dos mais diversos entraves, o surgimento e desenvolvimento da Jurisdição Constitucional.

No Brasil, em particular, juízes que, até então, nunca foram obrigados a se valer de matérias de complexidade elevada para exercer sua atividade jurisdicional, nomeados a decidir lides de caráter exclusivamente individuais, encontraram-se diante de um expoente: a Constituição Federal de 1988 e sua redação repleta de princípios.

A modificação de atitude do juízo, neste novo arquétipo, seria imprescindível. No entanto, toda transição se reporta, inevitavelmente, a erros e disparidades, em especial, quando se trata de subjetividade. Passa-se a vivenciar, então, juízes, que foram forjados no positivismo e habituados a pronunciar-se fundamentados na literalidade da lei e nos efeitos racionais resultantes das técnicas clássicas de hermenêutica e que precisariam, doravante, ocupar-se com princípios e se aprofundar em pontos relevantes, que envolveriam garantias fundamentais.

Diante deste panorama, restaram dois caminhos a serem seguidos: conservar-se no arranjo positivista – ignorando as mudanças latentes – ou avocar as incitações e as ameaças de confrontar-se com a Constituição e dar efetividade a seus princípios. É fato que, ainda hoje, muitos magistrados supõem que, na prática, não houve mudanças. No entanto, tantos outros, ainda que de maneira subversiva, perceberam que a Constituição precisa ser a força motriz em um Estado Democrático de Direito.

O presente estudo pretende analisar a possibilidade de se integrar o ordenamento jurídico para viabilização da aplicabilidade imediata das normas constitucionais a fim de garantir a efetividade de direitos fundamentais sociais, especificamente no caso da concessão do adicional de penosidade aos servidores públicos na região de fronteira, sem que isso implique em inovação legislativa pelo Poder Judiciário.

O método de abordagem adotado será o dedutivo, em função da possibilidade de se partir de uma premissa maior, analisa-la, e estabelecer relações com uma segunda proposição a fim de alcançar uma conclusão ou um teorema. A técnica de pesquisa é bibliográfica e documental, pois parte de obras importantes acerca do tema para possibilitar a análise de uma teoria e sua posterior transposição para uma alegoria específica, aqui, as decisões sobre adicional de penosidade dada pelo Poder Judiciário no controle difuso de constitucionalidade.

Será objeto desta dissertação o direito fundamental social relacionado no artigo 6º da Constituição Federal, qual seja, o trabalho, especificamente a concessão do adicional de penosidade elencado no artigo 7º, inciso XXVI da Constituição Federal, analisando como se desenvolve a atuação do Poder Judiciário em relação à concretização desse direito e a subversão da hermenêutica garantista na fundamentação dessas decisões.

O adicional de penosidade não será abordado de forma particularizada e fragmentada, porquanto o objetivo de investigação neste trabalho não é delimitar sua conceituação, história e contexto, mas sim, utilizá-lo como alegoria ou premissa menor a fim de verificar como teoria garantista enfatiza a obrigação do Estado de concretizar direitos fundamentais sociais e direciona na forma como o Judiciário deve agir para o desenvolvimento da efetivação de direitos sociais.

A partir da pesquisa sobre direitos sociais e efetividade das normas constitucionais, busca-se pensar de que forma o controle jurisdicional pode contribuir para a concretização desses direitos que estão intrinsecamente ligados aos fins do Estado brasileiro; identificar os limites que a teoria garantista impõe no desenvolvimento desta atuação jurisdicional e trazer estas conclusões de maneira aplicada ao caso da concessão do adicional de penosidade para servidores públicos federais lotados em região de fronteira.

Verificar-se-á que dar efetividade à Constituição, manusear seus princípios e procurar alcançar os preceitos morais introduzidos na Carta Magna, de forma alguma denota a ideia de perpetrar as subjetividades políticas, econômicas e sociais embutidas no íntimo de quem decide em nome daquilo que discricionariamente entender por justo.

O cunho moral dos princípios não escancara os acessos ao decisionismo¹; não é uma folha em branco a ser completada ao bel prazer do julgador, tampouco é uma licença generalizada para que o hermeneuta saia aleatoriamente conferindo sua acepção aos princípios. O que se pretende é compreender a intenção constitucional ao torná-los direitos fundamentais com aplicabilidade imediata e buscar fundamento, dentro do ordenamento jurídico já produzido, à efetivação dos direitos sociais.

No entanto, apesar do Brasil aderir a uma Constituição nos moldes garantistas, pouco se vê, no âmbito judicial, decisões vinculadas à ideia de uma jurisdição ordinária disposta a efetivar os direitos fundamentais nela expressos.

No tocante a não percepção do adicional de penosidade pelo servidor público federal, ela decorre da omissão do Estado, que alega existir duas razões para a sua ineficiência. A primeira seria a carência de definição legal de fronteira para fins de percepção do auxílio. A segunda seria por não haver a fixação legal dos termos e condições do adicional em regulamento, conforme art. 71 da Lei 8.112/90, que abranja todos os servidores públicos federais, independentemente de categoria.

Com a elaboração do art. 71 da Lei 8.112/90 e, posteriormente, da Lei 12.855/13, temos, então, o reconhecimento, por parte do legislador, das condições desumanas vivenciadas por estes servidores e da necessidade de se manter, nas regiões de fronteira, um quadro permanente de servidores para garantia da soberania nacional nestas regiões.

No entanto, a efetividade destas normas se esbarra na insistente atitude do Poder Executivo em postergar seu regulamento, trazendo imenso prejuízo a própria Administração e uma conseqüente judicialização deste questionamento.

¹ A esvaziamento das normas jurídicas e de seus valores como fundamento balizador dos pronunciamentos judiciais, ou seja, a substituição da lei (fruto da democracia) pelas inclinações do magistrado.

Esta pesquisa nasceu a partir da observação desta problemática no ambiente jurisdicional, no que tange o serviço público federal em regiões fronteiriças, e a solução encontrada por esses centros de decisão, qual seja: as crescentes e reincidentes decisões judiciais de controle difuso que, subvertendo a hermenêutica garantista, restringem o gozo de direitos sociais, em especial, a concessão do adicional de penosidade, por meio do *decisionismo* e de um elevado déficit de inefetividade normativa da legislação concernente à matéria mencionada.

A Lei 8.112/90 assegurou expressamente aos servidores públicos federais o direito a percepção de um adicional em razão do exercício de atividades penosas, considerando o desgaste físico e mental que o servidor é submetido por exercer atividade laborativa em locais desfavoráveis a sua saúde, como ocorre nas zonas de fronteira.

Essa garantia também foi assegurada pela Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XXVI e, até, a certas carreiras do Poder Executivo pela Lei 12.855/2013. Ocorre que, apesar das garantias constitucional e legais, a sua aplicação inexiste na prática dada a omissão da Administração Pública diante deste direito social.

De fato, o ideal constitucional que efetiva direitos fundamentais e garante a viabilidade prática do direito, ainda não se concretizou no contexto da realidade brasileira. Desse modo, temos uma população vítima indireta da subversão hermenêutica do garantismo aplicada pela jurisdição.

Esta postura prejudica diretamente toda uma categoria ligada a entes federais que deveriam desfrutar de um direito garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro e, no entanto, veem seus direitos restringidos: seja pelo Executivo que não regulamenta a Lei, seja pelo Legislativo que se mantém inerte, seja pelo Poder Judiciário, que mesmo tendo o condão de integrar o ordenamento e dar eficácia às normas constitucionais, opta pela flexibilidade jurisprudencial e restringe tais direitos.

A sociedade civil passa a ser vítima, primordialmente, do próprio Estado omissor e descumpridor dos seus deveres constitucionais, tendo em vista a necessidade de políticas públicas integradas para a garantia dos direitos desse grupo.

O que esta dissertação defenderá é a possibilidade de integrar o ordenamento jurídico, viabilizar a normatividade e aplicação imediata das normas

constitucionais a fim de garantir a efetividade de direitos fundamentais sociais, como é o caso da concessão do adicional de penosidade aos servidores públicos na região de fronteira, sem que isso implique em inovação legislativa pelo Poder Judiciário.

Para tanto, a pesquisa se fundamenta em basicamente 3 questionamentos: como a teoria da justiça social e o garantismo podem dar eficácia a direitos sociais num estado democrático de direito? Qual a relação dos Poderes na efetivação dos direitos sociais, e qual o dever o Poder Judiciário frente a esses direitos? E utilizando a alegoria – adicional de penosidade: como vem se comportando os órgãos de decisão nas regiões de Fronteira e, conseqüentemente, se é possível a transposição teórica da teoria geral do garantismo jurídico para a concessão do adicional de penosidade com efeito *interpartes* e no controle difuso de constitucionalidade?

E com base neles a pesquisa foi dividida em 3 capítulos com os seguintes títulos: Teoria da justiça social, direitos humanos e garantismo; Estado constitucional de direito, a eficácia e a efetividade do direito social na constituição de 1988; e Do estudo de caso: concessão do adicional de penosidade em regiões fronteiriças – servidores públicos federais vinculados ao poder executivo e não elencados pela lei 12.855/13

No primeiro capítulo, trataremos do princípio da igualdade propriamente dito, começando pela sua evolução no tempo. Partindo do conceito de justiça social analisaremos como os ideais revolucionários decorrentes de um regime social e político totalitário criaram movimentos para a ocorrência de mudanças radicais que acabaram por iniciar um processo que culminou na mudança da concepção de Estado e concebeu de forma inovadora a importância de princípios, dentre estes o da igualdade.

Em seguida, uma análise do princípio da igualdade segundo a visão do filósofo John Rawls será feita com o objetivo de delimitar a interpretação deste princípio já que o mesmo envolve uma gama imensa de interpretações e definições vista a sua enorme abrangência teórica e prática. A ideia de justiça como igualdade abarca de forma categórica as questões das desigualdades sociais, políticas, comportamentais e econômicas no processo de desenvolvimento de uma sociedade.

Será desenvolvida a importância da colocação do princípio da isonomia na Constituição Federal de 1988 ao trazer inúmeras inovações ao ordenamento jurídico brasileiro que causaram uma verdadeira revolução constitucional no que se diz respeito a direitos fundamentais. Todas essas análises são necessárias para construção teórica do objeto desta pesquisa.

Nas ponderações finais do capítulo, será abordado o garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli e a importância da utilização da teoria geral do garantismo no estudo aqui relatado com alicerce em suas bases – a centralidade da pessoa e a instrumentalidade do Estado e do Direito – tendo o intuito de, em sequência, iniciar a análise dos seus principais fundamentos: a definição formal de direitos fundamentais; a distinção entre legalidade formal e legalidade substancial; a consolidação da noção de democracia substancial; a dissociação entre direitos fundamentais e suas garantias; a distinção teórico-jurídica entre vigência, validade e efetividade.

A colocação, deste assunto já no primeiro capítulo, ocorre devido ao fato de que a teoria do garantismo jurídico evidencia a deficiência na efetividade do modelo de Estado constitucional de Direito vigente, resultante da frequente afronta a dignidade da pessoa e de seus direitos fundamentais e se objetiva em encontrar soluções inseridas no ordenamento jurídico com suporte nas garantias constitucionais, as quais visam à árdua tarefa de asseverar a máxima correlação entre normatividade e efetividade na tutela dos direitos.

No segundo capítulo, continua-se a explanação para se entender como a evolução de um país para um estado constitucional de direito possibilita a efetivação de direitos sociais, para tanto, far-se-á uma evolução histórica das principais concepções de Estado no tempo.

Parte-se da ideia do que é estado liberal de direito, seu legado e as cominações de suas diretrizes no Estado contemporâneo; em seguida, tratar-se-á do estado social de direito, a importância dos movimentos sociais e o deslocamento da concepção individualista de centralidade política para uma concepção social.

Para, posteriormente, estudar as ideias de estado democrático de direito e de estado constitucional de direito, em que verificar-se-á a finalidade desta evolução do Estado para a comunidade: a necessidade de efetivar os direitos sociais até então

reconhecidos e demonstrar a importância de uma constituição rígida num Estado como fundamento supremo para concretização dos direitos sociais neste contexto.

Será analisada ainda, os conceitos de validade, vigência, eficácia, efetividade e eficiência no Estado Constitucional de Direito, tudo a partir da matriz teórica garantista, problematizando-os e propondo uma caracterização diversa das categorias tradicionais. E em um segundo momento, de forma mais aprofundada a eficácia das normas constitucionais. Será estabelecida uma ligação entre a eficácia jurídica e social das normas constitucionais. E iniciar a relação entre eficácia e a efetivação dos direitos sociais pelos Poderes Estatais e, em especial, o Poder Judiciário.

Para conclusão deste capítulo, elabora-se, uma análise sobre a justiciabilidade dos direitos sociais como um todo afim de efetivá-los e sobre sua possibilidade, constitucionalidade de decisões sobre esse tema pelo Poder judiciário e qual o dever do Poder Judiciário na concessão de direitos sociais no controle difuso de constitucionalidade

No terceiro capítulo, será analisado um estudo de caso: a concessão do adicional de penosidade como direito social garantido constitucionalmente no Brasil, para servidores públicos federais. Inicialmente trataremos aspectos conceituais sobre o adicional, sua evolução histórica no Brasil e a penosidade no contexto constitucional brasileiro. Isso para que possamos entender todos os elementos norteadores desta discussão.

Será trazido a produção legislativa brasileira sobre o tema no que tange o serviço público federal, bem como por meio de amostragem analisaremos os fundamentos das decisões proferidas em primeira instância na cidade de Dourados MS, especialmente no juizado especial federal e justiça federal comum. Analisaremos ainda, os fundamentos jurídicos das decisões em segunda instância na turma recursal do MS, no Tribunal Regional Federal da 3 Região, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal a fim de constatar uma crise de efetividade do direito constitucional na concessão do adicional de penosidade, a subversão da teoria garantista na fundamentação destas decisões e a transposição teórica da teoria geral do garantismo jurídico para a concessão deste adicional pela jurisdição em sentença com efeito *inter partes* e em controle difuso de constitucionalidade.

De modo final, o posicionamento dos direitos fundamentais na teoria garantista é central para a compreensão da instrumentalidade do Estado e de seus poderes, assim como, entre as alternativas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, quais são as possibilidades para o incremento do controle judicial de políticas públicas de direitos sociais, de modo que a ação jurisdicional colabore para a efetividade destes direitos, sem que atinja a democracia e usurpe as competências dos demais poderes, tudo, em meio a discussão da concessão do adicional de penosidade.

CAPÍTULO I - TEORIA DA JUSTIÇA SOCIAL E DIREITOS HUMANOS

Neste capítulo tratar-se-á do princípio da igualdade propriamente dito, começando pela sua evolução no tempo. Partindo do conceito de justiça social e de uma sociedade a qual estas ideias não passavam de ideais revolucionários decorrentes de um regime social e político totalitário deixando crescentes os anseios de uma gama populacional por mudanças radicais que acabaram por iniciar um processo que culminou na mudança da concepção de Estado e começou a conceber de forma inovadora a importância de princípios, dentre estes o da igualdade.

Em seguida, uma análise do princípio da igualdade segundo a visão do filósofo John Rawls será feita com o objetivo de delimitar a interpretação deste princípio já que o mesmo envolve uma gama imensa de interpretações e definições vista a sua enorme abrangência teórica e prática. A ideia de justiça como igualdade abarca de forma categórica as questões das desigualdades sociais, políticas, comportamentais e econômicas no processo de desenvolvimento de uma sociedade.

Por fim será desenvolvida a importância e colocação do princípio da isonomia na Constituição Federal de 1988 e a importância que foi dada pelo legislador a esse, trazendo inúmeras inovações ao ordenamento jurídico Brasileiro causando uma revolução constitucional no que se diz respeito a direitos fundamentais.

1.1 Justiça social

A teoria de justiça de John Rawls influencia fortemente as políticas governamentais da atualidade, em especial, no que se concerne às atuações positivas em proveito de grupos sociais minoritários. Em sua obra Uma Teoria da Justiça, o autor produz um esboço jurídico de como seria uma sociedade justa atualmente. E essas convicções liberais inspiraram diferentes ações positivas no Brasil. Para tanto, é necessário compreender sua concepção sobre justiça e igualdade, para se delinear o meio de concretização de direitos sociais.

A justiça como isonomia é fundamento central para o surgimento de uma democracia constitucional. De maneira especial, parte da ideia de liberdade e

direitos fundamentais incorporados a uma percepção da igualdade democrática, o que acarreta nos seus dois conceitos de justiça.

Para tanto, considera que o objeto principal da justiça seja a sociedade, ou “a forma pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de benefícios da cooperação em sociedade.” (RAWLS, 2002, p. 7-8).

Rawls acredita que a sociedade compreendida como uma estrutura equitativa de assistência é uma concepção construtiva essencial da justiça como equidade, que está subentendida numa sociedade democrática. Assim, como a justiça utiliza a base organizacional da sociedade como sua finalidade principal, a possibilidade de contribuição social parece fundamental.

Há uma necessidade de que haja princípios orientadores em uma sociedade, segundo Rawls, porque embora uma sociedade seja um empreendimento cooperativo visando vantagens mútuas, ela é tipicamente marcada por um conflito de interesses porque a cooperação social possibilita que todos tenham uma vida melhor da que teria qualquer um dos membros se cada um dependesse de seus próprios esforços. Há um conflito de interesses porque as pessoas não são indiferentes no que se refere a como os benefícios maiores produzidos pela colaboração mútua são distribuídos, pois para perseguir seus fins cada um prefere uma participação maior a uma menor. (RAWLS, 2002, p. 4-5)

A partir da ideia do conflito social, pode-se classificar o movimento político-social em três momentos: a) reconhecimento do conflito, tendo em vista a escassez dos bens e o desejo ilimitado do ser humano; b) intervenção da teoria da justiça, tornando a sociedade justa; c) consolidação da sociedade cooperativa, onde prevalece a justiça e a cidadania. (PEGORARO, 1997, p. 68)

Leonetti sintetiza a justiça em Rawls da seguinte forma:

A justiça (Social) pressupõe o regime constitucional democrático em que as liberdades individuais, a livre iniciativa, a propriedade privada e a igualdade de oportunidades são algumas das características mais marcantes. Esta Justiça Social pressupõe tanto a divisão equitativa do bem comum como a cooperação de cada um para o bem de todos. É uma Justiça do tipo procedimental pura, lastreada simultaneamente na igualdade de oportunidades e na igualdade de resultados, uma vez que pressupõe que a

adoção do procedimento correto levará a um resultado também correto. [...] (2003, p. 159)

O próprio Rawls conclui que “[...] uma concepção de justiça social fornece primeiramente um padrão pelo qual se devem avaliar aspectos distributivos da estrutura básica da sociedade. [...]” (RAWLS, 2002, p. 10).

A justiça como igualdade ao ser compreendida como uma idealização política de justiça liga-se ao âmbito do político. Seu momento crucial, por conseguinte, é a justiça social. Mais precisamente, para Rawls o propósito fundamental da justiça, neste aspecto, é o meio de rearranjar e estruturar os direitos e os deveres fundamentais e detalhar como compartilhar as vantagens da decorrência da colaboração social².

Após uma breve explanação sobre os estudos de alguns dos principais pensadores sobre o princípio (ou a virtude) da justiça, passa-se a tecer algumas considerações sobre o tema.

Neste âmbito, o autor delinea a Constituição como justiça política. E é a mais elevada estrutura de normas sociais que destina-se a determinar outras normas: é o elemento principal da estrutura social e deve determinar direitos isonômicos de atuação nos assuntos públicos. O conceito de Constituição tem como peculiaridade uma circunstância inicial de igualdade, na qual as convicções comuns têm que possuir benefícios para todos, e cada indivíduo precisará ser caracterizada equitativamente.

Tendo em vista que a função social do Estado brasileiro seja a busca da realização da justiça social, a Constituição se torna o marco para a efetividade de uma justiça social seja para garantir que os ônus e os bônus do todo social sejam repartidos entre todos, de acordo com critérios previa e democraticamente definidos e segundo a capacidade e a necessidade de cada um; e seja para que se assegure a cada indivíduo o mínimo indispensável a uma vida digna.

² Desse modo, a organização essencial da sociedade “[...] é entendida como a maneira pela qual as principais instituições sociais se articulam em um sistema único, distribuem direitos e deveres fundamentais e moldam a divisão dos benefícios obtidos mediante a cooperação social.” (RAWLS, 2011, p. 305).

1.2 Desenvolvimento conceitual da ideia de igualdade

A igualdade está formalmente inserida na Constituição Federal de 1988, no caput do art. 5º, da seguinte forma: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Diferentemente da igualdade puramente formal trabalhada nos Estados Liberais após a Revolução Francesa, a carta política brasileira trouxe como princípio basilar do Estado a igualdade material, justificada na isonomia, que constitui em tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade³.

Os direitos sociais nas constituições, por muito tempo foram ignorados por uma série de fatores políticos, sociais e hierárquicos que impediam uma abrangência significativa de princípios hoje considerados como fundamentais, básicos para a construção de um direito minimamente justo. O princípio da igualdade colocado num patamar constitucional de grande importância se vale de enorme relevância uma vez que sua violação significa grave falta como demonstra claramente Celso Antônio Bandeira de Mello:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema [...]. (2003, p. 159)

Estando o princípio da igualdade inserido nos maiores escalões da norma constitucional é da maior importância a sua análise e desenvolvimento de seus vários conceitos a fim de chegar-se o mais próximo possível do sentido literal e material que a norma propõe.

As disposições constitucionais relativas à Justiça Social não podem ser consideradas como meras exortações ou conselhos, de valor meramente moral e

³ Igualdade material: conceito este atribuído a Aristóteles, segundo Mello (1998, p. 10). Trata-se de uma “exigência do próprio conceito de Justiça”, conforme Morais (2005, p. 81).

explicativo. Todas essas devem ser consideradas de forma obrigatória, gerando para os Estados deveres de fazer ou não fazer (MELLO, 2010, p. 55).

Ainda que a ideia de igualdade remonte a filosofia grega e seja ainda anterior a ela, este tópico restringe-se a fazer uma abordagem do desenvolvimento conceitual do princípio da igualdade partindo de marcos considerados mais significativos e relevantes na evolução deste conceito.

O sistema inglês que ainda hoje se mantém similar ao que foi estabelecido no século XVII, inicia essa revolução de maneira mais efusiva pois coloca as mudanças políticas e sociais sob a égide de um parlamento que estabeleceria novas regra ou ainda as mudanças e complementações da legislação já existente, em decorrência de novas realidades, ou seja, as mudanças sociais teriam importância legislativa para serem alteradas de acordo com as necessidades contemporâneas do momento (DALLARI, 2010, p. 182).

Outra demonstração clara da relevância da instituição Inglesa para as bases de um conceito de igualdade se encontra na formação de seu governo na forma de parlamentarismo, principalmente no que se diz respeito a diferenciação das câmaras em Lordes e Comuns, essa segunda representada pela ascendente burguesia que buscava no momento a total derrocada do regime absolutista e conseqüentemente assim se aproximava de uma ideia de igualdade formal, ainda que voltada para seus próprios interesses e excluindo grande fatia da população.

Outro fato de extrema relevância ocorreu na França com a Declaração de Direitos Francesa de 1789. Foi onde se pode notar as primeiras impressões reais para a formação do conceito de igualdade de forma mais abrangente e com algum efeito prático para a grande população, mesmo que este ainda estivesse muito distante do que se pode perceber atualmente.

Anteriormente as revoluções liberais dos séculos XVII (Inglaterra) e XVIII (França e EUA), as pessoas não eram concebidas como iguais. Direitos e deveres eram decorrentes do seu status social e não da sua natureza humana que era ignorada pelas elites detentoras do poder sócio-político. Após a instauração do Estado Liberal- Burguês e a derrocada do antigo regime na Europa, a igualdade ao menos perante a lei é afirmada, com o fim dos privilégios de origem estamental (SARMENTO, 2006, p. 119).

Contudo, o avanço foi incompleto, em primeiro lugar, porque, em total contradição com o conceito de igualdade, direitos políticos eram assegurados apenas à burguesia detentora do poder econômico, através do voto censitário, o que acabava por excluir a grande maioria da população de participar da vida pública e de exercer qualquer que fosse a influência sobre a elaboração das normas. (SARMENTO, 2006, p. 119).

Como se pode notar, um conceito mais forte historicamente começou a formar-se a partir na declaração de Direitos Francesa de 1789 como cita Dallari (2010) que nos dá a ideia da preocupação não apenas com situações fático-jurídicas mas também com a organização social.

Este ato de acordo com historiadores representa um daqueles momentos decisivos, pelo menos do ponto de vista simbólico, que marcam o fim de uma época e o início de outra, bem como uma virada na história da humanidade (BOBBIO, 1992, p. 85).

A adoção da ideia de Constituição como fundamento filosófico da organização social, numa perspectiva universal e idealizada com base nos valores fundamentais da pessoa humana, indo muito além da busca de solução para problemas locais e imediato. (DALLARI, 2010, p. 200)

A carta francesa, de cunho nitidamente liberalista, preocupava-se mais com a salvaguarda do direito a propriedade privada, protegendo-o de qualquer ingerência estatal, como dispunha seu artigo 17.

Sabe-se muito bem que a mola para o progresso não é a calma, mas o conflito. Todavia, compreende-se que deve existir neste processo de rompimento um limite dependente do auto disciplinamento do conflito (BOBBIO, 1992, p. 136).

Tendo-se em vista este processo de mudança social tornou-se importante que o legislador observasse de perto conceitos até então deixados de lado, este tratado constitucional versava com mais relevância o direito a liberdade e a propriedade, deixando claro sua crescente importância como lavra na redação: “Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser que a necessidade pública, legalmente constatada, o exija de modo evidente, e sob condição de uma justa e prévia indenização.” (DIREITO, 1789, texto *online*).

Apesar de não priorizar o tratamento do conceito de igualdade como concebido atualmente, a declaração francesa se destaca no tocante a uma revolução no constitucionalismo por se preocupar com ideias sociais que até então não eram tratadas com a devida importância e até esquecidas em algumas situações. A exclusão de mulheres e também de homens que fossem empregados ou tivessem renda baixa mostra a intenção clara deste documento ao estabelecer desigualdades nos direitos políticos como se fez a partir da Constituição de 1791.

O conceito de igualdade foi usado inversamente a fim de defender-se a desigualdade que era chamada de natural por Benjamin Constant (2010, p. 127) alega que “Tendo à disseminação das propriedades e das luzes confundido as diversas classes, a desigualdade natural, isto é, a que resulta do mérito e dos talentos desiguais, deverá triunfar sobre as instituições”.

Evidentemente esta afirmação exclui os indivíduos nascidos em classes mais pobres, pois estes não teriam como desenvolver seus méritos individuais, porém este aspecto não foi levado em conta por nenhuma constituição liberal-burguesa que considerava importante apenas a liberdade individual para que cada indivíduo a exercesse como quisesse e pudesse (DALLARI, 2010, p. 213).

Como terceiro exemplar destes que foram os fatores mais pontuais nas revoluções constitucionais bem como impulsionadores dos conceitos consagrados e guardados pelas constituições atuais temos o modelo Norte Americano que sem dúvida revolucionou em diversos pontos a questão constitucional.

A constituição americana nasceu de um produto da conjugação de costumes tradicionais com ideais teóricos e objetivos práticos numa circunstância de luta pela liberdade e proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, sendo assim um marco no constitucionalismo, declarado como lei fundamental do povo (DALLARI, 2010, p. 229).

Apesar de grande avanço, engana-se quem pensa que aquela constituição pode ser considerada como um sinônimo de democracia, ou como expressões identificadoras de um sistema comprometido com a garantia de liberdade e igualdade para todos sem qualquer tipo de discriminação. Nesse sentido, relata pertinentemente Dallari:

A esse respeito são muito esclarecedoras algumas afirmações de participantes da Convenção de Filadélfia, que, defendendo com veemência a implantação da República, afirmavam a necessidade de entregar o governo republicano a uma casta privilegiada, identificada por seu poder econômico. (2010, p. 245)

Desse modo o que se dizia República era a expressão de igualdade, porém, uma igualdade entre indivíduos de certa carreira social. Ainda sobre esse entendimento restritivo de liberdades temos que os sentidos republicanos democráticos são reconhecidamente explicados com algumas limitações, utilizando diretamente as afirmações feitas por Rousseau no Contrato Social, que deixa claro a sua preferência pela democracia mais ciente de que esta jamais existirá (DALLARI, 2010, p. 248).

Avançando na linha do tempo do desenvolvimento deste princípio chegamos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que trata de direitos e liberdades comuns a todo ser humano. Atrelado a este conceito temos a ideia de igualdade principalmente perante a lei. Já em seu artigo primeiro esta declaração atesta claramente que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 1948, texto *online*).

Para o autor a atuação da democracia na política deve propiciar de forma igualitária aos membros Estatais a possibilidade de influenciar sobre as decisões e acontecimentos políticos por meio a escolha de seus representantes. Porém com a existência de uma sociedade desigual e heterogênea a democracia formal que deveria ser exaltada como uma das solucionadoras do problema da disparidade se transforma em uma espécie de ditadura da classe dominante (MARTINS NETO, 2003, p. 8).

O conceito de igualdade, se trabalhado em sua totalidade, detém diversos significados bem como suas ramificações que gerariam uma discussão infinda se levado em conta suas inúmeras interpretações trazidas pelos mais qualificados autores acerca desta temática.

Visto esta enorme abrangência e no sentido de uma análise mais direcionada adota-se o pensamento do filósofo John Rawls e de sua teoria de justiça, bem como diversas ramificações que provem dessa ideia central. Que essencialmente teoriza

sobre a justiça com equidade, procurando resolver o conflito pela distribuição de bens sociais entre pessoas utilizando de uma aplicação teórica de justiça e igualdade aplicada em uma sociedade que a partir de bases comuns atingira o sentido de igualdade entre seus membros.

1.3 Justificação filosófica da igualdade segundo John Rawls

Igualdade e justiça sempre suscitaram discussões conflitantes. Talvez a equidade seja de fato algo estranho à justiça, por mais paradoxal que isto possa parecer, pois as sanções e decisões tomadas em diversas instâncias hodiernamente provam isto, trazendo ainda mais a importância do debate sobre a igualdade e justiça e sua aplicação de forma mais adequada ou no mínimo mais ética e eficaz.

Para entender a teoria propriamente dita trazida por John Rawls, deve-se ter como ideia norteadora que os princípios de justiça para a formação da estrutura básica da sociedade são objeto de um consenso original. São estes princípios que pessoas consideradas livres e racionais preocupadas normalmente apenas em defender e viabilizar o seu próprio interesse aceitariam numa posição inicial de igualdade como patamares básicos para a definição de uma associação. A essa maneira de considerar chamar-se-á de justiça com equidade pilar central da discussão do autor (RAWLS, 2002, p. 12).

Para a aplicação desta teoria o autor sugere uma situação hipotética.

Adota-se uma posição original, entre uma das principais características essenciais dessa situação esta o fato de que ninguém conhece o seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. Eu até presumirei que as partes não conhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas particulares. Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. (RAWLS, 2002, p. 13)

Diante de tal situação hipotética consegue-se garantir que ninguém será favorecido ou desfavorecido devido a esta situação original de pressuposta

ignorância. Uma vez estando em uma situação igualitária às demandas individuais ficaram em segundo plano, dando lugar ao resultado de um consenso ou ajuste equitativo atingindo o que se chamaria de *status quo*, inicial (RAWLS, 2002, p. 13).

Em um primeiro momento, a igualdade retrata um valor conferido a cada indivíduo "sem distinção", autorizando que cada indivíduo seja único e, ao mesmo tempo, como todas as outras. É a igualdade formal ou política. Aqui se assegura a tolerância, que leva a considerar as desigualdades, sem admitir ofensa ao direito a diferença que constitui as variadas identidades dos indivíduos.

A pretensão de colocar todos de forma igualitária neste Estado inicial assume uma responsabilidade altíssima, pois em alguns casos a própria igualdade pode estar a serviço de fins injustos, como por exemplo a busca efetiva de êxito no sistema capitalista que prega igualdade a todos para alcançar seus objetivos e na realidade tende a beneficiar uns em detrimento de outros⁴.

Essa teoria se coloca próxima às afirmações do pensamento Marxista no momento em que se propõe a promover este equacionamento político e social segundo o modelo de justa distribuição de riquezas. Esta justa distribuição se coloca como um dos principais problemas para atingir uma sociedade mais justa, colocando sobre a elaboração destes princípios importância ímpar para a obtenção de sucesso do modelo (NADER, 1999, p. 220).

Os princípios que serão desenvolvidos pelos chamados homens racionais expressam a consequência do fato de deixarmos de lado os aspectos do mundo social que são ditos como arbitrários. A justiça com equidade consiste em duas partes: uma interpretação desta situação inicial e o conjunto de princípios que deveriam ser aceitos por todos, ou seja, um consenso (RAWLS, 2002, p. 17).

Neste sentido, pode-se definir que a igualdade e a liberdade de oportunidades que seriam criadas, formariam os princípios constitucionais utilizando-se das ideias de direito natural. Cada um com o seu núcleo ilimitado potencial, capaz de irradiar princípios capazes de adaptar-se ao movimento social. Estes princípios são

⁴ Não é incompatível com a justiça o tratamento especial de situações especiais, desde que sejam estendidas a todos que por ventura estiverem sujeitos a aquela mesma situação. Pois o próprio desenvolvimento social depende de papéis e funções desiguais, diferentes, cada um com o seu devido tratamento jurídico. (GUSMÃO, 2004, p. 87)

acessíveis através da indução a partir da observação de condutas adotadas comuns ao gênero humano (NADER, 1999, p. 164).

Mesmo não se aceitando o primeiro quesito e adotando o segundo ou vice-versa, a situação do contrato inicial parece razoável uma vez que coloca a sociedade em questão em uma situação de total igualdade no momento em que sugere o véu da ignorância aplicado no momento das decisões ditas essenciais (RAWLS, 2002, p. 17).

Situação esta que parece razoável, pois considerando todos em uma posição inicial igual, isto é, todos com os mesmos direitos no processo da escolha dos supracitados princípios, cada indivíduo deste grupo poderia fazer as suas proposta, apresentar razões e argumentar os motivos para aquelas colocações. Essas condições somadas a colocação do suposto véu da ignorância acabariam por garantir que pessoas racionais e preocupadas em promover interesses consensuais aceitariam por consequência as condições de igualdade nas quais nenhum deles é conscientemente favorecido (RAWLS, 2002, p. 21).

Porém deve-se ter em mente pontos considerados indiscutíveis na discussão destes princípios básicos. Não se tem diferença de julgamentos, por exemplo, na questão da intolerância religiosa e discriminação racial, o que nos leva a entender que há perguntas que estão pré-dispostas a serem respondidas de uma determinada maneira, mas nem todas as discussões são tão facilmente resolvidas, um caso aonde um problema seríssimo surgiria seria o da distribuição da riqueza e da autoridade como comumente acontece dentro de uma estrutura social (RAWLS, 2002, p. 22).

Tendo sido enfatizado que a questão da posição inicial é meramente hipotética, a incorporação desta deve-se por serem premissas que de fato aceitamos como razoáveis. Essas restrições demonstram o que estamos dispostos a considerar como limites em relação a uma cooperação social (RAWLS, 2002, p. 24).

O conceito dos princípios de justiça colocado pelo autor se divide em dois, igualdade e liberdade:

O primeiro diz que cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais as que sejam compatíveis com um sistema semelhante de liberdades para as outras e o segundo diz

que as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites razoáveis, e vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. (RAWLS, 2002, p. 64).

Esses princípios devem obedecer a uma ordenação serial, utilizando-se sempre o primeiro antecedendo o segundo e nunca ao contrário. Ordena-los desta maneira significa que violar liberdades básicas iguais protegidas pelo princípio número um não podem ser justificadas nem compensadas de maneira alguma por maiores vantagens de cunho econômico ou social (RAWLS, 2002, p. 65).

Se esta ordenação fosse quebrada, criaria uma insegurança principalmente se analisada pelo viés Marxista que preconiza que a insustentabilidade do capitalismo levaria a sua total destruição, pois suas distorções acabariam por trazer o insuportável empobrecimento da massa trabalhadora, neste caso o princípio que traz as questões econômicas teria sido preconizado, subvertendo a ordem colocada como imutável para aplicação da teoria (NADER, 1999, p. 224).

O princípio de igualdade promovido pela ordem jurídica é de suma importância nesta elaboração visto que sem este não seria efetivo a atuação de outros dois princípios que são o da vida e da liberdade. Se a sociedade não se achar organizada primariamente sob a égide deste. É preciso que o princípio da igualdade ao ser definido na situação inicial como prioritário não se limite ao texto de lei e obtenha efetividade na estrutura social para que não exerça papel meramente figurativo e sim atuante (NADER, 1999, p. 166).

Ainda sobre a influência deste princípio afirma-se que:

Impõe-se, por ele, que não apenas a eliminação das discriminações; é preciso que se ofereça oportunidade a todas as pessoas, primeiramente para o seu desenvolvimento e formação e, depois para alçar posições e projetar-se socialmente em razão de seu mérito ou capacidade (NADER, 1999, p. 166)

Essas liberdades tem função central de aplicação, sendo que elas só podem ser limitadas quando se chocam umas com as outras, ou seja, nenhuma destas liberdades é absoluta e sim ajustáveis de modo a formar um único sistema que deve ser igual para todos (RAWLS, 2002, p. 65).

Entrando na discussão do segundo princípio sobre a distribuição de renda e riqueza se expressa pelo autor da seguinte maneira:

Todos os valores sociais, liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da autoestima devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos valores traga vantagens para todos. (RAWLS, 2002, p. 66)

A sociedade se acha estruturada economicamente de uma forma injusta, preponderando os interesses do capital sobre o social, quando na realidade o fator social unido ao trabalho é que formam as riquezas (NADER, 1999, p. 227-228).

A injustiça então como determinada pela teoria da justiça com equidade se constitui simplesmente da desigualdade que não beneficiam a todos, pois se esse cenário se invertesse e o benefício se distribuisse igualmente para todos se concretizaria o que a teoria propõe em relação a uma viabilização real da aplicação da justiça com equidade (RAWLS, 2002, p. 66).

Diante desta colocação tem-se que restringir o grupo de pessoas consideradas racionais para que não exista uma gama muito grande de grupos, pois quanto mais representantes de pequenas classes estiverem no campo de análise e elaboração dos princípios, pior será para definir as estruturas básicas desta teoria (RAWLS, 2002, p. 101).

Na aplicação dos princípios de justiça nesta estrutura social básica, toma-se certos indivíduos representativo e considera-se a sua visão social afim de determinar as bases gerais de um ponto de vista adequado com um limite a esse grupo (RAWLS, 2002, p. 101).

Não podemos ter uma teoria coerente e administrável se levamos em consideração essa multiplicidade de posições. É impossível avaliar tantas reivindicações concorrentes. Portanto, precisamos identificar certas proposições como mais básicas que as outras e capazes de fornecer um ponto de vista apropriado para o julgamento do sistema social. Assim, a escolha dessas posições se torna parte da teoria da justiça. (RAWLS, 2002, p. 101).

Desse modo, as posições sociais consideradas relevantes são, dessa maneira, os lugares iniciais e gerais de grupos adequados. Ao escolher tais posições como o ponto de vista geral, segue-se a ideia da mitigação de ambos os princípios em relação a arbitrariedade do acaso natural e da boa sorte social (RAWLS, 2002, p. 102).

Determinadas devidamente essas posições para definir as regras gerais e básicas, precisa-se instituir a definição bem como o desenrolar do significado de equidade, que segue o conceito de justiça abordado por essa teoria.

Esse princípio afirma que uma pessoa deve fazer a sua parte conforme definem as regras de uma instituição, quando duas condições são observadas: primeiro, que a instituição seja justa (ou equitativa), isto é, que ela satisfaça os dois princípios da justiça; e segundo, que a pessoa tenha voluntariamente aceitando os benefícios da organização ou tenha aproveitado a vantagem das oportunidades que ela oferece para promover os seus interesses próprios (RAWLS, 2002, p. 119)

Utilizando o conceito puro de justiça como equidade, tem-se que este é um dever natural e fundamental. Esse dever exige nosso apoio e obediência para com as instituições, pois estas regerão as regras sociais postas. Assim, se a estrutura básica da sociedade é justa, ou justa como é razoável espera-se que esta seja dentro de determinadas circunstâncias, todos devem exercer a sua parte no esquema definido (RAWLS, 2002, p. 123).

Para tanto, torna-se necessário compreender tal conceito dentro das produções legislativas que intensificaram o fomento da ideia de igualdade atrelada a efetivação de direitos humanos.

1.4 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

A expressão “direito das pessoas”, que é certamente enfática remete a direitos históricos obtidos gradualmente através de lutas que a humanidade trava por sua própria emancipação e das condições de vida que estas lutas produzem. Não se pode considerar a Declaração Universal dos Direitos Humanos nem suas predecessoras como definitivas, pois são apenas passos iniciais em um longo

processo cuja realização final ainda não se vê. A declaração é mais que um sistema doutrinário, mas menos do que um sistema seco de normas jurídicas, é algo a ser constantemente perseguido e desenvolvido (BOBBIO, 2004, p. 30).

O primeiro marco histórico da declaração teve seu início por meio de um embrião chamado Declaração dos Direitos do Homem de 1789⁵, tido como um expressivo golpe recebido pelo antigo regime absolutista da França. Este documento relacionava princípios que norteariam o texto constitucional da nova França contagiada por ideais revolucionários e ideias progressistas e dava o pontapé inicial a uma nova era de desenvolvimento pleno de direitos que há tanto tempo foram oprimidos por um sistema político centralizador, mas que demoraria muito para se desenvolver plenamente.

A declaração dos direitos do homem e do cidadão⁶ foi aprovada pela Assembleia Nacional, em 26 de agosto de 1789 em Paris e segundo historiadores da época realmente assinalam o fim de uma época e o início de nova era, uma reviravolta histórica para o gênero humano que até então vivia sob a égide do absolutismo, forma de governo que não só excluía a participação ou qualquer percepção de governabilidade pelo povo, mas também anulava o desenvolvimento de pensamento crítico, igualdade de tratamento e fomento de conhecimento (BOBBIO, 2004, p. 79).

Os homens nascem livres e iguais em direito e a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais imprescindíveis do homem. Quais são esses direitos? São quatro: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. (TRINDADE, 2002, p. 53)

O seu núcleo doutrinário está contido nos três primeiros artigos que discorrem sobre a formação da sociedade civil, a finalidade da sociedade política e o princípio de legitimidade do poder que cabe à nação, e dentro destes grandes tópicos deixava-se explícito as diretrizes de igualdade, liberdade e fraternidade tão

⁵ Cabe aqui uma crítica ao termo, como falar em liberdade e igualdade, se neste documento a uma forte influência patriarcal em que menospreza e diminui tacitamente o direito da mulher. Apesar da nomenclatura formal dada e irradiada mundialmente, é necessário nos apegarmos que termos também determinam e que por mais inofensivos que possam parecer, poderão ser fundamento da discricionariedade e do íntimo do seu hermeneuta.

⁶ Será utilizado o termo disseminado pela história, mas com a consciência de que se trata de um termo discriminatório que não permitiu que mulheres alcançassem a liberdade e igualdade tão defendidas neste documento.

consagradas historicamente como os ideais dos revolucionários franceses (BOBBIO, 2004, p. 87).

Após este acontecimento emblemático, seguiu-se uma série de transformações que desencadearam a evolução natural dos direitos sociais e paralelamente os direitos humanos. Podendo-se tomar como exemplo a revolução industrial e suas ramificações, a revolução Americana e o consagrado *Bill of Rights*, e a Comuna de Paris de 1871 dentre tantos outros acontecimentos (TRINDADE, 2002, p. 91).

Não há de se negar que a maneira como os direitos humanos foram desenvolvidos nestes diferentes contextos históricos é bem particular a cada época envolvida, visto a peculiar situação política e social de cada momento determinado, o que exigia um diferente tratamento de cada norma e sua devida colocação e interpretação no ordenamento em diferentes fases.

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história demonstra. O elenco de direitos se modificou e continuará a se modificar de acordo com mudanças das condições históricas, ou seja, do carecimento dos interesses da classe dominante. Direitos que já foram considerados absolutos em outras oportunidades sofreram severas limitações nas declarações mais modernas e estas continuaram se transformando de acordo com o passar do tempo (BOBBIO, 2004, p. 18).

Hoje, por exemplo, o direito à vida assume uma importância bem diferente, em sua compreensão e em sua extensão do que anos atrás. Não se deve esquecer que o direito à vida e à liberdade já constavam na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e também na Convenção Europeia de 1950, as quais serão analisadas em seguida, ambos os documentos defendem a vida do ponto de vista contrário ao homicídio internacional, ou seja, à proteção da vida em sua forma mais plena e não a forma extensa que se dá a esta nas declarações, convenções e constituições contemporâneas que não só protegem a forma literal da vida como sua dignidade e fatores que a tornem melhor e mais proveitosa para o indivíduo (BOBBIO, 2004, p. 208).

Os direitos das pessoas, apesar de terem sido considerados como naturais desde o início, não foram concebidos todos de uma vez, vide o caso da extensão

dos direitos políticos que durante séculos foi restringido aos homens ricos e brancos e considerado não natural para mulheres, negros e pobres o que hoje é considerado um absurdo (BOBBIO, 2004, p. 209).

A concepção contemporânea dos direitos humanos com pretensões universais literalmente falando, foi inaugurada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, elaborada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que tinha como pano de fundo o fim da Segunda Guerra Mundial. Composta por trinta artigos estabelecem direitos aos seres humanos aos quais os Estados Nacionais deveriam se comprometer e proteger (BARUFFI, 2009, p. 34)

Tal Declaração objetivava delinear uma ordem pública mundial fundada principalmente no respeito à dignidade da pessoa humana consagrando valores básicos universais. Desde o preâmbulo esta afirma que a dignidade inerente à toda pessoa humana é inalienável. A universalidade dos direitos traduz a ruptura com o legado nazista deixado pós Segunda Guerra Mundial. A dignidade adotada pela Declaração viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos que passaram a integrar o Direito Internacional dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2006, p. 131).

Depois de proclamada, a DUDH desdobrou-se nos pactos internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, e deu origem a uma série de tratados, como as convenções pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966) e de Discriminação Contra as Mulheres (1979), Contra a tortura e Outros Tratamentos ou Punições Cruéis e Degradantes (1984), dos Direitos da Criança (1989) e das Pessoas com Deficiência (2006), entre outros. Documentos em relação aos quais os Estados signatários obrigam-se a desenvolver políticas públicas para implementar suas resoluções e a prestar contas periodicamente sobre os objetivos perseguidos. (BRASIL, 2010, p. 12)

Todas estas Convenções são diretamente decorrentes da própria Declaração de 1948 e configuram o que se chama de núcleo jurídico principal dos direitos humanos nas Nações Unidas, as quais em outras palavras criam os regimes internacionais de proteção à pessoa humana quando acionados, capazes de influenciar e modificar a visão de povos e governos a respeito do tema que será discutido e em seu processo decisório (BARUFFI, 2009, p. 53).

A Declaração foi adotada como um ideal comum que deveria ser alcançado por todos os povos e nações objetivando-se que os indivíduos da sociedade se esforçassem para desenvolver o respeito a estes direitos e promover de maneira progressiva sob o prisma nacional ou internacional o seu reconhecimento e respectiva aplicação (MERCADANTE; MAGALHÃES, 2005, p. 351).

O fundamento da concepção moderna dos direitos humanos consiste em colocar que ao governo cabe respeitá-los, limitando os poderes do Estado, restringindo a sua atuação e lhes obrigando a respeitar a dignidade humana, mesmo que isto acarrete contrariedade aos interesses governamentais (FLEINER, 2003, p. 28).

O documento dependia diretamente deste tratamento universal que era considerado como limitado, uma vez que a aceitação de todas as nações se mostrava como um entrave para a solidificação normativa deste. Esse universalismo foi uma lenta conquista, pois devem sair de ideias filosóficas para serem acolhidas por um legislador, ou seja, passar da teoria para a prática e em seguida estar nutridos de afirmação universal e positiva. No final deste processo os direitos do cidadão terão se transformado, realmente em direitos das pessoas (BOBBIO, 2004, p. 29).

A concepção universalista dos direitos humanos sofreu e sofre forte resistência dos adeptos do movimento do relativismo cultural que se digladiam acerca do alcance das normas de direitos humanos. Pois para esses a noção de direito conecta-se diretamente com o sistema político, econômico, cultural, social e moral de determinada sociedade o que impossibilita essa universalização pois, esta se choca com as individualidades culturais locais. Mas, todavia, segundo a Declaração, seus preceitos são tão gerais e básicos que não há de se negar que sejam universalistas, uma vez que buscam assegurar a proteção universal das liberdades fundamentais e deixa claro que nenhuma concessão é feita às peculiaridades culturais se estas violarem direitos humanos fundamentais (PIOVESAN, 2006, p. 144).

O elenco destes direitos deve ainda estar protegido sob a égide de um sistema judiciário forte, composto por tribunais independentes a fim de não se sujar ao relento de associações políticas ou posicionamentos parciais. Os juízes devem ter a possibilidade de tomar medidas restritivas mesmo contra o próprio Chefe de

Estado, quando este desrespeitar os direitos supracitados. Pois o direito somente é direito quando um juiz pode fixar seu conteúdo, sua extensão e seus limites, bem como tomar as decisões necessárias para sua imposição (FLEINER, 2003, p. 28).

Direitos estes que não bastam estar em vigor e serem executados pela instituição estatal, eles devem ser racionalmente justificados para deste modo a terem uma validade universal, ou seja, válidos e exigíveis em qualquer lugar e a qualquer tempo. Os direitos humanos encontram hoje seu lugar na doutrina do direito, antes de qualquer coisa necessitam de um quadro jurídico normativo para solidifica-los, e não ser confundido com princípios éticos abstratos (BARUFFI, 2009, p. 38).

Depois da Declaração de 1948, pode-se dizer que a proteção dos direitos derivados da dignidade humana passou a ter ao mesmo tempo eficácia jurídica e valor universal, diferentemente de outrora. O indivíduo, por sua vez, de sujeito de direito do Estado nacional passou a ser também sujeito de uma comunidade internacional. (BARUFFI, 2009, p. 37)

A princípio, a enorme importância do tema dos direitos humanos depende do fato deste estar ligado a dois problemas fundamentais da contemporaneidade, a democracia e a paz. O reconhecimento e proteção destes direitos são características unânimes nas constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a sua proteção em cada Estado e no sistema internacional (BOBBIO, 2004, p. 203).

Retrocessos conjunturais e localizados à parte, a história tem mostrado pelo menos em um panorama geral o desenvolvimento moral das sociedades nacionais em direção à universalização dos direitos é tendencialmente irreversível. Não pela existência de força superior ou pelo áureo destino da humanidade. Mas pelo fato de que exceto em face de perda de direitos civis e políticos, aos sujeitos de direito não ocorre abrir mão da titularidade de seus direitos uma vez tendo tomado consciência destes (BRASIL, 2010, p. 14).

1.5 A Convenção Interamericana de Direitos Humanos 1969

O sistema global de proteção aos direitos humanos geraram esforços dignos de comemoração, porém as peculiaridades de cada região do globo exigia uma redução para uma esfera regional e mais específica da realidade sociopolítica e cultural destas regiões. Então os Estados Americanos, exercendo sua soberania adotaram uma série de instrumentos internacionais a fim de construir um sistema interamericano de Direitos Humanos, algo que se aproximasse mais dos Estados membros e tivesse como objetivo a promoção e proteção dos Direitos Humanos.

O processo de criação da citada Convenção e de futuras declarações, envolveu não apenas o aumento dos bens merecedores de tutela, mediante a ampliação dos direitos como também estende a titularidade de direitos pois atinge ao indivíduo, a grupos vulneráveis e a própria humanidade como um todo (PIOVESAN, 1997, p. 201).

No continente americano, a realidade se diferia demais da realidade encontrada na Europa. O continente convivia com dois extremos: ao norte, a América Anglo-Saxônica, composta pelos Estados Unidos da América e Canadá, ambos os países integrantes do primeiro-mundo e membros da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), enquanto, ao sul, os países da América Latina, que compunham o segundo e terceiro mundo, alguns sofrendo com regimes totalitários e à margem do desenvolvimento desejado. Como resultado dessa descompassada evolução, fora a criação tardia, de um organismo capaz de reger as relações sobre direitos humanos no continente (ESSE, 2012, p. 1).

A análise do sistema interamericano de proteções dos direitos humanos demanda um conhecimento histórico das peculiaridades da região a ser estudada. Deve-se levar em conta a situação da desigualdade presente na região, a consolidação da democracia na sua história e se de alguma forma ainda restam resquícios de regimes autoritários que possam de alguma forma interferir no pleno desenvolvimento dos almejados objetivos da Convenção (SCHAFER, 2007, p. 54).

O instrumento de maior importância foi a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica assinada em 1969, entrando em vigor no plano internacional em 1978. O Brasil por sua vez, ratificou o documento em 1992. A Convenção veio para reconhecer e assegurar um rol de direitos civis e políticos como o direito à vida, de não ser

submetido a escravidão, a liberdade , a um julgamento justo, entre outros (SCHAFER, 2007, p. 58).

A Convenção reproduz a maior parte das disposições de direitos constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966. No que se diz respeito aos órgãos competentes para supervisão e cumprimento do disposto na convenção, esta se aproxima um pouco mais do modelo adotado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 (COMPARATO, 2010, p. 379).

Destaque ao direito a personalidade jurídica, o direito à vida, o direito de não ser submetido a escravidão, o direito a liberdade, o direito a um julgamento justo entre outros (PIOVESAN, 2006, p. 227).

Preconizado em seu preâmbulo o dever dos Estados membros expondo:

Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem; Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional; Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos e considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma convenção interamericana sobre direitos humanos determinasse a estrutura. (OEA, 1969)

As questões mais importantes a se diferenciar do texto global seriam as de cunho regional, social e cultural vislumbrando assegurar melhores condições de vida à população bem como um Estado socialmente responsável (ESSE, 2012, p. 1).

A convenção Americana não enuncia de forma específica qualquer tipo de direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos,

mediante a adoção de medidas legislativas e outras medidas que se mostrem apropriadas[...]. (SCHAFFER, 2007, p. 59)

Diante disto fica claro que o principal objetivo é a proteção dos direitos humanos na América, para tanto cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, indicando a adoção de medidas adequadas a proteção destes direitos (PIOVESAN, 2006, p. 231).

Deste modo, o Pacto de San José de Costa Rica, dispõe de validade em território nacional, como norma supralegal, pelo modo em que foi ratificado no Brasil. Segundo orientações do STF nos julgamentos do HC 87.585/TO, do RE 349.703/RS e do RE 466.343/SP, legitimou-se o posicionamento de que os Tratados e as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, aos quais a República Federativa do Brasil adotou, tem status de norma supralegal (ESSE, 2012, p. 1).

O entendimento sobre direitos humanos se fazem fundamentais neste estudo, tendo em vista que normas de direitos humanos internacionais foram a base para incorporação de muitos desses direitos no corpo de diversas constituições contemporâneas os direitos fundamentais efetivados são a busca de um estado Constitucional de direito, a base da teoria do Garantismo.

Ainda que o termo *garantismo* nos remeta ao século XVIII — especialmente ligada a Mario Pagano, para quem o garantismo seria uma teoria voltada à limitação da discricionariedade potestativa do juiz — ou, ainda, aos conceitos reinventados no século XIX, sua incorporação ao mundo jurídico é recente e foi introduzida na Itália na década de 70 e voltada ao direito penal. No entanto, foi FERRAJOLI que propagou a ideia de extensão desta teoria a todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais.

Esta expressão veio publicada, no *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, de Salvatore Battaglia, em 1970, em que são apresentados os seguintes significados, que entre eles se relacionam: 1) Característica própria das mais evoluídas constituições democrático-liberais, consistente no fato de elas estabelecerem dispositivos jurídicos cada vez mais seguros e eficientes a fim de garantir a observância das normas e do ordenamento por parte do poder político; 2) Doutrina político-constitucional que propugna uma cada vez mais ampla elaboração e introdução de tais dispositivos no ordenamento jurídico. (BATTAGLIA, 2002, p. 37)

E apesar de se remeter à ideia de positivismo, em nada se confunde com este instituto. A defesa de tudo que estiver escrito no ordenamento jurídico, não será feita de maneira cega e decisionista, ao contrário, no garantismo são assegurados os princípios constitucionais que protegem todos indivíduos, possuindo sentido de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva.

Dentro dessas condições, será necessário que a estrutura constitucional contenha procedimentos de invalidação e de reparações confiáveis, a fim de se garantir concretude aos direitos normativamente proferidos.

Partindo-se da comprovação da discordância presente entre a normatização estatal e os procedimentos que precisariam estar justificadas nela, a noção de garantismo é, em linhas gerais, a demanda de uma melhor adaptação das ocorrências do mundo do mundo experimental às leis. Nesse contexto, o Estado seria mais garantista quando alcançasse a redução do espaço existente entre o texto legal e a sua efetivação ao mundo prático.

Ao concentrar a parte final de sua obra ao aperfeiçoamento da teoria geral do garantismo jurídico, Ferrajoli utiliza um argumento consistente em solucionar essa contradição entre modelo normativo e prática social com a finalidade de minorar a instabilidade existente nos sistemas jurídicos atuais⁷.

Este padrão seria, para o autor, uma configuração de direito que se atentasse com as perspectivas formais e materiais as quais devem permanentemente existir a fim de que os direitos tenham validade, e teriam, então, estes aspectos a função de trazer a possibilidade de se assegurar todos os direitos fundamentais, de maneira efetiva aos sujeitos de direito.

O paradigma de Estado proposto nasce para readequar a própria ideia de legalidade que, da ideia de submissão do poder público à lei, passa a ser vista como sujeição de todos os poderes do Estado ao Direito; contudo, esta resignação é explicitada a contar do grau de juridicidade superior e vinculante outorgado à Constituição e, acima de tudo, pela inclusão constitucional dos direitos fundamentais.

⁷ Tem-se aqui então a natureza propositiva da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial. (CADEMARTORI, 1999, p. 72)

O Garantismo busca saídas para a instabilidade vivida no Direito, sendo vista sob três óticas: como uma crise da legalidade⁸, uma crise do Estado social⁹, e, por ultimo, uma crise do Estado nacional¹⁰, que traz como resultado uma debilidade no constitucionalismo (FERRAJOLI, 2001, p. 15/16).

Diante disto, aparece, em Ferrajoli, a inquietude com o resgate da esfera democrática do Estado de Direito Constitucional, visto que este resgate pode surgir a partir da compreensão de que a razão jurídica contemporânea dispõe dos benefícios decorrentes dos progressos do constitucionalismo que aconteceram no século XX, os quais autorizaram a composição e organização do Direito como uma estrutura artificial de garantias, constitucionalmente prefixado à proteção dos direitos fundamentais.

Desse modo, Ferrajoli explica que:

Este papel de garantia do Direito tornou-se hoje possível pela específica complexidade da sua estrutura formal, que é marcada, nos ordenamentos de constituição rígida, por uma dupla artificialidade: não só pelo caráter positivo das normas produzidas, que é a característica específica do positivismo jurídico, mas também pela sua sujeição ao Direito, que é a característica específica do Estado Constitucional de Direito, onde a própria produção jurídica é disciplinada por normas, já não apenas formais, como também substanciais, de direito positivo (FERRAJOLI, 1997, p. 93)

No paradigma garantista, não apenas os meios de elaboração de Direito são planejados, como também seus conteúdos materiais, os quais, por intermédio de métodos de garantia, vinculam-se aos princípios e valores constitucionais.

Essa vinculação constitucional gera, na teoria juspositivista clássica, transformações significativas quais sejam:

a) ao se tratar como teoria do direito, modifica-se no que tange a diferenciação entre validade e vigência e instalação de um novo vínculo entre a forma e a materialidade dos julgamentos;

⁸ Ou seja, do valor vinculante associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, com a ausência e ineficiência dos controles. (FERRAJOLI, 1997, p. 15)

⁹ O qual não é efetivado em razão da inadequação estrutural das formas de Estado de Direito assinaladas por caracteres seletivos e desiguais; (FERRAJOLI, 1997, p. 16)

¹⁰ Que se manifesta na troca dos lugares da soberania, na alteração do sistema de fontes. (FERRAJOLI, 1997, p. 16)

b) ao se tratar como teoria política, modifica-se pois admite uma revisão do conceito puro de processo na democracia e a compreensão da sua esfera substancial;

c) ao se tratar como teoria hermenêutica, modifica-se ao redefinir o papel do magistrado e ao reavaliar as circunstâncias e meios como se ocorre sua submissão à lei; e

d) ao se tratar como ciência jurídica, passa a ser não mais meramente descritivo, mas também crítico-criativo no que tange seu objeto.

Nesse linha, a Teoria Geral do Garantismo Jurídico foi elaborada, a partir de três acepções de garantismo: a) garantismo como paradigma normativo de Direito; b) garantismo como uma teoria crítica do direito e c) garantismo como filosofia do direito. É, por óbvio, uma teoria fundada na indecisão, na crítica e na insegurança constante sobre a validade e aplicação das leis num paradoxo com a presumida coesão entre normatividade e efetividade nas estruturas jurídicas.

1.5.1 As três acepções de garantismo

O aperfeiçoamento da teoria geral do garantismo e sua adaptação para outros setores do Direito, além do Direito Penal, permitiu que o termo “garantismo” conseguisse ser compreendido de três formas distintas, mas que se relacionam, sendo elas: um paradigma normativo de Direito; uma teoria crítica do Direito; e, uma filosofia do Direito.

Num primeiro aspecto, garantismo caracteriza um padrão normativo de Direito. Caracteriza-se, também, no âmbito do conhecimento humano, como uma estrutura epistêmica de poder mínimo; no âmbito político, como um método de diminuição das diferenças e potencialização da liberdade e, no âmbito jurídico, como um conjunto de relações colocada aos poderes do Estado em garantia dos direitos fundamentais. Deste modo, Ferrajoli entende o garantismo em graus isto é, um sistema jurídico se identificará como garantista de acordo com o quanto suas práticas implementadas representem a vontade constitucional.

Num segundo aspecto, o garantismo caracteriza uma teoria da validade, da vigência e da efetividade da norma os diferenciando e os relacionando no desenvolvimento da teoria. Nesta direção, o termo garantismo mantém isolados o ser e o dever ser no Direito, ao determinar uma teoria da discordância entre normatividade e realidade ainda sendo os dois vigentes.

Esta teoria apresenta críticas internas, científicas e jurídicas, em um mundo cerceado pelo direito positivo vigente, buscando a legitimação ou não interna do Direito, revelando suas contradições ao invés de dissimular-las. É uma concepção constituída na diversidade entre os paradigmas normativos e as práticas de efetivação e que propicia a deslegitimação interna das normas sem validade.

Por fim, num terceiro aspecto, o garantismo caracteriza uma filosofia política que determina ao Estado e à ordem jurídica o encargo da justificação externa, cuja proteção e garantia formam rigorosamente o objetivo dos dois. Presume, desta maneira, a diferença entre o Direito e a moral, entre validade e justiça, entre a visão interna e externa na valoração das leis para fins de legitimação ética do Direito e política do Estado.

1.5.1.1 O garantismo como modelo normativo de direito

A teoria geral do garantismo como paradigma de Direito, foi constituída na efetivação dos Direitos Fundamentais, com submissão formal e material das técnicas jurídicas aos conteúdos constitucionais. A principal proposta desta teoria está na legitimação do Estado Democrático de Direito como um Estado superior a simples democracia formal, que atinja a democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser considerados, efetivados e assegurados, ante a deslegitimação progressiva das instituições estatais.

O Estado de Direito, sob a ótica de Ferrajoli, tem seu nascimento na diferença elaborada por Norberto Bobbio entre os dois tipos de governo presentes no Estado contemporâneo: o governo per leges e o governo sub leges.

O governo “pelas leis” tem como particularidades: a generalidade da norma¹¹; a imaterialização da lei¹²; e a procedência da norma ocorre da vontade geral, com o propósito de impedir que os governos absolutistas ou autoritários consigam ser considerados Estados de Direito (FERRAJOLI, 1995, p. 855).

O poder “submetido a lei”, por sua vez, possibilita a ultrapassagem da forma legislativa do Estado¹³, o Estado de Direito pode ser unido à percepção de ou validade substancial, a qual exige que as questões de competência e os parâmetros de decisão encontrem-se legalmente prefixado e circunscritos, por meio de obrigações e proibições¹⁴.

Nesse contexto, dá-se o nome de Estado Garantista aos Estados de Direito Constitucionais, precipuamente os que dispõem uma Constituição rígida, que nos níveis normativos superiores exibem limites formais e substanciais a função dos poderes(FERRAJOLI, 1995, p. 856).

Os limites formais são aqueles estabelecidos pelo princípio da legalidade, ou seja, o que infere que todas as ações do poder público são disciplinadas por leis gerais e abstratas e sujeitadas ao controle do Poder Judiciário. Em contrapartida, os limites substanciais evidenciam a funcionalização dos poderes estatais ao serviço da proteção dos direitos fundamentais, a partir da incorporação de proibições para não ferir os direitos e liberdades nas Constituições além das obrigações de se dar efetivação aos direitos sociais, bem como autorizar os indivíduos buscarem, em seu proveito, a tutela judicial.

A noção da relevância dos limites substanciais exigida pela Constituição faz-se necessária na medida em que se percebe.

¹¹ Por estar conectada a todos os indivíduos do ordenamento.

¹² Por instituir particularidades que sirvam a qualquer pessoa

¹³ “Poder sub lege puede por outra parte entenderse em dos sentidos diversos: em el sentido débil, lato o formal de que cualquier poder debe ser conferido por la ley y ejercido em las formas u procedimientos por ella establecidos; [...] En el primer sentido son estados de derecho todos los ordenamientos, incluso los autoritarios o, peor aún, los totalitarios, en los que en todo caso lex fact regem y el poder tiene una fuente y una forma legal;” (FERRAJOLI, 1995, p. 856).

¹⁴ “(...) em el sentido fuerte, estricto o sustancial de que cualquier poder debe ser limitado por la ley, que condiciona no sólo sus formas sino también sus contenidos. en el segundo sentido, que implica el primero, lo son por el contrario sólo los estados constitucionales – y, en particular, los de constitución rígida como és típicamente el italiano -, que en los niveles normativos superiores incorporam limites no sólo formales sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder.” (FERRAJOLI, 1995, p. 856)

Portanto, um Estado garantista ideal nada mais é do que um Estado de Direito consideravelmente democrático, ou seja, composto de garantias efetivas. Este novo Estado Democrático de Direito tem como particularidade a constitucionalização de direitos naturais, existente nas diferentes declarações de direitos e garantias, cujo exercício e posse por parte da população carecem ser garantidos a fim de se impedir o abuso de poder por parte dos governantes. Tais direitos que são designados essenciais, abrangem tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais e passam a operar como limites substanciais ao exercício do poder¹⁵.

Ferrajoli faz uma diferenciação entre legitimidade formal e legitimidade substancial, as diretrizes de condições formais (legitimação formal) versam de competências e mecanismos formais, enquanto as diretrizes das condições substanciais (legitimidade substancial) asseguram os direitos fundamentais dos cidadãos. A ofensa às primeiras condições gera a não vigência das normas, ao mesmo tempo em que a não efetivação das segundas ocasiona a invalidade das normas, podendo, assim, subsistir normas vigentes, mas inválidas, já que se encontram de acordo com as diretrizes formais e opostas as substanciais¹⁶.

Assim, o Estado de Direito garantista, entende-se como uma estrutura de restrições substanciais impostas aos poderes públicos, objetivando assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos. As constituições contemporâneas, não obstante, além dos direitos clássicos de liberdade, têm admitido outros direitos fundamentais, como o direito, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à educação entre outros.

¹⁵ “Isso decorre de: Al mismo tiempo un problema que es común a todas las democracias avanzadas: la creciente anomia del estado contemporáneo, generada, de una parte, por la masiva expansión de sus funciones – y de los correlativos espacios de discrecionalidad – en la vida social y económica, y, de otra, por la reducción de la capacidad regulativa del derecho, a inadecuación y la falta de efectividad de sus técnicas de garantía y por la tendencia del poder político a liberarse de los controles jurídicos y a desplazarse a sedes invisibles y extra-institucionales.” (FERRAJOLI, 1995, p. 10)

¹⁶ “Condiciones formales y condiciones sustanciales de validez forman el objeto de dos diversos tipos de reglas: las reglas sobre quién puede y cómo se debe decidir, y las reglas sobre qué se debe y no se debe decidir. Las reglas del primer tipo hacen referencia a la forma de gobierno, las del segundo, a la estructura del poder. De la naturaleza de las primeras depende el carácter políticamente democrático (o, por el contrario, monárquico, oligárquico o burocrático) del sistema político; de la naturaleza de las segundas depende el carácter de derecho (o, al contrario, absoluto, totalitario o bien más o menos de derecho) del sistema jurídico.” (FERRAJOLI, 1995, p. 858)

Estes direitos conhecidos como sociais, instituem expectativa de conduta alheia, as quais constituem obrigações, ou deveres públicos de fazer. Há, por conseguinte, uma abrangência da percepção liberal de Estado de Direito para, através da vinculação de obrigações que exigem prestações positivas, constituir-se o Estado de Direito social.

Deste modo, o Estado garantista tem por finalidade a expansão dos direitos dos indivíduos e das obrigações do Estado, através da maximização das liberdades e viabilidades de minimização dos poderes públicos¹⁷. Tal paradigma normativo se fundamenta a partir do princípio da legalidade a qual o autor chamou de “estrita legalidade” ou validade substancial, pois requer da lei que esta conserve a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela estabelecido.

Ademais, o Estado de Direito resta particularizado pela convergência de funcionamento de todos os poderes do estado em busca da garantia dos direitos fundamentais, agregados às Constituições de modo a proibir ofensas a direitos de liberdade e obrigações de efetivar os direitos sociais¹⁸.

Assim, a óptica garantista de Estado de Direito adapta-se sobre um paradigma de legitimidade substancial no qual o mesmo é restringido ao seu poder, qual seja o dever de obedecer um rol sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivados.

1.5.1.2 Garantismo como teoria crítica do Direito

Além de ser um modelo de estrita legalidade, o sistema garantista pode ser visto perante um conceito crítico, adotando uma teoria da divergência entre

¹⁷ “Un proyecto de democracia social forma por tanto um todo único com el de un estado social de derecho: consiste en la expansión de los derechos de los ciudadanos y, correlativamente, de los deberes del estado, o, si se quiere, en la maximización de las libertades y de las expectativas y en la minimización de los poderes.” (FERRAJOLI, 1995, p. 866)

¹⁸ “Con una fórmula sumária podemos representar a semejante ordenamiento como estado liberal mínimo y a la vez como estado social máximo: estado (y derecho) mínimo en la esfera penal, gracias a la minimización de las restricciones de las libertades de los ciudadanos y a la correlativa extensión de los límites impuestos a sua actividades represivas; estado (y derecho) máximo en la esfera social, gracias a la maximización de las expectativas materiales de los ciudadanos y a la correlativa expansión de las obligaciones públicas de satisfacerlas.” (FERRAJOLI, 1995, p. 866)

normatividade e realidade, a qual aborda o direito válido e efetivo como categorias diversas não apenas entre si, como também pela existência ou vigor das normas.

Ou seja, é necessário que se veja claramente a relevante diferença traçada entre vigência, validade e eficácia das normas. Tal diferenciação é indispensável diante da justificação teórica garantista, a qual defende a legitimidade jurídica substancial das normas inferiores, ou seja, sua lealdade às normas proeminentemente também em conteúdo, e não só quanto à forma¹⁹.

O garantismo caracteriza uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como classes dissemelhante não só entre si, mas, ainda, pela “existência” das normas, ou seja, enfatiza uma discordância entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes; e, ainda, determina uma distinção entre ser e dever ser no Direito, distinção está centralizada na discordâncias entre os paradigmas normativos (tendencialmente garantista e, desse modo, válidos, mas ineficazes) e as técnicas eficaz vigentes (tendencialmente anti-garantistas e, portanto, inválidas mas eficazes)²⁰.

A valorização da forma e a não diferenciação dos conceitos de vigência e validade são oriundas do positivismo jurídico, bem estruturado na teoria pura do direito de Hans Kelsen. A base desta teoria está no conteúdo unicamente formal da pirâmide normativa, sem que ocorra qualquer incorporação material ou de valor entre seus integrantes, apenas uma organização lógica. Conforme a teoria pura do Direito, a norma que configura o alicerce de validade de uma outra norma é, em relação a esta, superior no sentido hierárquico²¹.

Cabe frisar, que uma norma jurídica não é válida por deter um conteúdo definido, mas sim por ser elaborada de uma forma precisa, pela norma essencial

¹⁹ Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. (FERRAJOLI, 2006, p. 786)

²⁰ Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro e certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. (FERRAJOLI, 2006, p. 786)

²¹ Kelsen fez das normas jurídicas o seu objeto de estudo na busca pela construção de uma teoria puramente formal e pretendia abstrair da teoria do Direito todos os aspectos morais, sociológicos, religiosos, afeitos à justiça, preocupando-se unicamente com o que dispunham as leis e as demais normas jurídicas formuladas e positivadas pelo Estado e, portanto, sendo fiel ao seu objeto. (ROSA, 2003. p. 42-44)

pressuposta. Trata-se da concepção de Kelsen: Uma norma jurídica não tem validade porque tem um determinado conteúdo, ou melhor, porque o seu conteúdo pode ser inferido por uma via de um silogismo lógico do de uma norma essencial presumida, mas porque é elaborada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma definida por uma norma essencial presumida (KELSEN, 1979, p. 54).

Como uma teoria crítica do Direito, o garantismo busca redirecionar as classes tradicionais das normas jurídicas, excedendo o conceito de Direito do positivismo de Kelsen. Com certeza, a partir da concretização de princípios na Constituição, ficaram definidas normas pertinentes à elaboração legal não limitada apenas a suas condições formais, mas precipuamente ao seu conteúdo.

Neste sentido, o garantismo, na qualidade de positivismo crítico, perfaz os conceitos de Direito e norma ao elaborar um novo componente ao conceito de validade, qual seja, a compatibilidade com a raciocínio material do ordenamento jurídico²².

É fundamental o entendimento, no garantismo jurídico, a diferença entre vigência da norma de direito, ou seja, sua harmonização à forma previsível na ordem jurídica eminente e a da sua validade, ou seja, sua harmonização o aos princípios e valores norteadores da estrutura jurídica²³.

No entendimento garantista, refere-se de dois conceitos contrários e autônomos entre si: a vigência preserva vínculo com a forma dos atos normativos, é uma questão de integração ou de equivalência das formas dos atos que criam as normas com as prescritas pelas normas formais sobre sua validade; a validade ao tratar da acepção é, ao contrário, uma questão de congruência ou de conformidades das normas desenvolvidas com caráter material sobre sua elaboração.

O paradigma do Estado constitucional de direito só poderia ser esta dupla submissão do direito ao direito, que abala ambas as esferas do elemento normativo:

²² A sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a Constituição. (FERRAJOLI, 1997, p. 100)

²³ “E a validade já não é, no modelo constitucional-garantista, um dogma ligado à mera existência formal da lei, mas uma qualidade contingente ligada à coerência – mais ou menos opinável e sempre submetida à valoração do juiz – dos seus significados com a Constituição.” (FERRAJOLI, 1997, p. 101).

a vigência e a validade, seja na forma e na substância ou na legitimidade formal e na legitimidade substancial.

Na visão garantista, a legitimação do Estado de Direito Constitucional poderá ser diplomada a partir da longitude entre as promessas normativas e a formalidade efetiva do ordenamento, bem como da articulação dos métodos garantistas produzidas para a redução dessa distância.

Desta forma, a legítima função do Estado de Direito firma-se nas garantias determinadas pelo ordenamento jurídico aos direitos essenciais nele enumerados, de tal modo que as mencionadas garantias instituem-se em normas de sobredireito anunciadas em amparo da eficácia da normatividade essencial²⁴.

1.5.1.3 Garantismo como filosofia política

Ainda, o mesmo autor apontou um terceiro significado para o garantismo penal, baseando-se na filosofia do direito e a crítica da política, levando a uma visão externa da teoria, que pressupõe o Estado laico e a separação entre direito e moral, validade e justiça, “ser” e o “dever ser” do direito, ao presumir a partição entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito²⁵.

O ponto de vista externo retrata os valores extra ou pré-jurídicos “constituintes” ou mesmo as necessidades inerentes aos indivíduos e ao coletivo, cuja satisfação equivale a fundamentação das estruturas jurídicas e políticas.

Por conseguinte, o Estado Constitucional de Direito, deve amoldar-se às necessidades externas a ele, manter seu caráter instrumental e livrar-se de teorias que se idealizam como fontes de legitimação de Direito e que desconsideram o dever ser político, isto é, o Estado de Direito deve ser politicamente fundamentado

²⁴ “[...] tarefa científica do jurista valorar a validade ou a invalidade das normas, conforme os parâmetros formais e substanciais estabelecidos pelas normas jurídicas de nível superior” (FERRAJOLI, 1995, p. 874).

²⁵ Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Nesse último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laca da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, ou mesmo entre “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2006, p. 787).

por propósitos plenamente externos a si mesmo, na forma determinada nas constituições, contudo, sempre satisfeitas de modo inevitavelmente incompleta. Tal escassez deve-se à não efetivação total dos fins e valores fundamentais e, em consequência, acarreta a intransigente imperfeição da legitimidade política do poder no Estado de Direito²⁶.

A teoria do garantismo jurídico se manifesta como um dispositivo para atribuir ao Estado a capacidade de tornar eficaz sua concepção e suas normas instituidoras, enquanto uma estrutura jurídica-política de alta legitimação resultante da diminuição do poder do Estado e da eliminação do direito ilegítimo por meio de uma prática aberta aos valores do ponto de vista externo.

Nota-se que o garantismo é um modelo normativo de direito, estruturado a partir do princípio da legalidade, podendo ser caracterizado pela limitação do poder estatal ao elaborar e aplicar leis, tendo em vista que deve respeitar um sistema de direitos e garantias que regem as vidas dos indivíduos.

Além disso, esse modelo é traçado na validade e efetividade das normas distintas não só entre si mas também pela existência ou vigor delas, intervindo como uma filosofia de política externa que determina ao Estado o encargo de obter o objetivo da lei penal.

Pode-se observar o surgimento de inúmeras preleções objetivando definir os limites e formas do poder estatal, destacando-se métodos que recaiam na aplicação da constituição e na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. É sob este viés surge o garantismo:

O garantismo não prescinde dos valores substanciais; antes configura-se como uma técnica destinada a satisfazê-los, selecionando-os, explicitando-os e incorporando-os normativamente na forma positiva de lei, como condições de legitimação jurídica das proibições e das penas e, com isso, como fatores de minimização do poder punitivo legítimo. (FERRAJOLI, 2002, p. 371)

²⁶ Consiste esencialmente en esta fundamentación hétero-poyética del derecho (...) Precisamente, consiste, por una parte, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y, del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos del punto de vista ético-político o externo, virtualmente orientado a su crítica y transformación; por otra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del estado, dirigido únicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales. (FERRAJOLI, 1995, p. 884)

Com base em todos os conceitos apresentados por Ferrajoli, é possível concluir que a teoria do garantismo visa não só a proteção, mas também – e principalmente – a efetivação no campo material dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente aos cidadãos, agindo como uma forma de política na qual se procura manter a mínima intervenção do Estado no sistema normativo.

1.6 Elementos da teoria geral do garantismo

Esses três significados de “garantismo” têm, segundo Ferrajoli, um alcance teórico e filosófico geral, posto que delineiam os fundamentos de uma teoria geral do garantismo, que tem como principais conjecturas metodológicas:

- a desvinculação entre Direito e moral e a natureza vinculada dos poderes no Estado de Direito;
- a diferença entre validade e vigência²⁷;
- a diferença entre ponto de vista ético-político e ponto de vista jurídico²⁸;
- a diferença entre democracia formal e democracia substancial;
- a probabilidade de deslegitimação da norma, pelo registro do direito inválido;
- a correlação entre direitos fundamentais individuais e sociais.

Desta forma, apesar de o garantismo jurídico ter seu início ligado ao Direito Penal, progrediu para atingir foros de Teoria do Direito. Luigi Ferrajoli elaborou quatro perspectivas fundamentais para a teoria garantista:

- a reformulação da teoria da validade, que recomenda uma distinção entre validade/material e vigência/formal das normas jurídicas;
- a reconhecimento de uma dimensão substancial da democracia, extrapolando a natureza meramente procedimental desta;

²⁷ Ocasionalmente pelos desníveis de normas e um determinado grau inflexível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível ífero, a partir do da reconhecimento dos direitos fundamentais;

²⁸ O sistema político-jurídico aberto, definido por permuta estáveis com seu ambiente e a flexibilidade ao ponto de vista externo e axiológico;

- Um novo modo de ver a dependência à lei simplesmente por ser lei - aspecto formal - tentando que esta dependência se dê somente quando ligado a forma e o conteúdo das normas;
- a importância da ciência jurídica, cujo papel deixa de ser unicamente de descrição e passar a delinear críticas e de projeção para o futuro.

Estes elementos, com certeza, podem ser deslocados para os outros campos do ordenamento, sendo possível para estes, formular, com relação a outros direitos essenciais e a outros métodos e parâmetros de legitimação, paradigmas de justiça e paradigmas garantistas de legalidade – de direito civil, constitucional, administrativo, infância e juventude – organizados idênticos àquele formulado para o direito penal.

A teoria geral do garantismo, além de alicerçar uma crítica ao positivismo, lança do mesmo modo críticas às ideologias, sejam elas de natureza jusnaturalista ou ético-formalista, as quais embaraça, no campo político externo, a justiça com o Direito, bem como as doutrinas jurídicas, tanto as normativistas quanto as realistas, que embaraçam, no campo jurídico interno, a validade com a vigência ou, ainda, a efetividade com a validade.

A teoria do garantismo jurídico tem como finalidade garantir os direitos fundamentais dos cidadãos e, para tanto, propicia dispositivos de restrição do poder estatal, os quais enjeitam a arbitrariedade e o subjetivismo, fixando, ainda, a subjugação e a amoldamento das normas infraconstitucionais à Constituição da República²⁹.

Assim sendo, em decorrência da supremacia concedida aos direitos positivos nas matérias em Constituições rígidas, como a brasileira de 1988, e do princípio da legalidade, a que todos os poderes estão subordinados, emerge a importância de se assegurar esses direitos a todos.

Ao fixar o problema da eficácia dos direitos numa esfera jurídica, e, num sentido mais amplo, numa esfera política, admite-se que tal debate abrange necessariamente as restrições do poder e segue por uma reestruturação dos

²⁹ Assim, pra evitar complicações, o garantismo apresenta a redefinição de conteúdo tradicionais, sendo que são vigentes quando editadas em consonância com o processo legislativo, ou seja, com a devida justificativa de vigência, conferido em face da norma superior, conservando ao termo validade a característica da pertinência subjetiva material com as normas estabelecida no nível eminente, desbordando a pertinência exclusivamente formal, enquanto a eficácia, por sua vez, ficaria condicionada à observância. (ROSA, 2003, p. 47)

fundamentos de Estado, Direito e democracia, enquanto dispositivos de defesa do indivíduo contra o arbitrário e a injustiça.

Percebe-se, então, que a teoria garantista é vista como um mecanismo para efetivação da proteção dos direitos fundamentais e que objetiva concretizar os fundamentos de Estado Democrático. Além disso, tem o princípio da dignidade da pessoa humana como a base não só desta teoria, mas do próprio Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO II - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EFICÁCIA DO DIREITO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Neste capítulo, dar-se-á continuidade a explanação sobre como a evolução de um país para o estado constitucional de direito possibilita a efetivação de direitos sociais. Para tanto, far-se-á uma evolução histórica das principais concepções de Estado. Parte-se da ideia do que é estado liberal de direito, seu legado e as cominações de suas diretrizes no Estado contemporâneo para, em seguida, tratar da concepção do estado social de direito, a importância dos movimentos sociais e o deslocamento da concepção individualista de centralidade política para uma concepção social.

Em seguida, serão apresentadas as ideias de estado democrático de direito e de estado constitucional de direito, em que se verificará o objetivo desta evolução do Estado para a sociedade: a importância em se efetivar direitos sociais até então formalmente reconhecidos e demonstrar a necessidade de uma constituição rígida como fundamento supremo para concretização dos direitos sociais num modelo político-institucional.

Também serão analisados os conceitos de validade, vigência, eficácia, efetividade e eficiência no Estado Constitucional de Direito, tudo a partir da matriz teórica garantista, problematizando-os e propondo uma caracterização diversa das categorias tradicionais. E em um segundo momento, de forma mais aprofundada a eficácia das normas constitucionais. Será estabelecida uma ligação entre a eficácia jurídica e social das normas constitucionais. E iniciar a relação entre eficácia e a efetivação dos direitos sociais pelos Poderes Estatais e, em especial, o Poder Judiciário.

Para conclusão deste capítulo, elabora-se, uma análise sobre a justiciabilidade dos direitos sociais como um todo a fim de efetivá-los e sobre a constitucionalidade de decisões sobre esse tema pelo Poder judiciário al[em de identificar o dever constitucional do Poder Judiciário na concessão de direitos sociais no controle difuso de constitucionalidade

2.1 A evolução histórica de estado

Trata-se no presente estudo, de forma sucinta, os fragmentos da composição moderna de Estado até os dias atuais, chegando ao modelo do Estado constitucional de direito, que apresenta, como peculiaridade centrada, a assertiva da força normativa da constituição como carta que engloba vínculos designados para o uso do poder estatal.

Inicia-se da percepção de Estado moderno transcorrendo pelo surgimento do Estado liberal e social de direito para, enfim, trazer a concepção de Estado democrático de direito e Estado constitucional de direito.

2.1.1 O Estado Liberal de Direito

Atualmente, compreende-se o Estado como ente subordinado a normas específicas e cuja configuração, restrições e determinações situam-se em uma carta legal que o estabelece, ou seja, uma constituição.

Esse paradigma de Estado, não obstante, apresenta, em seu corpo histórico, um avanço gradativo, objeto de inúmeros conflitos de convicções até a chegada ao formato atual. Para que se compreenda organização atual é primordial que haja uma sucinta abordagem histórica na evolução da definição de Estado de direito.

O Estado de direito se consagrou com a assertiva do princípio da legalidade tal como meio restritivo de poder, o que sucedeu ante a atuação liberal para introduzir a ideia de Estado, especialmente, com a Revolução Francesa de 1789. Mesmo que a estruturação deste modelo ter suas primícias anteriores à instauração da república na França. Diante disso, porém, primeiro é necessário registrar outro modelo de Estado que prevalecia até então.

A organização do Estado moderno, no final da idade média, mostrou-se a princípio como um modelo de molde absolutista, em que a concentração do poder, componente qualificador do Estado moderno, encontrava-se vigente na imagem do monarca, a quem competiam as decisões pertinentes a questões públicas. Nesta fase, o Estado, como instituidor do direito, não se sujeitava a ele: o poder era

praticado conforme os interesses do soberano e as medidas por ele tomadas teriam que ser acatadas.

O Estado Absolutista foi destacado pela existência de um “mundo de privilégios da feudalidade decadente” já no século XVIII (BONAVIDES, 2004, p. 42), os quais, conjuntamente com os poderes da coroa, a burguesia (classe média) revolucionária, mais tarde, derrubaria com a Revolução.

O acontecimento histórico considerado como referência da derrubada do regime absolutista foi a Revolução Francesa, vigorosamente motivada pelas teorias liberais, especialmente as teorias de Locke e Montesquieu, que auxiliariam como suporte para o advento do novo modelo de Estado. Ainda que não tenha sido o fato histórico inicial inspirado pelas ideologias liberais, a Revolução Francesa foi um dos mais relevantes e de consequências mais profundas e fundamentais para a concepção da ideia de um Estado de direito.

Com a reivindicação de uma autoridade que respeitasse essencialmente a liberdade dos cidadãos e que evitasse a concessão de regalias, tais como eram atribuídos à nobreza, nascia a Revolução Francesa em 1789.

A fragilidade do modelo absolutista acarretou na abertura de um novo modelo de Estado, com novas reivindicações e que detinha como propósito não mais a submissão do súdito ao arbítrio ou propensões do soberano, e sim a submissão do cidadão a regência das leis oriunda de uma assembleia da qual atuavam (pelos menos de modo indireto). Desta forma, ocorreu a estabilização das teorias liberais que surgiram para instituir o novo modelo de Estado presente.

A estabilização deste modelo e seus preceitos estabeleciam que o Estado possuísse uma conjunto normativo em função da qual o próprio poder político ficaria restrito, ou seja, obrigou-se que a política passasse a ser o exercício de uma ação legalmente regulada, o que acarretou na formação da ideia do Estado de direito³⁰ (BONAVIDES,2004, p. 41).

³⁰ Foi assim – da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção de Estado de Direito, mediante um ciclo de evolução histórica e decantação conceitual [...] A pugna decide-se no movimento de 1789, quando o direito natural da burguesia revolucionária investe no poder o terceiro estado. (BONAVIDES, 2004, p. 41)

Essa exteriorização do Estado de direito era marcada sobre uma concepção acima de tudo liberal, que reivindicava a conservação da força do Estado à liberdade do cidadão baseada no princípio da legalidade e, desse modo, submetendo as funções do Estado ao arbítrio de uma assembleia legislativa da qual atuavam os cidadãos.

Ocorreu, assim, a transmissão da centralização das decisões das mãos do soberano, assim como havia no modelo absolutista de Estado, para a norma, ato da assembleia legislativa³¹ (CANOTILHO, 2003, p. 95).

A efetivação do Estado jurídico, calcado nas teorias liberais, surgiu perante a indispensabilidade de possibilitar um quadro que assegurasse o respeito à legalidade e os direitos naturais do homem. A restrição ao poder do Estado caberia, de maneira muito significativa, à técnica de fragmentação dos poderes, ou seja, serviria aos órgãos estatais que, possuindo suas funções desiguais, limitar-se-iam mutuamente.

Ou seja, a ideia liberal foi agregada ao Estado e, desde então, “apresenta-se como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua atuação cotidiana” (STRECK; MORAIS, 2001, p. 91).

A assertiva de que só a autoridade legislativa é hábil para definir a norma jurídica que irá garantir o amparo do sujeito que guiou o foco da obrigação restritiva para o Legislativo, o que levou ao acontecimento de sua ‘primazia’ em correlação aos demais órgãos do Estado.

Essa demonstração do Estado legal, forjado no ideário liberal, ergueu-se como modelo utilizando-se também do fundamento de uma nova potência soberana: a ideia de povo soberano propenso a proteger a sua liberdade natural.

Contudo, com a concretização deste novo modelo de Estado, o anseio pela universalização da democracia foi tão somente declarado, sem que se efetivasse de

³¹ “A primazia da lei servira para a submissão ao direito do poder político ‘sob um duplo ponto de vista’: (1) os cidadãos têm a garantia de que a lei só pode ser editada pelo órgão legislativo, isto é, órgão representativo da vontade geral (cfr. Déclaration de 1789, artigo 6º); (2) em virtude de sua dignidade – obra dos representantes da Nação – a lei constitui a fonte de direito hierarquicamente superior (a seguir às leis constitucionais) e, por isso, todas as medidas adotadas pelo poder executivo a fim de lhe dar execução deviam estar em conformidade com ela (princípio da legalidade da administração).” (CANOTILHO, 2003, p. 95-96).

na prática, fato que ocorreu devido à limitação ao voto, já que este direito convergiu às mãos de uma classe. (CHAUÍ 1997, p. 404)

Nesta perspectiva, as constituições liberais diferenciavam-se por seu sintetismo, alicerçada, principalmente, na preocupação de manter o campo intangível da iniciativa privada (BONAVIDES, 1997, p. 204).

Posteriormente, mudança da soberania para o povo passou a ser o objetivo perseguido pelo modelo do Estado social de direito, que integrou do mesmo modo o aspecto social às constituições. Desde a metade do século XIX, instauraram mudanças na concepção liberal de Estado, redirecionando suas obrigações e inserido, além da conservação da paz e da segurança, algumas funções (prestações públicas) que teria de ser concluída.

O modelo liberal viu-se diante às necessidades apresentadas pelo ideal socialista que exigiam maior isonomia econômica e social, para além da isonomia ante a lei, manifestada na totalidade das leis resultantes das ideologias liberais. Nasceu assim o Estado social de direito.

2.1.2 O estado social de direito

O Estado de direito padece, logo, de uma modificação: na ideia extremadamente individualista de convergência política passa-se a uma idealização social, ou seja, “desloca-se a idéia política da polaridade individual para a polaridade social”. (BONAVIDES, 1997, p. 190).

As reivindicações de educação, saúde, habitação e trabalho, anunciadas pela ideologia socialista, surgiram para fortalecer, no início do século XX, o que se denominou de Estado do Bem-Estar Social, encarregado de estimular melhores condições de vida aos cidadãos. No século XIX, o modelo liberal se desenvolveu e ocorreu várias mudanças nas estruturas econômica, social e política da Europa. Em decorrência disso, colocou-se fim à escravidão, intolerância religiosa, iniciou-se a liberdade de expressão e livre-associação; a educação foi estendida; o voto se estendeu e culminou na universalização; constituições escritas foram produzidas; o

governo representativo firmou-se como padrão; e, ainda assim, avalizou-se o livre comércio etc. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 58).

Com a demarcação da ação do Estado, de acordo com o ideal liberal, a um espaço limitado, logo apareceram populações inteiras ignoradas em suas carências materiais, o que culminou na exigência ao direito a igualdade, desta vez, material e à exigência de que o Estado contribuísse efetivamente a fim determinar a igualdade social. De tal maneira que apenas com sua implementação se exerceria a liberdade pelo indivíduo³²(BONAVIDES,2004, p. 60-61).

O Estado liberal via como cidadãos os homens livres e abastados, o que valeria dizer que homens pobres e não-livres eram os que não detinham propriedade privada. Assim, estavam afastados do poder político tanto os assalariados como também as mulheres, que eram a maioria da população.(CHAUI, 1997, p. 403- 404).

A inserção dos não detentores de bens como integrantes do processo político-eleitoral gerou uma sensibilidade por parte dos governantes em acatar as exigências sociais.

Conforme o voto se estendia a novas camadas sociais, os partidos políticos passaram a surgir, em busca de votos para que pudessem governar na maneira que apresentavam ao eleitorado, tornando os governos sensíveis às exigências populares, o que impõe um deslocamento na ideia de Estado Mínimo para a ideia de intervenção do Estado em locais até então característicos da iniciativa privada (STRECK, MORAIS, 2001, p. 59-60).

O espaço de interferência da ação estatal manifesta-se por meio de leis de pobreza para resguardar os carentes; oficinas públicas para solucionar o desemprego; leis trabalhistas sobre trabalho, à segurança do trabalho, promovendo movimentos de liberdade e autonomia.

O Estado, então, agrega certas funções, apresentadas em prestações positivas a serem obtidas com a intenção de implementar a igualdade social, para

³² No liberalismo, o valor liberdade, segundo Vierkandt, cinge-se a exaltação do indivíduo e de sua personalidade, com a preconizada ausência e desprezo da coação estatal [...] Leva Vierkandt seu pensamento as últimas conseqüências ao afirmar que seria correto o conceito de liberdade do liberalismo se os homens fossem dotados de igual capacidade. Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob o manto da abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais -, termina 'a apregoada liberdade como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, a liberdade de morrer de fome. (BONAVIDES, 1997, p. 190)

que o Estado social de direito se revele num tipo de Estado que penda a instituir o bem estar geral que permita o desenvolvimento de seu cidadão” (SILVA, 2003, p. 115).

O conflito que se gerou nas buscas de concordância entre o Estado liberal, em crise, e o Estado social, em ascendência, tornou-se grande. A tentativa de composição entre as leis constitucionais extremamente liberais e a coletividade, a princípio, provocava o sacrifício das teses egocêntricas. Tal conflito ideológico esbarrou na concordância com a introdução de métodos programáticos incluso nas normas constitucionais, concepção esta cuja maior manifestação foi a Constituição da República de Weimar.

Tinha-se receio que a constituição deixasse a sua natureza jurídica de vinculação ao trazer normas programáticas em seu conteúdo, perdendo sua força normativa e passando a ser mera sugestão política. A Constituição de Weimar, com suas dúvidas, proporcionou, por via programática, a primeira brecha para os direitos sociais.

É possível afirmar que, no constitucionalismo contemporâneo, há a disputa para se confirmar a força normativa ou não das normas programáticas, por ser necessário adotar a eficácia destas normas a fim de que seja confirmada a natureza jurídica de uma constituição, já que toda constituição é dotada de força cogente³³ (BONAVIDES, 1997, pp. 211-212).

As lutas da população amplificaram os direitos civis: a participação política, o controle do Estado por intermédio de instituições sociais e o direito à informação, entre tantos outros e com isso geraram os direitos sociais e os direitos das minorias ampliando o regime democrático e certificando as brechas ao direito social, seja pela elaboração de novos direitos, seja pela expansão dos direitos já existentes.

2.1.3 Estado Democrático de Direito e Estado Constitucional de Direito

³³ “Atribuindo-se eficácia vinculante à norma programática, pouco importa que a Constituição esteja ou não repleta de proposições desse teor, ou seja, de regras relativas a futuros comportamentos estatais. O cumprimento do cânones constitucionais pela ordem jurídica terá dado um largo passo à frente. Já não será fácil com respeito à Constituição tergiversar-lhe a aplicabilidade e eficácia das normas como os juristas abraçados à tese antinormativa, os quais, alegando programaticidade de conteúdo, costumam evadir-se ao cumprimento ou observância de regras e princípios constitucionais. [...] Afigura-se-nos que a compreensão correta das normas programáticas como normas jurídicas contribui consideravelmente para reconciliar os dois conceitos da histórica crise constitucional de dois séculos: o conceito jurídico e o conceito político de Constituição.” (BONAVIDES, 1997, p. 211-212).

O cuidado com o social incorporado ao Estado não tornou-se apto para apresentar resposta ao problema da igualdade, visto que este foi criado no conceito liberal de Estado de direito, na totalidade das leis, como componente formal e abstrato que não acarreta uma transformação da realidade social no que tange à efetivação da igualdade. Assim, obteve relevância a preocupação de incrementar a participação pública no processo de decisão e na composição dos atos de governo, ao buscar uma participação equitativa. Desenvolve-se, portanto, a preocupação de como se caracteriza a democracia no Estado.

A transformação que ocorreu no conceito de Estado liberal de direito não se limitou ao papel a ser exercido pelo Estado, que com a associação do componente social passou a efetivar-se algumas prestações de cunho positivo, assim como gerou a procura por ampliação da participação popular na máquina pública e, por consequência, na reformulação no conceito de lei³⁴ (STRECK; MORAIS, 2001, p. 92).

Isto passou a compreender a função ideal de modificação da realidade, em razão da abertura que a democracia moderna expõe para a expansão dos direitos já existentes, assim como para a elaboração de novos direitos. O aspecto democrático leva em importância a abertura do campo social para a expansão de direitos.

Ao se procurar o ideal democrático, a confirmação democrática do poder ocorreu pela efetivação do princípio da soberania popular, segundo o qual se autorizaria a idêntica participação na elaboração da vontade do Estado. E, por assim ser, isso provocou a busca da participação da população na coisa pública, ou seja, a busca da abertura de um processo eficaz de integração de toda a população da fiscalização das decisões³⁵ (CHAUI, 1997, p. 433).

³⁴ Se desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma oposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do status quo. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 92)

³⁵ Chauí aponta dois traços próprios que diferenciam a democracia de todas as formas sociais e políticas: 1. A democracia é a única sociedade e o único regime político que considera o conflito legítimo. Não só trabalha politicamente os conflitos de necessidades e de interesses (disputas entre os partidos políticos e eleições de governantes pertencentes a partidos opostos), mas procura instituí-los como direitos e, como tais, exige que sejam reconhecidos e respeitados. Mais do que isso. Na sociedade democrática, indivíduos e grupos organizam-se em associações, movimentos sociais e populares, classes se organizam em sindicatos e partidos, criando um contra-poder social que, direta

O Estado democrático de direito transforma a natureza do princípio da legalidade, se equiparado com aquele que gerenciava o Estado de direito clássico. Neste contexto, a lei determinaria a igualdade por ter como atributo a universalidade, assim sendo geral seria norma para todos. A generalidade legal e a tendência abstencionista do Estado, atributos do Estado liberal de direito, decorreram em desigualdades materiais, bem como foi especificado no ideal Estado social de direito, existindo a necessidade de que as normas efetivassem intervenções com a finalidade que fosse modificada a condição concreta da sociedade³⁶.

No Estado democrático de direito, a lei deve buscar a alteração de situações concretas com vistas à igualdade. Assim, a lei veio a ter, sobretudo, a função de concretização dos valores socialmente estabelecidos nas constituições e, assim sendo, a de implementar reais modificações³⁷.

Dentro deste contexto, do mesmo modo se evidencia o Estado constitucional de direito que, para além do Estado de direito clássico, é caracterizado pela a supremacia da constituição mas, em especial, dos direitos fundamentais, independentemente de sua natureza; a consagração do princípio da legalidade como a real submissão dos poderes públicos à ordem jurídica; e a 'organização dos

ou indiretamente, limita o poder do Estado; 2. a democracia é a sociedade verdadeiramente histórica, isto é aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo. Com efeito, pela criação de novos direitos e pela existência dos contra-poderes sociais, a sociedade democrática não está fixada numa forma para sempre determinada, ou seja, não cessa de trabalhar suas divisões e diferenças internas, de orientar-se pela possibilidade objetiva (a liberdade) e de alterar-se pela própria práxis. (CHAUI, 1997, p. 433)

³⁶ Dessa forma, tal como José Afonso da Silva (2003, p. 122) descreve, o Estado democrático de direito funda-se nos seguintes princípios: (a) princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional; (b) princípio democrático, que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral de vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1); (c) sistema de direitos fundamentais, que compreendem os individuais, coletivos, sociais e culturais (títulos II, VII e VIII); (d) princípio da justiça social, referido no art. 170, caput, e no art. 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social; [...] a Constituição não prometeu a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa, como o faz a Constituição portuguesa, mas com certeza ela se abre também, timidamente, para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica; (e) princípio da igualdade (art. 5, caput, e I); (f) princípio da divisão dos poderes (art. 2) e da independência do juiz (art. 95); (g) princípio da legalidade (art. 5, II); (h) princípio da segurança jurídica (art. 5, XXXVI a LXXIII).

³⁷ "A lei, como norma geral e abstrata, pressuporia uma sociedade homogênea de homens livres e iguais. só neste contexto era possível a regulação integral da vida jurídica com umas poucas normas, preferentemente codificadas, muito gerais e que, também, por sua abstração se lhes suporia vocação de permanência quando não pretensão de inamovibilidade temporal." (tradução livre) (FREIRE, 1997, p. 31)

poderes estatais para assegurar a fruição dos direitos civis e a efetividade dos direitos sociais (FREIRE, 1997, p. 37).

A supremacia constitucional está relacionada à ideia de confirmação da norma constitucional e, com isso, da vinculação material dos poderes públicos às normas constitucionais. Na asserção de que o poder está rendido ao direito e de que a norma geral e abstrata, como manifestação do poder, dispõe de sua origem na intenção do povo, encontra-se o aparato assegurador que o Estado de direito clássico entrega aos cidadãos diante do poder político.

A lei, dentro desse ponto de vista, é a melhor configuração de garantia do indivíduo diante do poder, pois este não será capaz de agir a margem da lei, mas somente dentro de seus extremos; e a lei também é o dispositivo mais habilitado para assegurar as liberdades individuais, em razão de que é através dela que a população transforma-se na voz que expressa o direito.

A causa histórica e racional da autoridade do poder, contudo, agora não mais constituída na figura do soberano absoluto, acabou originando uma imagem fictícia do Estado, que proclama a integração, defensor da igualdade e direcionado à garantir a vida, a propriedade e a liberdade das pessoas. Dessa forma, o direito também foi retirado de qualquer alusão substancial e passa a existir de forma que sua natureza irá ser preenchida pelas decisões políticas.

No Estado de direito liberal, o destaque do controle do poder esteve centralizado no Parlamento. Sendo assim, a constituição não caracterizava o fundamental foco de restrição do poder, mas sim a assembleia legislativa, que preenchia a função de conter os possíveis excessos no exercício do poder³⁸.

O Estado e direito clássico, portanto, mesmo havendo presente a imagem de uma constituição como carta restritiva do poder, não estava preparado de realizar o seu intuito restritivo. Assim, para garantir a integração de todos os poderes públicos com o direito, foi reconhecida a supremacia constitucional e o caráter regimental das

³⁸ “O absolutismo monárquico avançará à um sistema organizativo onde a supremacia política e jurídica passa às mãos do Poder Legislativo, único soberano a ser representante da nação. se o império da lei era considerada a garantia máxima contra o arbítrio e a injustiça dos governantes, uma vez assentado o modelo jurídico-político burguês, assistiremos a um giro na realidade do Estado de direito, que abrirá as portas a novas expressões absolutas ou totais de poder. Em suma, superado o poder absoluto do rei, este foi substituído pelos das assembleias soberanas, e, portanto, ao absolutismo monárquico sucede uma situação de absolutismo legislativo ou concepção absoluta de lei, à que resulta finalmente assimilada a própria ideia de direito9.”. (tradução livre) (FREIRE, 1997, p. 44)

constituições, como meio de fortalecer a máxima ligação de todos os poderes do Estado e de sua construção normativa ao direito³⁹.

A transição do Estado legislativo para o Estado constitucional presume o caráter normativo das constituições, que compõem um plano de legalidade maior, que vincula todos os poderes do Estado⁴⁰. Essa reorientação do princípio da legalidade é o mesmo que dizer: só serão Estados de direito aqueles modelos político-institucionais que incluam uma gama de limites materiais como requisito de validade da norma e meio de manifestação do poder político (FREIRE, 1997, p. 58).

São estes elementos que caracterizam um verdadeiro governo *sub lege*, no qual a ligação entre o poder e seus cidadãos estabelece o atendimento de certas reivindicações, sejam elas formais ou substanciais, a fim de que a norma tenha validade e possa gerar obrigação, o que é determina o Estado constitucional de direito (CADERMARTORI, 1999, p. 24-34).

O Estado constitucional de direito, por conseguinte, garante a pessoa humana centro deste e Estado e a proteção de seus direitos fundamentais como ligações estruturais de toda a ação política que culmina no princípio democrático⁴¹

Neste sentido, as exigências constitucionais necessitariam de efetividade se não existisse um órgão que assegurasse, em última instância, a sua execução. O papel de relevância concedido ao Poder Judiciário no interior do Estado constitucional de direito constitui – se em ser o órgão garantidor desta execução⁴².

³⁹ “(...) a limitação do poder pelo direito acabaria, em França, numa situação paradoxal. A supremacia da constituição foi neutralizada pela primazia da lei. Daí que um célebre jurista francês [J. Acosta Sanchez] se tenha referido ao ‘Estado de direito francês’ como um Estado legal ou Estado de legalidade relativamente eficaz no cumprimento do princípio da legalidade por parte da administração mas incapaz de compreender o sentido da supremacia da constituição, à imagem do *paramount law* americana, e insensível à força normativa dos direitos e liberdades ‘declarados’ logo na Déclaration de 1789. Dir-se-ia que a bondade do constitucionalismo francês quanto à idéia de sujeição do poder ao direito radica mais na substância de suas idéias (constituição, direitos) do que na capacidade de engendrar procedimentos e processos para lhes dar operatividade prática. Não sem razão, se fala do constitucionalismo francês como um ‘constitucionalismo sem Constituição.’” (CANOTILHO, 2003, p. 96)

⁴⁰ Peña Freire (1997, p. 77) afirma que “essa refundação ou configuração do ordenamento jurídico, não supõe, no fundo, senão um redimensionamento do princípio da legalidade”.

⁴¹ “No pacto fundante do Estado (constituição) são determinadas as questões absolutamente indispensáveis para a vida, que serão declaradas intangíveis por meio dos direitos fundamentais e de suas garantias. Daí a afirmação da ‘funcionalização’ dos poderes públicos em direção ao cumprimento dos direitos fundamentais.” (FREIRE, 1997, p. 78-79).

⁴² O Autor indica para tal função quando salienta que com a transposição do equilíbrio constitucional do legislativo para o judiciário, esta nova relação entre poder e direito indicam certamente uma ruptura com a nossa tradição política mais recente, uma ruptura que não é ainda plenamente clara para a nossa cultura política. Isto era necessário para o advento da democracia. No passado, a

Para se descobrir uma nova garantia contra o poder decisionista, para defender os direitos dos cidadãos, é preciso, portanto, acudir-se à função judiciária, a qual é a única eficaz para fazer-se eficiente a supremacia da norma sobre o Governo. As restrições compulsórias ao exercício do poder que se encontram presentes na constituição, não terão valor se não existir domínio assecuratório de sua eficiência. Todavia, essa garantia constitucional se torna totalmente inútil, sendo limitada à autêntica retórica política ou a um simples limite moral se não for garantida a sua implementação.

A supremacia constitucional outorga à a carta política a obrigação de ser a conformação do direito. De tal maneira que a elaboração normativa procede da própria constituição e é assim, portanto, que se fundamenta sua validade, tanto formal quanto substancial, das leis do Estado. Isso possibilita afirmar que, no exercício da função jurisdicional, a submissão à legalidade existe simplesmente em função de normas que acatem a direção e matérias definidas pela constituição. Ao Poder Judiciário, portanto, competirá, em última instância, a função de aproximar o modelo normativo a atividade efetiva do Estado.

2.2 A eficácia das normas constitucionais no estado constitucional de direito

A partir da ótica garantista, esta pesquisa continua, neste ponto, os conceitos de validade e eficácia, questionando-os e promovendo uma caracterização variada das doutrinas clássicas.

Nessa direção, diferenciou-se de forma mais específica a vigência e a validade, caracterizando a primeira como o que tradicionalmente seria classificado por 'validade formal', enquanto o termo "validade", sem adjetivação, estaria limitada a caracterizar a 'validade material'.

Contudo, no que se refere à validade material, procurou-se demonstrar que sua criação não deve compreender somente a conformidade de conteúdo exatamente

garantia contra o poder arbitrário se achava sobretudo nos corpos representativos que controlavam o Governo. Hoje, ao contrário, os corpos representativos exercem uma função de controle bastante mais reduzida [...]. (MATTEUCCI, 2000, p. 256)

vinculado, mas também a conformidade de valores sejam eles explícitos ou implícitos na lei. Além de que, a conformidade material entre as normas jurídicas não deve ser visualizada meramente como uma ligação direta entre regras isoladas, mas também como uma ligação de uma ou mais regras com o sistema jurídico em sua totalidade. Dessa forma, o problema da validade material passa a ser não apenas hierárquico, como também uma questão horizontal valorativa. De modo que seria compreendida toda a perspectiva sistemática valorativa no debate sobre validade.

Procura-se rearranjar o que é classicamente visto como eficácia jurídica e eficácia social. Para isso, limita-se a utilização do termo eficácia para a eficácia jurídica, isto é, aplicabilidade normativa. Entretanto, a eficácia social seria repartida em dois aspectos: o da efetividade, relacionada à frequente utilização da norma; e a competência, relacionada a que toda norma, ao ser utilizada, acertem, na maior parte, os seus propósitos.

Essa reestruturação dos conceitos jurídicos não retrata nada de inovador, apesar de que por si só revele benefícios quando relacionados às concepções clássicas. trata-se, pois, de uma proposição de natureza instrumental, já que os propósitos vão além da reestruturação destes conceitos.

O que se procura, deste modo, é refletir a teoria do Direito em seus níveis básicos como um aglomerado normativo propenso à máxima garantia dos direitos fundamentais, a fim de instrumentalize a prática jurídica aplicável a estes direitos para que esses atuem como núcleo interpretativo comum dos valores máximos incluso do sistema jurídico.

2.2.1 Validade formal e validade material

Um aspecto fundamental do modelo garantista na análise do direito contemporâneo é que este projeta seus modelos de validade normativa formal, unificando as regras de competência e de procedimentos na criação da norma. A isso integra a definição dos conteúdos jurídicos fundamentais e indispensáveis, o que pelo garantismo se faz por meio da justaposição valorativa dos direitos humanos.

De outro modo, nesse modelo, analisa-se a validade formal seja qual for a norma jurídica, como também a sua validade material, em sua adaptação aos princípios e valores de uma Constituição. Não se descuida que os conteúdos mínimos estão determinados constitucionalmente a acatar o direito definido, e esta análise abrange de maneira impositiva a adaptação aos direitos humanos constitucionalizados. Por consequência, apesar de que se deva diferenciar validade formal de validade material, as duas ideias são imprescindíveis e suplementares para a precisa percepção do Direito no âmbito do dever ser e para sua modificação, pela modificação das práticas jurídicas, no contexto do âmbito do ser.

Para discernir devidamente a validade formal e validade material, Ferrajoli e Serrano limitam a validade formal ao termo vigência, rescoobrindo a expressão validade para aquilo que se nomeou como validade material (FERRAJOLI, 2002; SERRANO, 1999). Estas ideias oferecem certas consequências peculiares para o funcionamento do sistema jurídico sob o ponto de vista axio-teleológico por admitirem, operacionalmente, o aprimoramento jurídico na aplicação dos direitos fundamentais.

A percepção de validade garantista talvez seja a parte mais importante do garantismo enquanto teoria geral do Direito, uma vez que sua concepção sugere a hegemonia da vinculação material do Direito aos direitos fundamentais. Assim, antes de examinar o pensamento garantista de validade, é necessário fazer algumas considerações sobre a noção tradicional de validade na teoria do Direito.

2.2.2 Validade normativa no pensamento garantista

A constatação de que uma norma seja vigente⁴³ não soluciona as questões normativas do Direito. Pois, tendo como base a ideia de sistema jurídico, implicaria em muito além das perspectivas de vigência. Isso se dá em razão de que este sistema de vínculos de conteúdo que o acomodem efetivamente. E tais vínculos de sentido acontecem no nível das matérias referentes à validade - validade material.

⁴³ Nos termos já apresentados, de que uma norma tenha validade formal.

Acontece que, muito além da extensão formal da vigência, a congruência de conteúdo é também uma condição sistêmica de validade: se a norma criada contrariar a matéria de outra norma que lhe é superior, mesmo que vigente ela será nula. A norma deve, então, estar assentada ao conteúdo técnico-valorativo de norma hierarquicamente superior, assim como ao conteúdo técnico-valorativo do conjunto de integrante do sistema jurídico.

O vínculo de validade é, portanto, um vínculo jurídico que soma as formas de elaboração normativa com as restrições materiais de validade na elaboração normativa. Conteúdo este traduzido, sobretudo, nos direitos fundamentais⁴⁴.

Nesse sentido, a concepção garantista referente a validade traz reforços singulares à teoria jurídica. Primordialmente, porque investiga a idéia de que há uma respectiva distinção entre validade normativa formal e validade normativa material. Além disso, autoriza a aposta, ao associar a validade material aos princípios jurídicos valorativos, na intenção de um sistema jurídico acessível axiologicamente - mas em que a axiologia⁴⁵ participa do universo normativo⁴⁶. Enfim, porque associa a conservação da validade material à Constituição e, principalmente, aos direitos humanos previsto na Constituição.

2.2.3 Caracterização da validade

Os valores de validade precisam ser construídos por meio de diálogos, num contínuo processo de valoração das acepções normativas, adaptando os conteúdos normativos às pluralidades de sentido das possibilidades de ocorrência normativa.

Para tanto, nesse caso o método parte-se de pontos fixos, quais sejam, juízos constitucionalmente celebrados -, cuja esfera de acepção define-se possuindo como essência uma pré-acepção histórico-social, mas determinada pela dialética à proteção e à busca de concretização dos direitos fundamentais. A dicção “pontos

⁴⁴ Como bem afirma Alexandre Morais da Rosa: “os Direitos Fundamentais, por um lado, indicam obrigações positivas ao Estado no âmbito social, e de outro, limitam negativamente a atuação estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos, jamais alienados pelo pacto social. Esses Direitos Fundamentais, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da democracia material-constitucional.” (MORAIS, 2003, p. 32).

⁴⁵ Estudo sobre os valores morais.

⁴⁶ Não se limitando a meros princípios filosóficos ou sociológicos.

fixos” não apontam para pontos inalteráveis, mas simplesmente pontos de parâmetros fixados em normas constitucionais.

Vale lembrar, que tratam-se de paradigmas indispensáveis, com conteúdo dinâmico frequentemente reconstruídos no tempo. Ou seja, a idéia de validade baseia-se num vínculo jurídico complexo, que se modificará em cada momento de aplicação do ordenamento jurídico⁴⁷.

Refere-se, portanto, de um princípio valorativo, determinado dialeticamente, mas obviamente jurídico – pois, com estrutura normativa e impacto no mundo jurídico. Seus determinantes são históricos e os valores constituem num ordenamento jurídico voltado para o Direito⁴⁸:

É importante salientar que o estudo sobre a validade da norma, mesmo constituindo-se através de reflexões de valor, é uma análise feita na esfera jurídica - nos termos de Ferrajoli, no ‘plano interno’. O autor aponta que a norma – diante de outras normas que possuem a acepção, o conteúdo que baseia essa valoração - está validada por sua conformidade e coerência substancial.

Cabe ressaltar, ainda, que também há distinção no que tange a vigência normativa e a validade normativa com a condição tempo (a durabilidade de cada uma no sistema jurídico). Isso ocorre porque a duração da vigência é retilínea na direção de que ela se manifesta apenas como sequência ou intermitência de obrigações⁴⁹.

Aliás, os princípios de vigência normativa são princípios binários e fáticos. Uma lei vigente está formalmente capaz de gerar os seus efeitos ou não. Eles podem ser diversos desde parcialmente válida, inválida ou, ainda, válida. Assim,

⁴⁷ Se a validade é uma função que permite a conexão de cada norma com o resto do sistema, haverá que se admitir que a validade das normas está submetida a variações e mutações devido a suas relações com os valores e princípios constitucionais e, particularmente, a partir das exigências derivadas da garantia jurídica. (FREIRE, 1997, p. 96)

⁴⁸ O juízo de validade refere-se não à forma da norma, mas sim a seu conteúdo, e afeta à relação da norma com as determinações existentes em níveis superiores do ordenamento: sua vinculação a valores e princípios constitucionais é o que motiva que, em todo caso, seja um juízo complexo mas de caráter jurídico, interno ao ordenamento, e não moral ou político. (FREIRE, 1997, p. 98)

⁴⁹ “Por sua vez, o tempo da validade é simbólico no sentido de que se permite atuar como se não tivesse limites. A vigência de uma norma começa um dia e se pressupõe até que cessa para tudo que estiver abarcado por seus domínios espaciais, objetivos e subjetivos. (...) a vigência, uma vez provada, é pressuposta para todo caso análogo. Enquanto isso, a validade nunca se dá por descontada para todo caso e tem que ser construída por cada intérprete e em cada caso.” (SERRANO, 1999, p. 70).

uma norma pode nesse caso ser vigente, mas nula; ou vigente, mas parcialmente válida; ou, ainda, vigente e válida.

Resta debater, então, como se deve estudar o grau de efetivação e utilização das normas jurídicas - vigentes e válidas, preferivelmente - no meio social. Em outras palavras, basta agora entender o que se quer dizer quando uma norma tem “efetividade social” e “eficácia sistemática”.

2.2.4 Distinção entre vigência e validade e Requisitos específicos da vigência

Para se determinar a completa designação de todas as potencialidades da norma, é necessário que ela satisfaça as condições de vigência. Sendo assim, o primeiro propósito da validade das normas no sistema jurídico é que sejam vigentes, atendem suas condições formais de concepção e existência jurídicos⁵⁰.

Sendo assim, não se deve confundir “vigência normativa”, pois está abala à existência formal da norma no universo jurídico, inicialmente, com legalidade normativa, que está afeta as interpretações da norma e à sua conexão e conformidade com os conteúdos que lhe são preexistentes e predominantes⁵¹.

Vale ressaltar, do mesmo modo, que a validade normativa não é vinculada e não se equivoca nem com a sua eficiência (de efetivação da norma por seus destinatários e de pena imposta por seu incumprimento), nem com a sua efetividade/eficiência normativa (que a regra seja realizada, utilizada e capaz de alcançar os objetivos que fundamentam sua concepção). Sendo assim, estas são, em termos ordinários, uma consequência de normas legítimas, e não o oposto⁵².

No mesmo sentido vai Peña Freire que afirma que valoração sobre vigência:

⁵⁰ Da aptidão de quem as cria e de métodos apropriado para a sua concepção.

⁵¹ Como bem ensina Ferrajoli, “para que uma norma exista ou esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições de validade formal,” (de vigência) “as quais resguardam as formas os e procedimentos do ato normativo, bem como a competência do órgão que a emana. Para que seja válida, é necessário que satisfaça ainda as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, a seu significado.” (FERRAJOLI, 2002, p. 701).

⁵² Enquanto as condições formais da vigência constituem requisitos de fato, em ausência dos quais o ato normativo é imperfeito e a norma ditada por ele não chega a existir, as condições substanciais de validade, e de maneira especial as da validade constitucional, consistem normalmente em respeito a valores - como a igualdade, a liberdade, as garantias dos direitos dos cidadãos - cuja lesão produz uma antinomia, vale dizer, um conflito entre normas de conteúdo ou significado incompatível. (FERRAJOLI, 2002, p. 874)

[...] refere-se à constatação da simples existência de uma norma no ordenamento jurídico. É um juízo de fato ou técnico, pois se limita a constatar que a norma cumpre os requisitos formais que lhe são exigíveis e, como tal, é suscetível de ser declarado verdadeiro ou falso. Frente a isto, o juízo de validade refere-se não à forma da norma, mas sim a seu conteúdo, e afeta à relação da norma com as determinações existentes em níveis superiores do ordenamento: sua vinculação a valores e princípios constitucionais é o que motiva que, em qualquer caso, seja um juízo complexo mas de caráter jurídico, interno ao ordenamento, e não moral ou político. (PEÑA FREIRE, 1997, p. 98)

Os estudos das perspectivas de vigência e validade das normas viabiliza a elaboração de entendimentos sobre vigência e sobre validade. Ou seja, possibilitam entender o processo de concepção e existência de uma norma incorporada ao ordenamento jurídico e declara-la como vigente. Ou de compreender a vigência da norma no que tange sua conformação com o conteúdo e com as diversas normas do sistema e declara-la como válida.

Nessa realidade, a vigência, considerada como perspectiva formal da validade, compreende a competência e métodos de concepção das normas, caracteriza-se com a efetivação de algumas exigências específicas.

Nessa linha, Serrano explicita que para decidir se uma norma está vigente (se existe como regra jurídica que pertence a um determinado sistema jurídico) é necessário comprovar que foram promulgadas pelo órgão competente; que se observou o regular procedimento estabelecido para essa ocorrência; e por esta razão seja vigente para o sujeito, no território nacional e no tempo (SERRANO, 1999, p. 74-92).

Vale frisar, para que a norma torne-se vigente, deve ser criada por um órgão habilitado para esta finalidade. Assim, um juiz, ao proferir a norma de maneira efetiva, ou seja, sentença, precisará ser juridicamente habilitado para este fim; os órgãos da Administração Pública que expedirem decretos, portarias ou regulamentos deverão também ser juridicamente habilitados; o órgão legislativo que elaborar leis deverá ser juridicamente competente para isso.

Além disso, há, nessa sistemática jurídica, uma hierarquia de normas, em que normas de nível superior fixa as regras para criação de outras normas. Tais regras constituem inicialmente as já mencionadas competências. Mas constituem,

também, métodos próprios para a formação destas normas, os quais deverão ser analisados sob a possibilidade de que as normas novas não possuam vigência. Tem-se como exemplo, os procedimentos encontrados nos artigos constitucionais sobre produção legislativa⁵³.

As normas, como integrantes da estrutura jurídica, é que definem quais as ações humanas e as técnicas institucionais públicas ou privadas que por elas serão alcançadas. Ou seja, apesar de que são abstratas, as normas indicam o elemento material de sua vigência⁵⁴.

Sob o prisma de dirigir-se ao indivíduo, que pode ser denominada de vigência pessoal, não se deve confundir o sujeito jurídico com o sujeito físico. O que é apontado sob a ótica normativa é um sujeito independentemente da classificação que poderá ser alcançado pela vigência da norma⁵⁵.

No que refere-se à esfera de vigência espacial, importa frisar que não se versa obrigatoriamente de espaço, espaço geográfico. Ou seja, o enunciado, para se

⁵³ A exemplo: Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

§ 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

⁵⁴ Uma norma que estabelece o que é ato ilícito, como ocorre no artigo 186 do Código Civil, está assinalando e demarcando as ocorrências a que se destina.

⁵⁵ É o que acontece, por exemplo, com as pessoas jurídicas no artigo 3º da Lei 9.605/98.

edificar componente da norma, deve ser conduzido para a incidência sobre uma esfera, definido ou indefinido, no qual está designado a produzir seus efeitos⁵⁶.

Enfim, no que tange ao fator tempo, as normas conduzem-se para o futuro, para controlar fatos, determinar direitos ou controlar circunstâncias e relações debatidas no passado, mas que acontecerão no futuro. Nesse sentido, toda norma é considerada abstrata, pois antevê circunstância de fato e comandos jurídicos que poderá ou não recair no futuro.

Com o ajuste positivo desses parâmetros, pode-se certificar que uma norma expressa as particularidades de vigência. O que se tem, porém, é que, segundo o ideal garantista, a vigência não aponta necessariamente a validade de uma norma⁵⁷.

A ideia de validade garantista é de extremo interesse para a efetivação de garantias constitucionais, ao menos na esfera jurídica. Ela motiva a idéia de que os direitos fundamentais consagrados na constituição, condicionam a validade das demais normas do ordenamento jurídico.

Deve-se diferenciar o contexto da vigência normativa da validade normativa. O primeiro estaria alicerçado em princípios de vigência, de que uma norma é juridicamente cabível num estipulado tempo e num estipulado espaço - que significariam juízos de fato. E na esfera da validade estaria alicerçado em princípios de validade do conteúdo normativo - que virariam, ao fim, princípios axiológicos de direito⁵⁸.

É necessário salientar que isso não quer dizer que o princípio sobre a validade não seja concorrentemente um princípio de direito: será também, pois apontará que a competência e o método para concepção de uma norma são juridicamente distintos. Todavia, verifica-se, em termos finais, tal princípio aponta uma ocorrência: a norma vigente foi elaborada por quem possuía competência para

⁵⁶ Por exemplo, a Lei 9.605/98 destina-se primordialmente à proteção ambiental em todo o espaço geográfico brasileiro.

⁵⁷ "De outro modo, para que uma norma seja válida, é necessário que seja vigente; mas nem toda norma vigente será válida, as normas poderão ser vigentes mas inválidas, com o que 'direito vigente' e 'direito válido' não coincidem. A vigência refere-se simplesmente à constatação de que a norma está contida em um texto normativo não anulado e pode, por consequência, ser aplicada mediante decisões válidas a respeito dela." (FREIRE, 1997, p. 97).

⁵⁸ Explique-se: um princípio de vigência revela que a norma foi editada pela autoridade qualificada para editá-la, acompanhando o método apropriado para a sua concepção, e que tal norma é cabível em definições que se chama espaço-temporais. Significa, assim, como um princípio sobre o fato de concepção da norma, sobre como ela foi elaborada e sobre a viabilidade de que ela seja utilizada – por isso é considerado um princípio de fato.

isso e acompanhando o processo apropriado, enquanto que uma norma que não é vigente não foi elaborada por aquele que era apto para tal, ou não seguiu processo apropriado. Verifica-se, de outro elemento, que até neste momento não se fez alusão ao conteúdo normativo devidamente dito.

Quando se analisa a validade, por sua vez, aponta precisamente para o conteúdo. Representa que uma norma vigente tem acepção jurídica compatível com as normas incorporadas ao sistema jurídico em um plano hierárquico, especialmente a constituição e com a própria estrutura jurídica como um todo num sentido valorativo. Em termos finais, a norma deve compatibilizar com a constituição que eleva os direitos humanos, numa ligação de coerência axiológica-normativa.

2.2.5 Eficácia, efetividade e eficiência

Feito o estudo das questões sobre vigência e validade normativas em um enfoque garantista, deve-se ser submetida a uma observação correlata, mas posicionada numa esfera diversa: a distinção entre eficácia, efetividade e eficiência. O garantismo sugere fundamentos distintos daquelas a que a ideia jurídica se habituou nas últimas décadas. Isso se dá principalmente pela diferença entre eficácia normativa (eficácia jurídica, aplicabilidade) e efetividade normativa (eficácia social).

Inicialmente, é de se analisar que as normas vigentes e válidas incorporadas a uma determinada estrutura jurídica possuirão legalidade jurídico-valorativa para serem empregadas à sociedade de um modo geral. Este fato leva-se a afirmar que as normas possuem função, isto é, eficácia jurídica⁵⁹.

Com isso, assegura que o termo eficácia é interpretado como aplicabilidade. Vale ainda mencionar que toda norma vigente é, inicialmente⁶⁰ apta a ser aplicada numa situação concreta. A aplicabilidade pode se manter juridicamente ou não, a

⁵⁹ O que, dessarte, distingue a norma simplesmente existente da norma jurídica vigente é, exatamente, a possibilidade de incidir sobre seus pressupostos fáticos quando concretizados, subordinando-os ao sentido que lhes impõe. Daí se conclui que é a eficácia que garante a vigência. (MELLO, 1998, p. 65-66)

⁶⁰ Inicialmente porque dependerá, ainda, ao fim, de sua validade.

depende da valoração recebida, ou seja, se é totalmente ou parcialmente válida ou inválida.

A publicação do texto legal garante sua existência e ao atingir esta condição existirá sob a ótica jurídica. A eficácia jurídica (aplicável em tese) da norma assegura sua vigência ou sua validade formal, que acontecerá quando findo o *vacatio legis*, dependendo do caso. Ora, nesta fase se está, com a vigência, naquilo que tipicamente é apontado como esfera de validade e que no garantismo interpreta-se meramente como vigência⁶¹.

Porém, é essencial ainda que se questione se as normas vigentes têm existência real no meio social. E isto analisado sob dois pontos de vista: se as normas são verdadeiramente efetivadas; se as normas colaboram para que a estrutura jurídica alcance seus propósitos. Partindo-se desse ponto, pode-se questionar se a estrutura jurídica é existente no meio social, no que tange a sua efetivação, e se, para tanto, oferece os dispositivos para que aqueles que o efetuem trabalhem de forma a efetivá-lo. Ainda, também, pode-se questionar quanto sua eficácia, ou seja, se as normas alcançam as metas a que se determinam.

A dimensão da aplicabilidade e do cumprimento de uma norma abrange-se por sua eficácia jurídica e por sua efetividade: efetividade na proposta de seu real desempenho e eficiência na proposta de alcance de suas metas. Ocorre que uma norma vigente, juridicamente eficaz, pode ser cumprida e não alcançar suas metas. Ou ser relativamente inefetiva - não ser de fato usada, sendo, no entanto, efetivada - e alcançando as metas para quais foram criadas.

A existência real tem, portanto, dois aspectos complementares. O primeiro aspecto é pertinente àquilo que tipicamente seria denominado de eficácia social, vale mencionar que, se a norma tem sido efetivamente analisada por seus receptores. Isso é explícito quando as pessoas físicas ou jurídicas às quais a norma se dirige normalmente respeitam ao preceito normativo. É evidente, ainda, quando se reconhece que os agentes públicos a empregam realmente. Isso pode ser denominado meramente de efetividade normativa.

⁶¹ Ou seja, como já se analisou, uma norma é vigente se foi editada por quem era habilitado para realizar tal ato, acompanhando os métodos necessários para sua produção - inserindo, quando indispensável, a fase de publicização chamado *vacatio legis*. Assim, uma norma vigente, logo, tem, ao menos inicialmente- persista com a indispensabilidade do princípio de validade -, eficácia jurídica, aplicabilidade.

O segundo aspecto a que concerne à norma alcançar as metas a que se destina. Uma norma sempre é elaborada em atribuição de um determinado fim a ser alcançado direta ou indiretamente. Essas metas, com a vigência e a aplicação social da norma, poderão ou não ser alcançados – e, sendo alcançados, isso poderá ocorrer em diferentes graus. Compreende-se que esse alcance das metas, dos seus propósitos específicos, pode também ser designado como eficiência normativa.

Salienta que, a indagação sobre se as normas alcançarem seus propósitos específicos, traz-se à tona a natureza teleológico de um conjunto normativo e das próprias normas em particular⁶².

Um relevante aspecto da observação da efetividade de uma norma é, portanto, a comprovação de estar tal norma alcançando razoavelmente os propósitos para a qual foi elaborada, ao menos relativamente, sendo, portanto, efetivo. Tal alcance dos propósitos normativos não significa que a norma execute inteiramente aquilo a que se determina, mas sim que sua utilização positiva⁶³ ou negativa⁶⁴.

É importante ressaltar que: o Direito não altera a realidade social; auxilia como dispositivo de mudanças ou garantia contra violações. Por isso, o alcance de objetivos normativos, para que seja uma norma eficiente e dentro da razoabilidade.

É exigência lógica dessa observação a verificação do grau de efetivação da norma, seja pela perspectiva de obediência à norma, seja pela perspectiva de utilização da norma - a verificação da determinação em que está sendo executada o primeiro aspecto desta efetividade.

Além dessa perspectiva, há de se analisar, na esfera da eficiência, se as normas colaboram para que a estrutura jurídica alcance seu propósito no contexto. A norma não está separada no que tange os propósitos que traduz, pois, como foi analisado, as normas se encontram sistematizadas. E esta sistematização ocorre

⁶² Uma norma de direito civil, que firme parâmetros para diferenciar união estável e concubinato, tem como propósito salvaguardar de maneira equivalente o casamento e a união estável, considerando a entidade familiar e não o concubinato. Uma norma constitucional que estabelece a igualdade de direitos entre homens e mulheres tem por propósito impedir que ocorra discriminações derivada do gênero e incentivar relações de igualdade no âmbito social. Assim se poderia prosseguir continuamente, norma a norma, indicando tais propósitos.

⁶³ Utilização da norma a uma circunstância jurídica.

⁶⁴ Que a norma seja considerada de modo que não se ocasionem circunstancias que a contraditem mas para auxiliar para estreitar o direito deste(s) objetivo(s)

por meio dos princípios que as normas representam e aos quais estão ligados e das finalidades a que precisam ser orientadas.

Por consequência, a análise da efetividade normativa importa na comprovação de estar a norma colaborando, contextualmente com outras normas, para que os propósitos considerados essenciais na estrutura social sejam alcançados. Indubitavelmente, isso presume que a estrutura, quanto ao conjunto de normas com propósito geral comum, seja predominantemente eficaz no meio social.

Desta forma, para se confirmar a efetividade de uma norma específica sobre igualdade, é fundamental que se confira se as diversas normas pertinentes à igualdade estão sendo razoavelmente analisadas em conjunto⁶⁵.

2.3 Da efetivação de direitos sociais pelo poder judiciário

Nesse tópico, trata-se especialmente da efetivação dos direitos sociais pelo poder Judiciário. Para tanto, será analisado o princípio da separação dos poderes e como ele é meio garantidor de efetivação de direitos sociais. Além disso, será abordado o ativismo judicial, verificar as diferenças com a ideia de judicialização da política e como os centros decisórios tratam a teoria garantista e o subvertem.

2.3.1 Da separação dos poderes e o contexto brasileiro sobre efetivação dos direitos sociais

Inicialmente, é fundamental averiguar como o Poder Judiciário assumiu o papel principal no cenário social e como começou a interferir nas matérias que abrangem escolhas políticas.

Com o término do período da Ditadura Militar e a redemocratização do País, ocorreu o revigoramento da magistratura e a regeneração da garantia dos

⁶⁵ De tal modo, pode-se elaborar princípios de efetividade sobre as normas, comprovando-as como efetivas ou inefetivas. Uma norma será efetiva caso seja verdadeiramente cumprida e utilizada e caso seus propósitos - pessoais e contextuais - sejam prevalentemente alcançados.

magistrados, também institucionalmente abalado no período de exceção, causas que colaboraram para que o Poder Judiciário desistisse de praticar⁶⁶.

Além do revigoramento da magistratura, a Constituição de 1988 ampliou a competência do Ministério Público e criou as Defensorias Públicas, o que também colaborou para a apropriação de espaço político pelo Judiciário que, progressivamente, vem sendo requerido pela sociedade para decidir conflitos que abrangem direitos sociais.

O princípio da separação dos poderes foi estabelecido na Constituição de 1988, em seu artigo 2º e prevê a atuação harmônica e independente entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A separação de poderes que teve sua primeira menção idealizada por Aristóteles, mas foi criada, em sua totalidade por Montesquieu, como um sistema, em que os encargos legislativos, executivo e judiciário seriam desempenhados de forma harmônica e independente entre si, modelo que inspirou grande parte das Constituições que surgiram depois da Revolução Francesa.

A teoria de Montesquieu tinha como objetivo precípua conservar o direito de liberdade, contendo o exercício do poder pelo governante e evitando que todas as funções do Estado permanecessem centralizada num único órgão que, de forma autoritária, seria capaz de confrontar o direito de liberdade.

A divisão dos poderes proposta por Montesquieu teve como objetivo frear e restringir o poder estatal em proteção dos direitos de liberdade⁶⁷. No momento histórico em que foi constituída a teoria política do filósofo francês, que também foi magistrado, o Poder Judiciário não era uma entidade confiável e operava na proteção de seus interesses próprios e da monarquia.

A separação mais inflexível dos poderes estatais, ou funções do Estado, foi sempre uma particularidade do Estado brasileiro, com exceção do período da Ditadura Militar, em que o Poder Executivo interferiu de modo direto no Poder Judiciário. Os Tribunais não se expressavam sobre matérias que tratassem em

⁶⁶ Como afirma Luiz Roberto Barroso (2006, p. 83) a função de “departamento técnico-especializado” para se transformar em um verdadeiro poder político, “capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros Poderes.”

⁶⁷ “Construída gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos político-sociais.” (DALLARI, 2003, p. 127).

falhas no exercício das funções dos demais poderes, sendo o poder discricionário da Administração constantemente reverenciado.

O Poder Executivo fruía de uma grande liberdade no exercício discricionário administrativa antes da Constituição Federal de 1988, em especial, no regime de exceção dos governos militares, prevalecendo de forma pacífica o entendimento de que o mérito do ato administrativo não era suscetível de exame pelo Poder Judiciário, por se tratar de ofensa ao princípio da separação dos poderes⁶⁸.

A ordem constitucional prevista no artigo 2º da Constituição Federal constitui a autonomia entre os poderes, com a finalidade de que um não seja usurpado pelo outro, ou seja, que não possua suas funções suplantadas pelos demais. Teoricamente, os direitos sociais necessitam ser concretizados por meio de políticas públicas, função que concerne aos Poderes Executivo e Legislativo.

No entanto, o que se tem visto na contemporaneidade, com a progressiva judicialização dos direitos sociais, foi a atuação forçada do Judiciário em matérias políticas e sua interferência na efetivação desses direitos, justificada pela inércia dos demais poderes na materialização do comando constitucional.

A omissão dos Poderes Executivo e Legislativo não é mais visualizada como uma simples escolha política, posta no poder discricionário do governante; uma vez definida pela Constituição a responsabilidade de prestação do Estado, a inexistência da ação estatal na efetivação do direito social pode caracterizar omissão no efetivação da Constituição e das próprias finalidades do Estado, o que, segundo o Poder Judiciário, é o suficiente para lhe conferir validade para efetuar o controle jurisdicional referentes políticas pública e o realiza não somente para declarar a omissão inconstitucional, mas para verdadeiramente propiciar o direito exigido ou mesmo transformar a política pública existente.

A ação do Judiciário, na materialização dos direitos sociais, foi significativo para o advento do fenômeno assinalado pela doutrina como a flexibilização da separação dos poderes, que tem se revelado das mais variadas formas, mas que baseia-se, em síntese, na interferência de competências, isto é, reconhecida omissão do poder qualificado, atua o Poder Judiciário, quando suscitado, de forma a

⁶⁸ “No Brasil, durante muito tempo os tribunais auto-limitaram-se, entendendo não poder adentrar o mérito do ato administrativo. Diversas manifestações do Poder Judiciário, anteriores à Constituição de 1988, assumiram essa posição.” (PELLEGRINI, 1997, p. 135).

supri-la e assim, com justificativa nos fins do Estado brasileiro, nos valores e princípios constitucionais, como a dignidade humana, tem o Poder Judiciário, quando chamado a decidir, concedido o direito social que estaria sendo transgredido pelo desinteresse dos demais poderes, resultando nesta flexibilização.

É possível verificar a flexibilização da separação dos poderes na atuação do Poder Judiciário em relação às políticas públicas, pois, ao deliberar sobre a cessão desses direitos, está o Magistrado interferindo, em última instância, na causa que compete aos Poderes Executivo e Legislativo, a quem compete a efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição, de forma coletiva e universal, através de políticas que possuam em sua composição o exame minucioso democrático da escolha de prioridades e destinação de recursos que se exerce no procedimento de deliberação dos mencionados Poderes.

Essa flexibilização, com a finalidade de materializar direitos constitucionalmente garantidos, dá lugar a um Direito mais abrangente, mais diluída e menos fragmentada, em que são os poderes menos respeitosos entre si, mas, provavelmente mais eficazes na materialização dos fins do Estado social democrático de direito.

Nessa linha, a análise que poderia ser referida à separação de poderes, prevista no artigo 2º da Constituição Federal, é a da distribuição de funções de um único poder, o poder estatal, poder este que possuiria como característica a atuação legislativa, a judicial e a executiva, que evolui de forma harmônica e autônoma.

Nesse modelo institucional, os poderes estatais não se sobrepõem um ao outro, mas também não são totalmente livres de interferência entre si, complementam-se com o objetivo de materializar os fins do Estado. Deste modo, a atividade legislativa não se suplantaria às demais, assim como a função jurisdicional não estaria restringida a mera aplicadora da lei, tomando uma atuação de concepção do direito na análise reconhecida nas normas e na análise dos atos dos demais poderes, sempre com o objetivo de materializar as intenções previstas na Constituição e na concretização dos direitos fundamentais.

Em uma coletividade pluralista como a brasileira, que agrega diferentes raças, religiões e valores, a materialização dos intuitos propostos pela Constituição, exige

um diálogo político complicado e abrangente que, muitas vezes, compreende direitos igualmente assegurados, mas incompatível em sua efetivação.

Essa complexidade, em que os embates de direitos igualmente assegurados estão presentes, exige a ação conjunta deste poderes, competindo ao Judiciário não só o controle da validade de um ato, como também a escolha da norma jurídica, do valor ou do fundamento que deve se justapor aos demais, numa atuação que, ocasionalmente, se confunde com o atuar político, em uma demonstração da suplantação da clássica divisão e autonomia dos poderes.

Entretanto, nem tudo é consonância na busca da materialização dos direitos sociais, pois a interferência do Poder Judiciário pode colocar em cheque a segurança jurídica e exige sua sistematização, com a identificação de suas restrições de atuação, para que não ocorra em afronta ao princípio da isonomia e na apropriação de funções dos outros poderes.

No entanto, ainda que se julgue menos rígida a separação de poderes, este é um princípio previsto na Constituição e que deve ser analisado para preservação e revigoração da democracia. O exercício do princípio democrático da separação de poderes, flexibilizado ou não, não autoriza a suplantação de um poder sobrepõe ao outro, pelo oposto, devem funcionar de forma harmônica e equilibrada, na estrutura de freios e sobrepesos.

A separação dos poderes está prevista na Constituição, portanto, compreendida no contrato social que determina as regras principais, os princípios, as formas e as restrições emanadas da legalidade da ação do Estado brasileiro e de suas instituições. Deve ser harmonizado com as necessidades da dinâmica transformação da sociedade, mas a sua flexibilização interpretativa, não deve comprometer a autonomia dos Poderes e resultar na disposição das funções trazidas no corpo constitucional, por ofender os valores do Estado democrático de direito.

Saindo-se da possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, ainda que concorde com uma maior interferência do Poder Judiciário, considerando a estrutura de freios e contrapesos, tem-se que o magistrado não poderá suprir a figura do legislador ou do administrador em suas atividades, o que não quer dizer negligenciar ou omitir-se numa decisão por se tratar de matéria que depende de

escolha política e utilização dos recursos humanos e financeiros da administração, mas sim de exercer de forma a não extrapolar as restrições constitucionais da atividade jurisdicional.

2.3.2 Ativismo judicial x judicialização de direitos sociais

O papel do Judiciário e as modificações do direito constitucional com certeza moveram o núcleo da separação de poderes para si. Basta, para isso, ver o advento de diversos “neoconstitucionalismos”, que apresentam em comum a aposta no ativismo judicial como pedra fundamental da jurisdição constitucional. É de se questionar, independentemente das restrições materiais e formais das disposições do Judiciário, qual a legitimidade e os limites de atuação desse poder dentro do âmbito das democracias ocidentais da atualidade.

Como instituição do Estado, uma análise da legitimidade política do Poder Judiciário não pode ignorar o tema das crises estatais⁶⁹. Numa ideia viciada, os desacordos gerados pela instabilidade funcional do Estado, ao receberem como solução uma aposta no Judiciário, terminam se pluralizando, sendo possível afirmar que essa instabilidade é, ao mesmo tempo, motivo e consequência do ativismo judicial.

As transformações do Poder Judiciário, no Brasil, em especial, após a constituição de 1988, modificaram drasticamente o conceito de jurisdição constitucional, fato que popularizou as ideias de “judicialização da política” e “ativismo judicial”⁷⁰.

⁶⁹ Nesse sentido, parece fundamental entender que parte da explicação sobre os fenômenos de judicialização da política e de ativismo judicial está associada aos problemas enfrentados por um “[...] Estado que se apresenta como de bem estar, mas que se executa como de mal-estar [...]” (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 60).

⁷⁰ A possibilidade dos tribunais concretizarem os direitos fundamentais previstos nas constituições democráticas do segundo pós-guerra – em especial, em relação aos direitos de minorias – é um aspecto essencial para a recente expansão da atuação do Poder Judiciário, o qual invade a arena de deliberação da política. (TATE; VALLINDER, 1995, p. 46)

Em ambos comportamentos, existe a convicção de que o Poder Judiciário passa a ter posto privilegiado no direito apesar de não serem a mesma coisa. Diferentemente do que boa parte da doutrina alega, judicialização da política e ativismo judicial são fenômenos muito diferentes, de forma que é fundamental determinar as diferenças entre eles caso se pretenda entendê-los corretamente.

Nesse sentido, a compreensão da judicialização da política engloba as ligações entre o direito, a política e o Poder Judiciário. Logo, o constitucionalismo⁷¹ está profundamente ligado à judicialização da política. Estas mudanças iniciadas pelas constituições contemporâneas criaram transformações que marcaram o direito e, por isso, na concepção de Estado, em decorrência da transferência do polo de tensão do Poder Executivo para o Poder Judiciário⁷².

Esta situação provoca uma a visão sobre o papel da Constituição no do Estado Democrático de Direito, que cria, para além das garantias contra a transgressão de direitos, os direitos prestacionais. E esse fato não pode ser esquecido, por se tratar do epicentro do Constitucionalismo Contemporâneo⁷³.

Imediatamente, é possível compreender que a judicialização da política é meramente um efeito lógico resultante da assiduidade dos direitos fundamentais nos textos constitucionais democráticos contemporâneos, circunstância que, irremediavelmente, amplia o número de demandas ao Poder Judiciário pela guarda desses direitos.

Além do mais, a progressiva inaptidão do Executivo e do Legislativo na materialização daquelas promessas constitucionais acelera esse fenômeno de litigiosidade acentuada. Independentemente de ser um fenômeno negativo ou positivo, a judicialização da política é uma particularidade das sociedades em que as constituições criam uma sequência de direitos fundamentais, ao mesmo tempo, que os poderes públicos apresentam-se inaptos de lidar com esse crescimento na necessidade de efetivação, o que fortalece essa judicialização.

⁷¹ Uma tentativa do direito para controlar a política.

⁷² Lenio Streck (2011, p. 190) afirma que: “[...] é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional) [...] pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições.”

⁷³ As novas constituições, ao viabilizarem uma reformulação do Estado ao redor dos direitos fundamentais, criaram novas relações entre os poderes públicos e inseriram o Poder Judiciário no espaço da política em virtude da maior presença do direito na vida social. (BARGOS, 1999, p. 129)

O ativismo judicial é, como já dito, frequentemente confundido com a judicialização da política ou entendido como mera derivação do controle de constitucionalidade pelo Judiciário e tratam-se de caracterizações incompletas e inadequadas, uma vez que, embora seja possível conectar ativismo judicial e controle de constitucionalidade, é incorreto questionar a (in)compatibilidade entre exercício do controle de constitucionalidade e a existência do Estado democrático de direito, questão superada pela previsão textual de possibilidade desse controle pelo Poder Judiciário⁷⁴.

É possível entender ainda, que o ativismo judicial também é fruto de um sistema político enfraquecido de modo que a insuficiência da estrutura política para solucionar seus dilemas sociais e os obstáculos localizados pelos grupos políticos de maioria desmonta a autoridade dos poderes Legislativo e Executivo, o que culmina a uma vinculação sistêmica dessas composições políticas no que tange o Poder Judiciário e sua natureza teoricamente a política e técnica.⁷⁵

2.3.3 O dever do Poder Judiciário na concessão de direitos sociais no controle difuso de constitucionalidade

Ao examinar a viabilidade de se exigir direitos fundamentais sociais de modo direto a partir da normatividade constitucional é uma questão que provoca uma série de dificuldade. Dos quais: o judiciário não é quem administra o orçamento geral das entidades federadas e, neste contexto, não é possível discutir e alcançar uma ideia geral das receitas e despesas públicas, assim como levando-se em conta o regime constitucional democrático- pluralista não se admite que o Judiciário seja o criador maior de políticas sociais. Ou seja, a quem cabe a atividade judicante não detém competência para definir um conjunto de políticas públicas.

⁷⁴ De maneira sintética, é possível afirmar que o ativismo judicial ocorre quando o direito é substituído por argumentos morais, políticos e preferências pessoais dos juízes. (STRECK, 2011, p. 589)

⁷⁵ “Quanto mais disfuncional for o sistema político em uma determinada democracia, maior a probabilidade de poder judicial expansivo nessa política. A deferência política persistente ao judiciário pode ser vista como uma maneira efetiva de superar a “ingovernabilidade” política sistêmica e assegurar a unidade e o funcionamento “normal” de tais políticas.” (tradução livre) (HIRSCHL, 2004, p. 7)

Se o judiciário não pode elaborar e concretizar políticas sociais, pode, no entanto, podem exercer o controle de constitucionalidade seja concentrado ou difuso, principalmente no que tange os direitos fundamentais. O que autoriza a efetivação de alguns direitos fundamentais em juízo, sem que isso viole o quadro de competência constitucionalmente estabelecido ou que imponha limites as bases da democracia plural.

Resta evidente a conexão e relevância do Judiciário para a democracia constitucional. Assim para o autor, a separação entre instituições de governo e instituições de garantia, é o que torna o Judiciário fundamental para a materialização dos direitos fundamentais, além de demonstrar a necessidade da ação constitucionalmente validada do Poder Judiciário para a preservação da democracia constitucional⁷⁶.

Ferrajoli (2008, p. 106) entende a importância do papel do Judiciário por meio da diferenciação entre funções de governo e funções de garantia. O Estado não é um ente uno, já que é composto por essas instituições. e em razão de sua legitimação política-representativa, as instituições de governo possuem alguma flexibilidade e não estão rigorosamente vinculadas à lei e, nessa linha, se encontram na esfera do decidível, isto é, tudo aquilo que pode ser decidido pela maioria.

De outro modo, as instituições de garantia possuem legitimação decorrente do vínculo com a aplicação material da lei na proteção dos direitos fundamentais e se tornam a esfera do indecidível, ou seja, o que impedem que sejam baseadas na representação política, por criar uma tirania das majorias dominantes⁷⁷.

É possível afirmar que, haja uma contemplação positiva em relação ao papel do Judiciário na elaboração da democracia constitucional, mas não é admissível a transformado desse poder constituído em poder constituinte – circunstância que acontece como resultado do ativismo judicial⁷⁸.

⁷⁶ Ou seja, apesar de identificar a relevância daquele poder no entrecho de judicialização da política das democracias constitucionais, o autor não aceita a contingência de ativismo judicial e, por isso, iremos a analisar o dever do Poder Judiciário numa democracia constitucional.

⁷⁷ Luigi Ferrajoli critica as posições teóricas neoconstitucionalistas por entende-las como uma fábrica de princípios cuja ponderação só pode resultar no enfraquecimento da autonomia do direito constitucional e, como consequência, na fragilização do próprio Estado. (FERRAJOLI, 2012, p. 13-56)

⁷⁸ O garantismo de Ferrajoli não é compatível com o ativismo judicial, de modo que é impossível que os juízes criem direito. Na perspectiva garantista, as decisões do Judiciário também são condicionadas a uma série de exigências, de modo que, embora reconheça a importância do

Em razão do normativismo e da sua presunção de fornecer soluções apropriadas às questões sociais referentes à insegurança característica do modelo jus naturalista, a modernidade elaborou um conceito forte de Estado. Contudo, parece acontecer, atualmente, a desestruturação e fragilização do Estado, processo habitualmente relacionado às ingerências das forças econômicas, que terá como retorno social, o aumento de litígios de modo a manter a concepção de Estado democrático de direito⁷⁹.

Ademais, a própria essência dos regimes democráticos tende enfatizar o conflito social, uma vez que o poder passa a ser mais compartilhado e menos centralizado, assegurando, assim, a existência de um capo maior para o advento de conflitos que, em decorrência da crise de legitimidade representativa, são direcionados ao Judiciário.

A judicialização da vida está relacionada a um conjunto de diferentes fenômenos que fragilizam outras esferas do poder estatal e ampliam a sua crise⁸⁰ e em razão destas questões sociais, busca-se o Judiciário para, de qualquer maneira, garantir a concretização das metas constitucionalmente estabelecidas, mas não satisfeitas.

Num paradoxo, ao continuar para além de sua competência, o Judiciário destrói todo o sistema democrático constitucional e, portanto, o próprio Estado, o

Judiciário no jogo democrático, o garantismo impossibilita que os juízes “digam qualquer coisa sobre qualquer coisa” (TRINDADE, 2012, p. 95-132).

⁷⁹ Assim, os cidadãos assumem uma postura direcionada ao conflito, à reivindicação de direitos pela via do litígio judicial, que passa a ser o palco da resolução de grande parte das contendas políticas. Este traço do comportamento das sociedades contemporâneas acaba resultando naquilo que alguns chamam de “judicialização das relações sociais”, traduzida na “crescente invasão do direito na organização da vida social” (BARGOS, 1999, p. 149).

⁸⁰ Existem várias causas políticas capazes de fundamentar o aumento da judicialização da vida, sendo os principais: a) a transformação do modo de compreensão da democracia como “vontade da maioria”, adicionando-se a importância do poder contramajoritário, que acaba tendo o Judiciário como seu representante; b) a afirmação da separação dos poderes, que facilitou a judicialização; c) a não implementação de políticas públicas, ainda que exista um amplo rol de direitos assegurados constitucionalmente; d) a atuação de certos grupos de interesse ao utilizar a jurisdição como meio de expandir os direitos garantidos, pleiteando a inclusão de outros não afirmados na constituição; e) o fortalecimento do controle de constitucionalidade, que, muitas vezes, aparece amplamente vinculado com o sistema político, no sentido de que acabou sendo utilizado pela oposição parlamentar para barrar as iniciativas do Executivo; f) a inefetividade das instituições majoritárias, fazendo-se referência tanto ao Legislativo quanto ao Executivo, devido à ausência de implementação de políticas públicas por parte deste, o que representa um problema na condução da administração; g) a delegação de poderes pelas próprias instituições majoritárias ao Judiciário, criando-se, assim, uma situação de conveniência, em que, para não gerar controvérsias políticas para o congressista (ou administrador), ao invés de definir lei que proíbe (ou permita) certas questões de grande divergência social, atribui-se tal função aos juízes e tribunais, evitando a indisposição política, o conflito e a polêmica com os seus eleitores e, principalmente, com seus opositores. (TATE; VALLINDER, 1995, p. 194-200)

que colabora para a sua instabilidade. Esse ativismo resulta numa disfunção do Poder Judiciário, que será definida como um componente instável interno e que colabora para a instabilidade estatal.

A brecha apresentada pelo constitucionalismo democrático por intervenção dos direitos fundamentais permitiu que todos os poderes tornassem conectados ao ideal de vida social em comum registrado naquelas constituições. Nessa linha, mesmo que seja clara a importância que o Judiciário alcançou nas constituições democráticas, é inimaginável negar que, nos dias de hoje, ele ultrapasse os seus limites de atuação⁸¹.

Razão pela qual procurou-se diferenciar a judicialização da política – consequência evidente desse desvio pressão social na direção do Poder Judiciário – do ativismo judicial – como interferência imprópria do poder, para caminhar-se, então, às conclusões desta pesquisa e demonstrar de que modo o poder judiciário brasileiro subverteu as definições da teoria geral do garantismo para negar direitos sociais.

⁸¹ Segundo DWORKIN (2000, p.101) “Minha visão é que o tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas tem sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem –estar geral – e que deve tomar essas decisões elaborando e ampliando a teoria substantiva da representação extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.”.

CAPÍTULO III - DO ESTUDO DE CASO: CONCESSÃO DO ADICIONAL DE PENOSIDADE EM REGIÕES FRONTEIRIÇAS – SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS VINCULADOS AO PODER EXECUTIVO E NÃO ELENCADOS PELA LEI 12.853/13

Esta parte da pesquisa decorre da necessidade de se verificar como os poderes têm lidado com a efetividade do direito ao recebimento de adicional pelo exercício de atividades penosas, em especial, no serviço. Introduzido como direito fundamental dos trabalhadores, foi previsto no art. 7º da Constituição da República de 1988 e encontra-se arranjado no inciso XXIII do referido artigo, juntamente com o direito a percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade.

O tema é pouco abordado pela doutrina brasileira independentemente se está relacionada ao direito do trabalho ou ao direito administrativo. Assim como os doutrinadores pouco o citam, incluindo-o no rol de efetivação dos direitos sociais; o poder judiciário nega o direito limitando-se a afirmar a ausência de sua regulamentação ou ainda ser o caso de aplicação do instituto da reserva do possível.

Os Tribunais Superiores, como num jogo de peteca, não aprofundam a discussão; o STF sob a alegação que não existe matéria constitucional ofendida, deixa de adentrar ao mérito do debate e o STJ fundamenta-se na súmula vinculante 37 do STF e nega o direito. Diante dessa carência doutrinária e com um Judiciário confuso e em crise, neste capítulo, será abordado uma simples aceção do objeto e sua previsão normativa, assim como será analisado as decisões proferidas sobre o tema.

3.1 Adicional de penosidade no contexto legal brasileiro

A constituição de 1988 trouxe consigo inúmeras novidades relativas a legislação trabalhista, inseridas em seu artigo 7º, que dispõe expressamente sobre os direitos laborais dos trabalhadores urbanos e rurais. Incorporado a este rol de

direitos, precisamente no inciso XXIII⁸², apresentou-se o adicional de remuneração para atividades penosas.

Nessa linha, vale mencionar a lição Octavio Bueno Magano (1998, p. 54), para quem as “atividades penosas são as geradoras de desconforto físico ou psicológico, superior ao decorrente do trabalho normal”, ou seja, o trabalho penoso é aquele desgastante para a pessoa humana; é o tipo de trabalho que, por si ou pelas condições em que exercido, expõe o trabalhador a um esforço além do normal para as demais atividades e provoca desgaste acentuado no organismo humano. É o trabalho que, pela natureza das funções ou em razão de fatores ambientais, provoca uma sobrecarga física e/ou psíquica para o trabalhador.

Apesar de constar expressamente no diploma constitucional brasileiro somente em 1988, esta inclusão não se tratou de inovação a ordem jurídica. Já em 1960, foi sancionada a Lei 3.807⁸³, que ao instituir as aposentadorias especiais para os trabalhos penosos, insalubres e perigosos, dispôs sobre o adicional de penosidade.

Anos mais tarde, outra lei de previdência, a de número 7.850 de 1989, estendeu a aposentadoria especial para a atividade de telefonista, que foi avaliada como penosa. Entretanto, estas legislações foram revogadas com o advento das Leis 8.212/91, 8.213/91 sem que tal conceito se perdesse.

Atualmente, o adicional de atividades penosas encontra-se literal e perfeitamente previsto no artigo 71 da Lei 8.112, de 11 de Dezembro de 1990⁸⁴, que institui o Regime Jurídico dos Servidor público Civis da União, no qual verificou-se duas hipóteses que possibilitam a concessão do adicional: a) o exercício em zona de fronteira; b) o exercício em localidade cujas condições de vida o justifiquem (loais com dificuldade de fixação de pessoal). E a vinculou à regulamentação em virtude da necessidade de definição de fronteira para fins de percepção do auxílio e com a

⁸² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

⁸³ Foram consideradas atividades penosas: funções de magistério; funções relativas ao transporte rodoviário, como motoristas e cobradores de ônibus; funções com operações industriais que trazem desprendimento de poeiras capazes de fazerem mal à saúde, incluindo os trabalhos permanentes no subsolo e os trabalhos permanentes em galerias, rampas, poços, depósitos etc.

⁸⁴ Art. 71. O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos e condições e limites fixados em regulamento.

finalidade de fixação do valor devido a título de indenização pelo exercício de atividade penosa.

A ausência desta regulação fez com que houvesse um movimento social para que este adicional fosse, então, efetivado. Nesta linha, foi sancionada a lei 12.855/2013 que, em tese, supriria a necessidade de regulamentação, como é possível observar os artigos 1º e 2º:

Art. 1º É instituída indenização a ser concedida ao servidor público federal regido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em exercício de atividade nas delegacias e postos do Departamento de Polícia Federal e do Departamento de Polícia Rodoviária Federal e em unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Trabalho e Emprego situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços.

(...)

§ 2º As localidades estratégicas de que trata o caput serão definidas em ato do Poder Executivo, por Município, considerados os seguintes critérios:

I - Municípios localizados em região de fronteira;

II - (VETADO);

III - (VETADO);

IV - dificuldade de fixação de efetivo.

Art. 2º A indenização de que trata o art. 1º será devida por dia de efetivo trabalho nas delegacias e postos do Departamento de Polícia Federal e do Departamento de Polícia Rodoviária Federal e em unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Trabalho e Emprego situadas em localidades estratégicas, no valor de R\$ 91,00 (noventa e um reais).

§ 1º O pagamento da indenização de que trata o art. 1º somente é devido enquanto durar o exercício ou a atividade do servidor na localidade.

§ 2º O pagamento da indenização de que trata o art. 1º não será devido nos dias em que não houver prestação de trabalho pelo servidor, inclusive nas hipóteses previstas no art. 97 e nos incisos II a XI do art. 102 da Lei nº 8.112, de 1990.

§ 3º O valor constante do caput equivale à jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias e deverá ser ajustado, proporcionalmente, no caso de carga horária maior ou menor prestada no dia.

§ 4º No caso de servidores submetidos a regime de escala ou de plantão, o valor constante do caput será proporcionalmente ajustado à respectiva jornada de trabalho. (BRASIL, 2013, texto *online*)

Como é possível observar, o art. 1 da Lei 12.855/13, discrimina os demais servidores públicos federais lotados em região de fronteira, sob o fundamento que

as categorias inseridas no rol presente no § 1º⁸⁵ deste artigo são categorias, teoricamente, ligadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão de delitos transfronteiriços, o que justificaria a exclusão dos demais servidores também vinculados ao Poder executivo, mas não enumerados nesta lei. Além disso, este mesmo artigo, em seu § 2º, vinculou o pagamento do adicional à regulamentação do Poder Executivo, que deveria determinar quais municípios estariam englobados pelas condições elencadas neste parágrafo, quais sejam, municípios em região de fronteira ou com dificuldades de fixação de efetivo.

Este fator impediu o recebimento do adicional pelas categorias abrangidas pela lei assim como suscitou a discussão deste direito a outras categorias não vinculadas a lei. Com a demora na regulação desse direito, o que se viu foi uma avalanche de questionamentos perante o Poder Judiciário, que na sua atual instabilidade, inviabilizou, nos Tribunais Superiores, a percepção deste adicional.

Para limitar o objeto de pesquisa, delimitou-se como decisões de primeira instância a serem analisadas aquelas dadas pelo juizado especial federal de Dourados. Optou-se por essa subseção por se tratar de jurisdição com maior abrangência de municípios localizados em região de fronteira no Estado do Mato Grosso do Sul. Até o início desta pesquisa existia apenas dois juzizados federais no estado, sendo um em Dourados e outro em Campo Grande. Outro fator levado em consideração para limitação da jurisdição pesquisada foi o acesso digital do inteiro teor das decisões por ela proferidas.

Em segunda instância, optou-se pela análise dos acórdãos da Turma Recursal do Estado de Mato Grosso do sul, tendo em vista que as decisões de

⁸⁵ § 1º A indenização de que trata o caput será concedida ao servidor ocupante de cargo efetivo das seguintes Carreiras ou Planos Especiais de Cargos:

I - Carreira Policial Federal, de que trata a Lei nº 9.266, de 15 de março de 1996;

II - Carreira de Policial Rodoviário Federal, de que trata a Lei nº 9.654, de 2 de junho de 1998;

III - Carreira Auditoria da Receita Federal (ARF), de que trata a Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002;

IV - Plano Especial de Cargos do Departamento de Polícia Federal, de que trata a Lei nº 10.682, de 28 de maio de 2003;

V - Plano Especial de Cargos do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, de que trata a Lei nº 11.095, de 13 de janeiro de 2005;

VI - Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda, de que trata a Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009;

VII - Carreira de Fiscal Federal Agropecuário, de que trata a Lei nº 10.883, de 16 de junho de 2004; e

VIII - Carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho, de que trata a Lei nº 10.593, de 2002.

primeira instância estão vinculadas a esta instituição. E analisará, também, as decisões da Turma Nacional de Uniformização e Tribunais Superiores.

Portanto, é importante analisar as decisões dadas sobre o tema, primeiramente, pelos juízos de primeira instância, e em um segundo momento, pelos juízos de segunda instância, tendo em vista que a concessão ou não deste direito tem sido determinada por esse poder, que vem se utilizando da teoria garantista para negar a efetividade do direito à referida indenização.

3.2 Decisões judiciais de controle difuso de constitucionalidade em matéria de concessão do adicional de penosidade

O Estado Brasileiro, ao adotar uma constituição com repleta de direitos fundamentais, fez com que se iniciasse, no Poder judiciário como um todo, um movimento defensor da efetivação destes direitos: o garantismo. A este panorama há também a reforma do Poder Judiciário, que contribuiu para uma modificação no modo de decidir das instituições ligadas a ele.

Percebe-se a inauguração de um novo paradigma, no qual o poder judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal toma o papel principal. Ao aproximar estas garantias constitucionais deste sistema jurídico indaga-se, na tentativa de compreender a aplicação prática da teoria garantista.

Neste parte da pesquisa, tem por finalidade analisar a postura da jurisdição ordinária e constitucional brasileira sobre o tema e liga-la a uma discussão com o garantismo, Como se verificará, os centros decisórios tem subvertido os fundamentos teóricos deste sistema, especialmente, sobre a concessão da indenização por exercício de atividade penosa, que ao mal interpretar esta teoria, negam o direito. Para tanto é importante avaliar estas decisões em relação a outros dois fenômenos que acometem este poder, quais sejam: o ativismo judicial e a judicialização da política.

Ao mesmo tempo em que ocorre o desenvolvimento da teoria garantista, também se mostram no cenário o ativismo judicial e da judicialização da política. E apesar deste movimentos comportarem semelhanças, são marcados pelas

diferenças. A judicialização da política⁸⁶ engloba o Poder Judiciário em todas as suas nuances, em especial, no que trata de procedimentos. Já o ativismo judicial⁸⁷, está ligado aos julgadores, protagonistas deste Poder.

É importante salientar que essa simpatia pelo ativismo judicial assume aspectos de atualização na praxe judiciária, pois autoriza o juiz a decidir sem vincular-se aos parâmetros legais e a buscar livremente “a verdadeira justiça” ao atribuir, aos princípios, o significado mais conveniente a suas razões, no entanto o que passamos a vivenciar, de fato, é verdadeira crise hermenêutica nos centros de decisões de controle difuso de constitucionalidade.

Esta atitude não permite, portanto, esclarecer que, ao invés de superar o positivismo, segue-se atrelado à sua mais intrincada herança: a discricionariedade, agora, numa nova roupagem. Nessa perspectiva e diante desse colapso paradigmático oriundo no segundo pós-guerra, a jurisdição estaria diante de uma escolha: enfatizar o decisionismo ou aplicar garantismo processual e, conseqüentemente, efetivar normas constitucionais, em especial, as que tratam de direitos sociais.

Diante disso, nos tópicos seguintes, propõe-se a demonstrar a insegurança jurídica vivida no Brasil, diante de um Poder Judiciário que usa de diversas linhas doutrinárias para decidir sobre efetivação de direitos sociais ora para concedê-los, ora para negá-los mesmo que para isso modifique a fundamentação teórica da doutrina garantista.

Mas antes de adentrar-se especificamente na análise dos fundamentos dados nas decisões abaixo elencadas, é importante algumas considerações. O Constituinte garantiu o direito ao trabalho e ao adicional de penosidade no título de “Direitos e Garantias Fundamentais”, no art. 7º, XXIII, CF, e o colocou na ordem jurídica, sem restringi-lo a uma ideia.

Quanto aos direitos sociais, parte da doutrina entende que trata-se de direito fundamental e por essa razão lhe é aplicável o parágrafo primeiro, do artigo 5, da Constituição, o que é dizer, normas de direito fundamental social tem aplicação

⁸⁶ É a migração dos debates do Poder Legislativo levados para o Poder Judiciário por meio de demandas judiciais ou, também, pela uso de procedimentos típicos do Poder Judiciário pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo. (TATE; VALLINDER, 1997, p. 67)

⁸⁷ Os juízes passam a atuar politicamente por meio de suas decisões.

imediate. Outra parte, no entanto, entende que as normas constitucionais relativas ao trabalho são de cunho programático, o que as limita a ponderação principiológica e ao interesse público atrelado ao mandamento legal, sem determinar a maneira como a Administração as efetivaria.

Ao se tratar com direitos fundamentais, as normas programáticas deixam de ter eficácia limitada, isto por que a sua colocação no mandamento constitucional estão intimamente ligadas a sua eficácia e aplicabilidade, como bem assevera Grau:

Ao aceitarmos, pacificamente, a existência de direitos sem garantias, alinhamo-nos, conscientemente ou inconscientemente, entre aqueles que concebem – inconsciente ou conscientemente, também – esteja a Constituição integrada por fórmulas vazias, desprovidas de valor jurídico. Cumpre reconhecer, assim, que a Constituição é, toda ela, norma jurídica e, como tal, todos os direitos nela contemplados têm aplicação direta, vinculando tanto o Judiciário, quanto o Executivo, como Legislador. Sustento, nestas condições, que as normas constitucionais programáticas, sobretudo – repita-se – as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculante do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. (1998, p. 88)

Diante destas considerações, passa-se analisar o fundamento em decisões sobre o tema e como a teoria garantista é abordada nessas decisões.

3.2.1 Análise de decisões de primeira instância: Juizado Especial Federal de Dourados MS

O Juizado Especial Federal de Dourados foi levado a decidir por diversas vezes sobre a concessão de adicional de penosidade a servidor público federal. Inicialmente foi levado a analisar a possibilidade de utilização da Portaria 633/2010 do MPU, em que regulamentava o pagamento deste adicional aos técnicos e analistas ligados a esta instituição, a época, essa portaria foi instituída pelo procurador geral da República e é este ato normativo que fundamenta o pagamento a estas categorias até hoje.

Posteriormente, com a entrada em vigor da Lei 12.855/13, passou a analisar esse pedido sob a ótica dessa lei, fosse para servidores por ela abarcados, fosse por servidores em situação isonômica, mas não abrangidos pelo ditame legal.

Por um tempo, esse centro de decisão entendia devido o pagamento de tal adicional, utilizando, basicamente, a mesma fundamentação teórica, ou seja, uso da analogia pois se a lei não previu a solução específica do conflito de interesses sob o qual o judiciário tem a obrigação de decidir, a solução deve ser buscada no ordenamento jurídico como um todo, integrando-o, nos limites de sua jurisdição e competência.

No entanto, com a mudança de paradigma da turma recursal firmada em sentido distinto dessa fundamentação, esse centro de decisão se viu obrigado a mudar seu posicionamento a fim de se alinhar com o posicionamento das instancias superiores.

Cabe frisar que para fundamentar a concessão desse direito fundamental social, o magistrado se fundamentou em decisões de cunho garantista proferida pelo STF em dois mandados de injunção.

O primeiro o MI 721, de relatoria do ministro Marco Aurelio, que conferiu a este remédio constitucional natureza mandamental, e não simplesmente declaratória, a fim de viabilizar, no caso concreto e de até a vinda da norma regulamentadora, o exercício do direito já consagrado.

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocando à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão. (...) Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador. (JUSBRASIL, 2014, texto *online*)

No segundo julgado, o Mandado de Injunção 708/DF, o ministro Carlos Brito vai além, e entende que a eficácia da decisão no MI não pode ser limitada, exatamente por entender que este remédio visa alcançar o Poder legislativo a sair da inercia e promover a efetividade da norma constitucional:

[...] tenho dito que o pressuposto do mandado de injunção é uma norma constitucional de eficácia limitada, por isso carecedora de regulamentação

que torne viável o exercício daquelas situações jurídicas ativas. Ora, se o pressuposto lógico do manejo do mandado de injunção é uma norma constitucional de eficácia limitada, a nossa resposta judicante não pode ser de eficácia limitada. Não se pode responder a uma norma constitucional de eficácia limitada com uma decisão de eficácia limitada. É uma contradição de termos. (JUSBRASIL, 2014, texto *online*)

Na decisão dada no processo 0003202-90.2014.4.03.6202, citou como exemplo, a matéria tratada no julgamento do referido MI, em que o Tribunal Pleno do STF, assegurou à impetrante, então servidora pública federal, o direito à aposentadoria especial, utilizando-se as regras previstas na Lei n. 8.213/91, lei que trata da aposentadoria especial para os contribuintes do regime geral de previdência, até a edição de lei que regulamente o direito previsto na CF/88, em acórdão assim ementado:

MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. (JUSBRASIL, 2014, texto *online*)

No ponto de vista garantista, é necessário o respeito ao princípio da legalidade, ou seja, respeitar as ordens emanadas das leis, validas formalmente, a fim de que se alcance sua validade material. É nesse momento, que esta teoria se afasta do positivismo clássico, pois, respeitar o princípio da legalidade é integrar o ordenamento jurídico como um todo a fim de garantir a efetividade de um direito fundamental.

Ou seja, numa sociedade dinâmica fundada na democracia, o próprio legislador, ciente de que a elaboração das leis nem sempre acompanhará a evolução social, previu que, nos casos omissos, a solução para a questão levada ao Judiciário deve ser buscada por meio da aplicação da analogia⁸⁸, dos costumes ou dos princípios gerais de direito, nesta ordem. (BRASIL, 1942).

⁸⁸ “O processo analógico consiste em aplicar uma disposição legal a um caso não qualificado normativamente, mas que possui algo semelhante com o fato-tipo por ela previsto. Porém, para que tal se dê deve-se considerar como relevante alguma propriedade que seja comum a ambos.” (DINIZ, 2002, p. 141-142).

A respeito do nascimento destas lacunas no direito entende-se que são um problema pós século XIX:

O problema das lacunas nasceu com o princípio da separação dos poderes que impõe ao juiz a obrigação de aplicar um direito preexistente e que se supõe ser-lhe conhecido. Antes da Revolução Francesa, este problema não existia, pois o juiz devia encontrar a regra aplicável: na ausência de uma regra expressiva, podia procurar outras fontes do direito além da lei positiva e, se as fontes não fossem concordes, importava saber em que ordem deveriam ser classificadas essas fontes de direito supletivo. Como não era proibido aos juízes formularem regras por ocasião de litígios (“as sentenças de regulamentação”) e não tinham de motivar suas sentenças de forma expressa, compreende-se que o problema das lacunas não tenha surgido antes do século XIX. (PERELMAN, 2004, p. 63)

Doutrinariamente, pode-se dizer, que no caso da concessão do adicional de penosidade para o servidor público federal, há normas suficientes no ordenamento jurídico brasileiro, capazes de viabilizar a concessão desse adicional, ou seja, a falta de regulamentação da Lei n. 8.112/90 ou da Lei 12.855/13, se enquadra na primeira espécie de lacuna do direito⁸⁹, autorizando, portanto, que o juiz faça uso do art. 4º, da Lei 4.657/42, conforme elucida STRECK:

[...] pode-se entender, sem dúvida, que, quando o juiz está autorizado/obrigado a julgar nos termos dos arts. 4º da LICC e 126 do CPC (isto é, deve sempre proferir uma decisão), isso significa que o ordenamento é, dinamicamente, completível, através de uma auto-referência ao próprio sistema jurídico. (2007, p. 104-105)

O caso estudado conjuga aspectos garantistas em suas fundamentações. O garantismo se introduz no amparo a efetivação de direitos fundamentais sociais elencadas na constituição e na aplicação daquilo que é afirmado no ordenamento jurídico brasileiro. A decisão, deste modo, abrigou um alicerce valorativo e

⁸⁹ Maria Helena Diniz (2002, p. 95) explica suas principais espécies: “ante a consideração dinâmica do direito e a concepção multifária do sistema jurídico, que abrange um subsistema de normas, de fatos e de valores, (...) três são as principais espécies de lacunas: 1ª) normativa, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2ª) ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, (por exemplo, o grande desenvolvimento das relações sociais e o progresso técnico acarretarem o anciloso da norma positiva); e 3ª) axiológica, no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.”.

possibilitou ao magistrado uma atitude mais atuante no caso concreto, sem invadir a esfera de competência dos demais poderes.

3.2.2 Análise de decisões de segunda instância: Turma Recursal do MS, TNU, STJ e STF

Diferentemente do que se presenciou em primeira instância e algumas turmas recursais pelo país, os centros de decisão em segunda instância foram categóricos em decidir pela improcedência do pedido de concessão do adicional de penosidade por falta de regulamentação, incrementando o peso decisório da Súmula Vinculante n. 37, do STF e Súmula 339⁹⁰. Fato que, primeiramente, demonstra a inconsistência das decisões do STF. Isso por que este tribunal oscila do ativismo judicial⁹¹, ao positivismo clássico, decisões que representam uma intrínseca disposição desta Corte em subordinar a constitucionalidade à governabilidade do país em seus processos de decisão.

A atuação deste Tribunal precisa ser técnica e imparcial, buscar a efetivação de direitos fundamentais, alcançar o respeito à Constituição e aplicar a vontade do Poder legislativo que detém legitimidade para representar da população. Sua atuação não é automática em realizar a subsunção do fato à norma. É aceitável a integração do ordenamento jurídico para fundamentar suas decisões, isso porque a ordem jurídica é constituída por normas e princípios que operam como base deste complexo sistema, desde que respeitado os limites de sua competência estabelecidos pelo legislador⁹².

No entanto, diante da instabilidade na escolha da teoria hermenêutica constitucional adotada pela Corte, passa-se a aceitar as decisões que vem ao encontro da ideologia majoritária dentro da sociedade e a criticar aquelas que a

⁹⁰ Súmula 339 STF: “não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.”

⁹¹ Independentemente das questões sociais e morais que envolveram o julgamento do HC 124.306, no qual o aborto até o 3 mês de gestação foi descriminalizado, tratou-se de típica invasão de competência onde o Judiciário cria uma nova lei.

⁹² Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. (BARROSO, 2009, p. 54)

contrária, mas ambas escancaram o perfil ativista de um STF que cria e reinventa a Constituição conforme suas conveniências e oportunidades.

Essa incoerência hermenêutica afirma a criatividade de seus julgadores em trazer interpretações ativas da Constituição e demonstram a incongruência interna. Esse contexto possibilita o aparecimento progressivo de decisões divergentes sobre assuntos semelhantes, como consequência, perde-se o poder impositivo do precedente constitucional.

E, então, o poder judiciário vive um efeito cascata: diante da instabilidade do STF, todos os demais centros de decisão, ciente de sua subordinação à Suprema Corte, optam pela não discussão aprofundada do assunto e mantêm posicionamentos baseados exclusivamente em sumulas sem que seja analisado o caso concreto⁹³.

⁹³ Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR DO JUDICIÁRIO. FUNÇÃO COMISSIONADA. JUSTIÇA DO TRABALHO. ADICIONAL DE ATIVIDADE PENOSA. AUSÊNCIA DE NORMA REGULAMENTADORA. EQUIVALÊNCIA REMUNERATÓRIA COM OS SERVIDORES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 339 DO STF E SÚMULA VINCULANTE N. 37/STF. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Cuidam os autos de ação ordinária ajuizada pelo Recorrido, ocupante de função comissionada no âmbito da Justiça do Trabalho (localidade de Tabatinga/AM) em face da União Federal objetivando perceber diferenças vencimentais a título de "adicional de atividade penosa", nos termos do Art. 70., XXIII/CF e dos Artigos 70 e 71 da Lei 8.112/90. Argumenta que, não obstante a ausência de regulamentação deste adicional pelo Conselho Superior da Magistratura Trabalhista (de resto, expressamente denegado, v.g., nos autos dos processos administrativos PP-4254-11.2011.5.90.0000 e CSJTTP- 264-75.2012.5.90.0000), tal lacuna pode vir a ser colmatada pela aplicação da Portaria n. PGR/MPU n 633/2010. 1.1. O Juiz Federal de Tabatinga/AM julgou procedente em parte a ação ordinária para o fim de condenar a União Federal a pagar em benefício do Autor o adicional de atividade penosa no valor de 20% do que percebe a título de função comissionada, e as diferenças devidas, a partir de 01.01.2011. A sentença foi confirmada, à unanimidade de votos, pela Turma Recursal do Amazonas. Admitido o pedido de uniformização, vieram os autos a mim distribuídos. 2. O adicional de atividade penosa, previsto nos artigos 70 e 71 da Lei 8.112/90, é devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem. A respectiva percepção encontra-se condicionada, consoante a própria dicção legal (Art. 71), à regulamentação a ser estabelecida em caráter específico, fruto do exercício do poder regulamentar, inexistente no âmbito do Poder Judiciário Nacional (Vide PPN - 2012/00017, decidido pelo CJF). 3. Com efeito – é bom fixar o entendimento - o adicional de penosidade encontra-se previsto no artigo 70, inciso XXIII da Constituição Federal/88, inserido no mundo jurídico juntamente com os adicionais de insalubridade e periculosidade. A Lei n.º 8.112/90, que trata do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, em seu art. 70, dispõe que "na concessão dos adicionais de atividades penosas, insalubres e de periculosidade serão observadas as situações estabelecidas em legislação específica". Por sua vez, o artigo 71 da Lei 8.112/1990, prevê o adicional de penosidade, garantindo-o aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento. 3.1. Verifica-se, assim, que o artigo 71 é claro ao referir que o adicional de penosidade será devido ao servidor nos termos, condições e limites fixados em regulamento. Isto é, a própria lei definiu que o regulamento tem o condão de definir os termos, condições e limites para o pagamento da parcela em questão. Todavia, atualmente, não há qualquer previsão legal para definir ou caracterizar a atividade penosa no âmbito da Justiça do Trabalho, não sendo possível aplicar por analogia norma regulamentadora de outros

O Supremo Tribunal Federal é o protagonista na efetivação dos direitos fundamentais e é de sua competência a proteção da Constituição cabendo-lhe satisfazer aos princípios constitucionais, sujeitar-se à Constituição e prezar pelo cumprimento das normas por ela determinadas.

O que se observa na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, é que ela não se embasa no texto constitucional, mas sim nos juízos valorativos daqueles que julgam. Esse fator acarreta na insegurança jurídica, já que a falta de fundamentação constitucional para tomada dessas decisões, culmina no decisionismo e na discricionariedade de seus membros, e, por consequência, na perda de previsibilidade e legitimidade desses julgados.

O desempenho ativista do Poder Judiciário parte com o modelo de democracia e estabelece um distanciamento com o Estado Democrático de Direito, o que traz um choque contraproducente a ordem política adotada pelo Constituinte originário. Trata-se de uma promoção de poder centros de decisão, apropriando-se função legiferante. Montesquieu afirma que quando um único poder traz para si duas ou mais funções estatais, esse poder tenderá ao abuso de poder e, via de consequência, corrosão do aparelho político.

órgãos, uma vez que, a Lei n. 8.112/1990 ao tratar da matéria condicionou o seu pagamento à existência de regulamento específico. Em conclusão, portanto, não se faz possível estender para os Servidores da Justiça do Trabalho o adicional de penosidade concedido pelo Ministério Público Federal. 4. Confirma-se, a propósito, o seguinte Acórdão do STF, da Relatoria Min. Moreira Alves: Servidor público. Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. Art. 7º, XXIII, da Constituição Federal. - O artigo 39, § 2º, da Constituição Federal apenas estendeu aos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios alguns dos direitos sociais por meio de remissão, para não ser necessária a repetição de seus enunciados, mas com isso não quis significar que, quando algum deles dependesse de legislação infraconstitucional para ter eficácia, essa seria, no âmbito federal, estadual ou municipal, a trabalhista. Com efeito, por força da Carta Magna Federal, esses direitos sociais integrarão necessariamente o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mas, quando dependem de lei que os regulamente para dar eficácia plena aos dispositivos constitucionais de que eles decorrem, essa legislação infraconstitucional terá de ser, conforme o âmbito a que pertence o servidor público, da competência dos mencionados entes públicos que constituem a federação. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido. (STF. RE 169173, Relator (a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 10/05/1996, DJ 16-05-1997 PP-19965 EMENT VOL-01869-03 PP-00508) 5. Por fim, há de se levar em conta a recente edição da Súmula Vinculante n. 37, do STF, incrementando o peso decisório da anterior Súmula 339: NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO, QUE NÃO TEM FUNÇÃO LEGISLATIVA, AUMENTAR VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS SOB O FUNDAMENTO DE ISONOMIA. 7. Pedido de Uniformização de Jurisprudência conhecido e provido para, reformando o Acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido vestibular, invertendo-se os ônus sucumbenciais. Data da Decisão 12/11/2014 Data da Publicação 05/12/2014” “Processo RESP 201402902154 RESP – RECURSO ESPECIAL - 1495287 Relator (a) MAURO CAMPBELL MARQUES Sigla do órgão STJ Órgão julgador SEGUNDA TURMA Fonte DJE DATA:07/05/2015.

Desse modo, temos uma população vítima indireta da subversão hermenêutica aplicada pela jurisdição, além de prejudicar diretamente toda uma categoria ligada a entes federais que deveriam desfrutar de um direito garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro, que, no entanto, veem seus direitos restringidos seja pelo Executivo que não regulamenta a Lei, seja pelo Legislativo que se mantém inerte, seja pelo Poder Judiciário, que mesmo tendo o condão de integrar o ordenamento e dar eficácia às normas constitucionais, opta pela flexibilidade jurisprudencial e restringe tais direitos.

3.3 A constatação de uma crise de efetividade do direito constitucional na concessão do adicional de penosidade

No Brasil, em particular, juízes que, até então, nunca foram obrigados a se valer de matérias de complexidade elevada para exercer sua atividade jurisdicional, nomeados a decidir lides de caráter exclusivamente individuais, encontraram-se diante de um expoente: a Constituição Federal de 1988 e sua redação repleta de princípios.

A modificação de atitude do juízo, neste novo arquétipo, seria imprescindível. No entanto, toda transição nos reporta, inevitavelmente, a erros e disparidades, em especial, quando se trata de subjetividade. Passamos a vivenciar, então, juízes, que foram forjados no positivismo e habituados a pronunciar-se fundamentados na literalidade da lei e nos efeitos racionais resultantes das técnicas clássicas de hermenêutica e que precisariam, doravante, ocupar-se com princípios e se aprofundar em pontos relevantes, que envolveriam garantias fundamentais.

Diante deste panorama, restaram dois caminhos a serem seguidos: conservar-se no arranjo positivista – ignorando as mudanças latentes – ou avocar as incitações e as ameaças de confrontar-se com a Constituição e dar efetividade a seus princípios. É fato que, ainda hoje, muitos magistrados supõem que, na prática, não houve mudanças. No entanto, tantos outros, ainda que de maneira subversiva, perceberam que a Constituição precisa ser a força motriz em um Estado Democrático de Direito.

A atividade regulamentadora, portanto, decorre do Poder Normativo do Executivo, e não gera inovação na ordem jurídica (ato normativo originário), mas tão somente explicita ou complementa a lei, sem, contudo, ultrapassar os horizontes da legalidade (ato normativo derivado). Ou seja, o adicional é criado e garantido por lei, desempenhando, o regulamento, mero papel integrador.

Neste contexto, sendo certo que os servidores públicos federais possuem direito líquido e certo ao adicional, é dever do Poder Judiciário Federal efetuar sua imediata implantação, não cabendo, repita-se, qualquer justificativa econômico-financeira para o descumprimento da lei, eis que ao contrário estaríamos diante de descumprimento de uma lei praticado pelo Poder Estatal que deveria defender o estrito cumprimento das leis e da Constituição.

É de se ressaltar a existência constante e crescente da evasão de servidores do judiciário lotados em regiões de fronteira, a exemplo tem-se a elevada quantidade de servidores que participam em concursos de remoção para deixarem essas regiões fronteiriças.

A inaplicabilidade da lei, notadamente ao que se refere a um direito inerente à remuneração do servidor, ocasiona danos não só a ele, mas aos que buscam a eficiência da prestação de serviços públicos e a segurança nacional, o que se reflete em malefícios em favor de toda a coletividade.

E a ausência de regulamentação não pode consubstanciar-se em óbice ao exercício de direitos garantidos por lei, notadamente quando se busca a eficiência da prestação de serviços públicos e a segurança nacional, o que se reflete em benefícios em favor de toda a coletividade. Além disso, não pode o poder judiciário ter posicionamento distintos quando se trata de direitos fundamentais.

O artigo 71 da Lei 8.112/90 não corresponde a uma mera norma-programa ou algo do gênero, mas deve ser concebido com a máxima efetividade, sempre privilegiando-se a *mens legis* em detrimento da vontade do gestor público, em homenagem ao Estado de Direito e ao Dever da Administração Pública de cumprir com precisão as disposições legislativas sob pena de violar a supremacia do interesse público, haja vista que todo poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes; portanto, emana do interesse público que seja cumprido o mencionado artigo 71 da Lei 8.112/90.

O adicional fora criado e garantido por lei, estando de fato regulamentado, cabendo ao poder judiciário a aplicação pura da lei, a fim de integrar à remuneração do servidor o adicional de penosidade a que tem direito.

A omissão de um poder em regulamentar não pode ser aproveitada como fundamento quando se tem um direito constitucionalmente garantido e positivado nas normas infraconstitucionais, sendo obrigação do poder judiciário efetivar o direito colocado, para que não se ofenda o princípio da legalidade.

Neste contexto, sendo certo que os servidores públicos federais possuem direito líquido e certo ao adicional, uma vez que tem-se a base legal para a concessão do benefício, lei 8112/90 em conjunto com a 12855/13, é dever do Poder Judiciário Federal efetuar sua imediata implantação, não cabendo, repita-se, qualquer justificativa econômico-financeira para o descumprimento da lei, eis que ao contrário estaríamos diante de descumprimento de uma lei praticado pelo Poder Estatal que deveria defender o estrito cumprimento das leis e da Constituição.

Ressalta-se que o legislador, prevendo possíveis conflitos sociais, haja vista que a elaboração das leis nem sempre acompanha a evolução social, estabeleceu que nos casos omissos, a solução deverá ser alcançada através da analogia, costumes ou princípios gerais de direito.

Em suma, se a lei não prevê a solução de conflitos, tal solução deverá ser buscada no ordenamento jurídico como um todo, afinal, a alegação de que a ausência de regulamentação do instituto impede a efetivação do direito, pelo judiciário, não é mais aceita como em tempos passados.

Ou seja, se antes da vigência da lei 12.855/13, já não era condizente a alegação pura de ausência de norma regulamentadora para efetivação do direito, agora com a vigência da lei em comento, qualquer recusa na sua concessão, poderão ser considerados ilegais, diante da violação de princípios constitucionais que asseguram a efetividade deste direito.

Cabe esclarecer: dar efetividade à Constituição, manusear seus princípios e procurar alcançar os preceitos morais introduzidos na Carta Magna, de forma alguma denota a ideia de perpetrar as subjetividades políticas, econômicas e sociais embutidas no íntimo de quem decide em nome daquilo que discricionariamente entender por justo.

O cunho moral dos princípios não escancara os acessos ao decisionismo⁹⁴; não é uma folha em branco a ser completada ao bel prazer do julgador, tampouco é uma licença generalizada para que o hermeneuta saia aleatoriamente conferindo sua acepção aos princípios. Pois, se fosse essa a intenção do poder constituinte, estaríamos novamente diante do problema que herdamos com a teoria positivista: a discricionariedade.

Na teoria positivista, a discricionariedade existe porque, as expressões não denotam um único significado e, diante das mais diversas significações, resta ao hermeneuta decidir qual significado utilizar. E é nesse fato que reside o problema de se manter o caráter positivista num modelo constitucional democrático: o excesso de relativismo e o império do decisionismo.

Vale ressaltar, então: materializar direitos fundamentais aplicando a Constituição, não importa em admitir que o intérprete se utilize livremente de sua consciência nem de sua perspectiva racionalizante a fim de "desvendar" os valores dos princípios.

Ao contrário, princípios encerram um sentido, dado que são, eles em si, produto de um legado e vinculados historicamente. Os princípios que, atualmente, compõem a redação da Constituição da República Federativa do Brasil lançam valores e aspirações que, antes do aspecto formal, já estavam impregnados no corpo social e que foram transcritos, a fim de demonstrar que os princípios permitem ao Direito atuar mutuamente com o mundo material.

Destaque-se que os fatos públicos, notórios e evidentes independem de regulamentação, pois nada há a ser esclarecido ou explicitado pelo Estado (fundamento do Poder Regulamentar). Pouco importa se a Administração Pública expressamente declarou essa região como de fronteira⁹⁵ ou não, uma vez que o contexto fático revela tal realidade.

⁹⁴ A esvaziamento das normas jurídicas e de seus valores como fundamento balizador dos pronunciamentos judiciais, ou seja, a substituição da lei (fruto da democracia) pelas inclinações do magistrado.

⁹⁵ Não pairam dúvidas sobre o conceito de região de fronteira, especialmente se considerarmos o conteúdo do texto constitucional: "Art. 20 [...] § 2º - A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei." (grifos nossos)

Assim, é possível afirmar que o Poder judiciário e o direito possibilitam uma análise mais profunda das etapas de evolução da sociedade em certos períodos históricos, para que, conseqüentemente, buscasse acertar o meio de atuação das pessoas quanto ao exercício do poder, resolvendo lides e gerando a conformidade no que se refere à tomada de decisões, no intuito de que os direitos fundamentais sejam implantados com justiça e eficiência, permitindo qualidade de vida a cada uma das partes desta sociedade à procura do total desenvolvimento pessoal que induz à dignidade e ao aprendizado da cidadania.

No entanto, apesar do Brasil aderir a uma Constituição nos moldes garantistas, pouco se vê, no âmbito judicial, decisões vinculadas à ideia de uma jurisdição ordinária disposta a efetivar os direitos fundamentais nela expressos.

No tocante a não concessão do direito a percepção do direito ao adicional de penosidade pelo servidor público federal, ela decorre da omissão do Estado, que alega existir duas razões para a sua ineficiência. A primeira seria a carência de definição legal de fronteira para fins de percepção do auxílio. A segunda seria por não haver a fixação legal dos termos e condições do adicional em regulamento, conforme art. 71 da Lei 8.112/90, que abranja todos os servidores públicos federais, independentemente de categoria.

Com a elaboração do art. 71 da Lei 8.112/90 e, posteriormente, da Lei 12.855/13, temos, então, o reconhecimento, por parte do legislador, das condições desumanas vivenciadas por estes servidores e da necessidade de se manter, nas regiões de fronteira, um quadro permanente de servidores para garantia da soberania nacional nestas regiões. No entanto, a efetividade destas normas se esbarra na insistente atitude do Poder Executivo em postergar seu regulamento, trazendo imenso prejuízo a própria Administração e uma conseqüente judicialização deste questionamento.

Deste modo, presencia-se uma crise de efetividade constitucional, em especial, no que concerne aos direitos fundamentais sociais e passa-se agora a propor a transposição teórica da teoria geral do garantismo jurídico, desenvolvida por Ferrajoli, para os direitos sociais, enquanto ramo jurídico autônomo e dotado de normas especiais posto que direcionadas à fração administrativo-constitucional.

3.4 A adaptação da teoria geral do garantismo jurídico na concessão do adicional de penosidade com efeito *interpartes* e no controle difuso de constitucionalidade

Com a incorporação dos princípios de proteção e segurança de direitos dos trabalhadores e dos servidores públicos na Carta constitucional de 1988 que ocasionou a reestruturação da legislação especial, concretizado Estatuto do Servidor Público Federal.

Essas estruturas de garantias possuem como incumbência assegurar os direitos fundamentais dos servidores públicos em desfavor de entes estatais, capazes de infringi-los, sendo que o seguimento de luta pela segurança dos direitos fundamentais deste trabalhadores, no Brasil – evidencia progressos e regressos restritivos, que se modificam, ambos, em desafios para o incremento de estratégias novas que proporcionem a criação de condições mais adequadas no futuro, para a garantia, ascensão e proteção dos direitos fundamentais ligados a relação de trabalho no serviço público.

O processo de efetivação constitucional do conjunto normativo que trata do adicional de penosidade exerceu substantivas modificações, a começar pela conceituação, ainda que legal, do que seria o adicional de penosidade e quem teria direito a usufruí-lo – Lei 8.112/91– e, mais tarde, com o surgimento dos parâmetros necessários para concessão da indenização – Lei 12.855/13 – ainda que em ofensa ao princípio da isonomia tendo em vista a concessão legal para certas categorias em detrimento de outras também ligadas ao Poder Executivo, além da própria conceituação do que é fronteira nos termos constitucionais.

Nessa luta por eficácia em prol dos direitos do segmento em exame é fundamental criar métodos estratégicos provenientes da carta constitucional para defender esse público de um processo de marginalização e de não efetivação de garantias. Com certeza, essa análise inicia por uma apreciação dos processos de construção legislativa, os processos de domínio social e institucional, os processos

de aplicação (in)eficaz dessas normas jurídicas e, os processos judiciais para concessão desse direito com efeito inter partes e de jurisdição ordinária.

Esses parâmetros precisam estar em conformidade e harmonização com os modelos éticos e políticos do Direito Constitucional voltados ao direito administrativo. Nessa esfera, o objetivo constitui em colocar-se a normativa de ascensão e proteção deste Direito Constitucional no seu espaço adequado – acima das simples normas-regras.

A relevância da Carta magna e também dos Direito dos servidores públicos federais tanto no que concerne aos princípios – explícitos ou implícitos – como no que concerne às normas, formadores de uma subordinação a começar da óptica do juiz até a óptica de um controle normativo material e não meramente formal. O paradigma de direito sugerido pelo garantismo jurídico tem embasamento na obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, isonomia e aos outros direitos fundamentais, com subordinação formal e material da elaboração e aplicação do direito as matérias constitucionais.

Conforme a proposição garantista de conceito de teórica formal dos direitos fundamentais são direitos subjetivos (componentes de perspectiva positiva ou negativa diante do Estado) de que são possuidores todos os indivíduos providos do status de pessoa. Esta formulação, para Ferrajoli, adequa-se de modelo/critério para se analisar o grau de democracia substancial do ordenamento jurídico.

A deferência e a efetivação dos direitos fundamentais correspondem interesses e expectativas de todos e constituem, assim, o princípio da isonomia jurídica, que argumenta a aferição da democracia material. A manifestação proposta na agregação desta tarefa que ora se conclui quis evidenciar a necessidade de se funcionalizar os poderes públicos para a efetivação das normas constitucionais, especialmente, àquelas definidoras de direitos fundamentais.

A Teoria do Garantismo Jurídico, enquanto teoria geral, apresenta mecanismos ao operador do direito para instrumentalizar a efetivação da Constituição, e ver, desta forma, um Estado de Direito almejado pelos apoiadores dos direitos humanos e de uma sociedade efetivamente democrática.

A Carta Magna assegura uma sucessão de direitos, considerados como fundamentais, que não poderão ser agredidos pelas normas que lhe são

hierarquicamente inferiores. Dessa maneira, por exemplo, não poderá o legislador infraconstitucional proibir ou obrigar determinadas condutas, perante a intimidação de uma ocorrência administrativa - reserva do financeiramente possível⁹⁶-, se a constituição, o fundamento normativo de todas as leis, não permitir realizar ou não obrigar a fazer o que o legislador determinar.

Ao contrário, a Constituição protege o indivíduo do atrevimento e do despotismo estatal assegurando-lhe em face qualquer intimidação aos direitos fundamentais. Dessa maneira, surge o garantismo como meio para possibilitar a efetivação de direitos fundamentais, atualmente, sobreposto ao Estado e ao Direito e propor um sistema jurídico que, por meio dos direitos fundamentais, mostra-se capaz para impor limites e vincular os poderes desmantelados a fim de se efetivar tais direitos

Nessa esteira, o garantismo se apresenta como o outro corte do constitucionalismo, ou seja, assinala para a necessidade de aparelhos de garantia que efetivem o conteúdo das constituições no âmbito interno. Acredita-se que o direito instrumentaliza as restrições de todo e qualquer o poder, constituindo essa ideia nos direitos fundamentais de modo que até mesmo a jurisdição não estaria imune ao controle e a observância destes limites de modo a amenizar seus efeitos de segregação, isso aliado a uma democracia garantida pela acepção jurídica e constitucional em nosso país.

Assim, Ferrajoli apresenta um constitucionalismo “jus-positivista”, rígido, que robustece as constituições, de modo que os direitos fundamentais colocados promovam o direito positivo, e por consequência diminuam as disparidades sociais e os efeitos negativos da atuação parcial da jurisdição. Afirma o autor:

A Constituição é precisamente esse direito sobre o direito, esse sistema de normas metalegais dirigidas aos poderes públicos e, principalmente, ao legislador. É, em outras palavras, a convenção democrática em torno ao indecível por qualquer maioria, bem porque não se pode decidir, bem porque não se pode deixar decidir. E essa convenção – na que podemos reconhecer a forma positiva e concreta assumida pelo “contrato social” teorizado pelas filosofias jusnaturalistas, desde Hobbes a Locke e a

⁹⁶ O condicionamento da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais à dependência de recursos econômicos é que recebe a denominação de Reserva do Possível. Tem-se falado em duas espécies de reserva do possível, a fática e a jurídica. A reserva do possível fática, como sugere a denominação, diz respeito à inexistência fática de recursos, ou seja, o vazio dos cofres públicos. A jurídica, por sua vez, corresponde à ausência de autorização orçamentária para determinado gasto ser levado a cabo. (SALAZAR; GROU, 2009, p. 93)

Beccaria – não é senão a estipulação, como normas dos direitos fundamentais, ou seja, dos direitos elaborados como “inatos” ou “naturais” pela tradição jusnaturalista nas origens do Estado moderno, convertidos, uma vez reconhecidos nesses pactos sociais escritos que são as Constituições modernas, em direitos positivos Constituições rígidas de pós-guerra à condição de limites e vínculos à potestividade legislativa. (FERRAJOLI, 2008, p. 110)

O garantismo ampara-se em determinadas pontos fundamentais, as quais atuando em um aparelho aberto de permutas entre o ordenamento jurídico e a coletividade envolvida é apropriada de edificar uma estrutura de ampla base teórica, capaz ainda, de influenciar categoricamente nos pontos práticos relativos à eficácia da norma jurídica no meio social em que deverá ser aplicado.

É por essa razão, que o garantismo legitima e justifica a importância das constituições no âmbito interno, assim como são fundamentos para invalidar as regras que não coincidem com seu conteúdo. Destarte, a sugestão de um sistema constitucional fundada na limitação e vinculação do desempenho dos poderes públicos e privados à constituição e centrada nos direitos fundamentais, permite que os Estados amenizem as disparidades sociais sem que isso impeça o desenvolvimento econômico.

As normas de direitos fundamentais são os dispositivos máximos de proteção a direitos fundamentais dos indivíduos e, por esse motivo, apresentam tanta relevância dentro de nosso ordenamento jurídico. Além do que, há que se reverenciar o curso trilhado por esses direitos até atingirem a consagração no direito constitucional e internacional.

Não obstante, ainda nos dias atuais resiste o problema da validade e concretização dos direitos fundamentais sociais, o garantismo refere-se às garantias dos direitos fundamentais, compreendidos estes como os direitos de liberdade e os direitos sociais⁹⁷, No primeiro caso, refere-se de garantias negativas, ou métodos de restrição ao poder do Estado. No segundo caso, refere-se de garantias positivas, ou métodos de efetivação pelo Estado das condições necessárias para a prática dos direitos Sociais⁹⁸.

⁹⁷ Que “retratam as estruturas da existência do estado e do Direito; que os fundamentam, e que proporcionam a estrutura substancial da democracia.” (FERRAJOLI, 1995, p. 14).

⁹⁸ Assim, uma organização jurídica pode-se afirmar garantista quando insere sistema e institutos capazes a suportar, conceder reparação, defesa e tutela das liberdades individuais e aos direitos

Outra temática que está presente no garantismo quanto aos direitos fundamentais sociais refere-se ao vínculo entre direitos e suas garantias, pois, não contrário de outros direitos, os direitos fundamentais sociais representam em expectativas negativas ou positivas às quais equivalem obrigações e deveres.

A confusão entre estas duas definições elimina as duas maiores vitórias do constitucionalismo contemporâneo que são a internacionalização dos direitos fundamentais sociais e a constitucionalização dos direitos sociais, que estão condensados, na ausência de apropriada garantias, a simples asserções retóricas, ou melhor, a vacantes programas políticos juridicamente insignificantes. Isto, por si só, fundamenta a diferença entre os direitos e as suas garantias (FERRAJOLI, 1999, p. 18).

Nesse sentido, imprescindível se faz o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais e do seu fundamental papel para a concretização substancial da democracia, ao contrário da meramente formal. São os direitos fundamentais sociais, por conseguinte, vínculos impostos normativamente, titularizados por todos, e causa de ser do ente estatal.

Esses direitos se fixam, como mencionado, no plano do indecível: estão assegurados pela severidade plena particularidades do Constitucionalismo pós-guerra o que os protege da limitação por possíveis majorias. Desta maneira, os direitos fundamentais sociais abrangem por um lado, a necessidade ao Estado de prestações positivas no plano social, e, de outro, intimidam negativamente a atividade estatal, incentivando a liberdade dos indivíduos.

Assim, o garantismo jurídico ou Constitucionalismo garantista argumenta a valorização da questão constitucional como constituinte da sociedade. Essa valorização é identificada através de um núcleo de direitos inflexível e essenciais, que estruturam a sociedade e definem as atividades estatais, isto é, delineadores dos limites materiais do Estado.

Para a teoria garantista, a prática do direito deve ser preexistida da preliminar “oxigenação constitucional de viés garantista”, para a conferência da constitucionalidade material e formal. Essa é uma das atividades do operador

sociais e coletivos. Um operador jurídico afirma-se garantista quando dedica a seu exercício a ampliar o número ou a eficiência dos sistemas e dispositivos ofertados pelo sistema jurídico para tutelar e propiciar aquelas liberdades e aqueles direitos. (CADEMARTORI, 1999, p. 73)

jurídico garantista no Estado Democrático de Direito: tutelar materialmente os direitos e garantias individuais e sociais (ROSA, 2011, p. 15-16).

A urgência de efetivação dos direitos fundamentais sociais para uma eficiente democracia substancial estabelece desafios ao direito, que com certeza merecem ser confrontados. Analisa-se que a concretização dos princípios jurídicos e notadamente dos direitos sociais exige vários desafios à jurisdição constitucional, inerentes à eficácia desses direitos, bem como a deficiência de cobertura financeira estatal.

É essencial a harmonização do papel de protetor do texto constitucional do Poder Judiciário com a realidade de que lhe falta validade para permutar por totalidade os outros poderes. Uma alternativa possível a esse impasse passa pela adaptação da justificação hermenêutica das decisões judiciais, do mesmo modo que pela inalteração de uma atividade interpretativa coesa com o texto constitucional.

A teoria do garantismo jurídico evidencia, simultaneamente, o resgate e a valorização da Constituição como declaração construtiva da sociedade, deixando de ser um papel apenas normativo, visando apontar o paradigma de sociedade pretendida e de que as práticas jurídicas não podem se desviar. Conferindo, ainda, máxima relevância aos direitos individuais do homem constitucionalmente previstos e assegurados, como meio de restringir a interferência da ação estatal na esfera dos direitos fundamentais sociais⁹⁹.

Os direitos fundamentais sociais se formam em vínculo substanciais normativamente exigido, considerados como requisitos de existência de todos, a razão de ser do Estado. Prontamente, os direitos fundamentais sociais, apontam deveres positivos ao Estado na esfera social e restringem desfavoravelmente a atividade estatal frente à liberdade dos indivíduos. (FERRAJOLI, 1999, p. 15)

No que se concerne às matérias defendidas neste estudo, cumpre esclarecer que a legislação brasileira não se restringe a regulamentar um pequeno aspecto que envolve a concessão deste adicional, pelo contrário, a imposição legislativa ao executivo em determinar quais cidades se encontram em região fronteira, mas

⁹⁹ A teoria do garantismo jurídico, entendida como modelo de Direito, fundamenta-se no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, que devem ser respeitados, efetivados e garantidos, que se constituem num núcleo irreduzível/fundamental, sob pena de deslegitimação paulatina das Instituições. (ROSA; LINHARES, 2009, p. 17)

parece uma maneira de se ver livre das pressões dos movimentos sociais sem que determine de fato o ônus a Administração.

É importante destacar que, se todos os poderes estivessem atuando de acordo com as expectativas sociais, não apenas pelo Poder Legislativo, mas o Executivo e Judiciário, na determinação constitucional do princípio da separação dos poderes, não se estaria debatendo a crise de eficácia de toda estrutura jurídica.

Assim, em vez de requerer a modificação de leis e da própria Constituição, o correto, certamente, é partir para uma reivindicação lógica de efetivação das leis que já existem. Essa é uma via mais promitente para a resolução ou minoração de problemas do que ficar acompanhando tendências reducionistas que os meios de divulgação de informação e alguns representantes políticos projetam a determinados acontecimentos.

A pretensão de incorporação sistemática da teoria da pragmática oportunos ao direito da criança e do adolescente seguramente se consiste numa das finalidades essenciais a serem perseguidos pela teoria jurídica infanto-juvenil. Até porque uma das fundamentais

Atividades instrumentais ofertadas pela proposição da edição daquela teoria jurídico-protetiva é justamente ofertar métodos e medidas diferentes por suas necessidades e especialidade no tratamento de novas urgências humanas e sociais, buscando-se, desta forma, determinar outras técnicas e metodologias para proteção dos valores sociais democraticamente especificados – como, por exemplo, direitos e garantias individuais fundamentais – relativo ao serviço público.

Concerne da circunstância aqui examinada, posto que se reconhece uma crise de eficácia de leis infraconstitucionais que regulamentam a vontade constituinte, em especial a Lei 12.855/13 em sua aplicação analógica, sob a esfera jurídico-normativa. Para Luigi Ferrajoli, o maior desafio ao garantismo atualmente é efetuar métodos de definibilidade no campo teórico, fazer-se vinculantes no campo normativo e garantir sua existência real no campo prático.

No que tange os direitos garantidos aos trabalhadores, a Carta Magna engloba conceitos e dispositivos com uma dupla proporção: compromisso com a eficiência de suas regras e incremento de uma dogmática da interpretação constitucional. A Lei 8.112/90 assegurou expressamente aos servidores públicos

federais o direito a percepção de um adicional em razão do exercício de atividades penosas, considerando o desgaste físico e mental que o servidor é submetido por exercer atividade laborativa em locais desfavoráveis a sua saúde, como ocorre nas zonas de fronteira

Essa garantia também foi assegurada pela Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XXVI e, até, a certas carreiras do Poder Executivo pela Lei 12.855/2013. Ocorre que, apesar das garantias constitucional e legais, a sua aplicação inexistente na prática dada a omissão da Administração Pública diante deste direito social.

De fato, o ideal constitucional, que efetiva direitos fundamentais e garante a viabilidade prática do direito, ainda não se concretizou no contexto da realidade brasileira, e para tanto, prescinde de um princípio orientador que deve atingir efetivação concreta na vida dos servidores públicos federais que atuam em faixa de fronteira sem qualquer diferenciação.

Deve existir rígido respeito pela supremacia da lei, particular das democracias constitucionais apoiado no prisma de direitos humanos atualmente normativamente determinados, igualmente da existência de técnicas e instituições honestas e eficientes para a efetivação eficaz dos direitos consagrados.

Compete ao garantismo jurídico a criação e a realização das técnicas de garantia apta a assegurar o máximo nível de efetividade dos direitos constitucionalmente legitimados. Além do mais, sua criação do modelo democrático destina-se à garantia de todos os direitos, não apenas os direitos de liberdade, mas também os direitos sociais¹⁰⁰.

A partir da confirmação de uma crise no campo do Direito Constitucional Administrativo se faz crucial aplicar uma teoria crítica que procure um melhor amoldamento das ocorrências do mundo empírico às regulamentações normativas oficiais a fim de diminuir o espaço presente entre o texto da norma e a sua realização no mundo concreto.

¹⁰⁰ Garantia que se demonstra do mesmo modo diante de todos os poderes: “[...] a efetividade possui o significado de que, a prática do Direito, o funcionamento real de sua função social. Assim, ela configura a concretização, no mundo dos fatos, dos normas legais e representa o acercamento, tão intrínseca quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.” (BARROSO, 1993, p. 83).

De fato, a sujeição de todo o poder do Estado ao Direito, exprime a partir do grau de juridicidade eminente e vinculante outorgado à Constituição por meio da consagração dos direitos fundamentais sociais, situa-se claramente compromissada. A crise da razão jurídica no Estado de Direito coloca em risco inevitável os direitos fundamentais sociais e suas garantias, sendo que uma estrutura jurídica só se caracteriza como garantista de acordo com suas técnicas efetivas que sirvam aos princípios constitucionais.

Deste modo, é a partir de um garantismo jurídico na qualidade de teoria crítica que coloca em incerteza a suposta correlação entre normatividade e efetividade das estruturas jurídicas que sugerimos seu deslocamento para a estrutura constitucional da infância e juventude com a finalidade de demonstrar um problema estrutural desse âmbito jurídico exercido pela incongruência entre o direito válido e o direito efetivo.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais sociais dos servidores públicos federais, em especial o adicional de penosidade, retratam a funcionalização dos poderes do Estado ao emprego das garantias a partir da inserção na Constituição de inibições de ferir os direitos e liberdades e de exigências de se dar satisfação aos direitos sociais.

Contudo, o que se analisa é uma sucessiva deslegitimação da matéria normativa pertinente ao segmento administrativo, em especial, o serviço público, em que se consiste na desmaterialização de juízos constitucionais em evidente desarmonia com a lógica material do sistema.

Assim, a validade de um sistema jurídico-constitucional simboliza a ligação ou a conformidade das normas elaboradas com os princípios e valores orientadores da norma jurídica eminente. Num aspecto garantista, uma norma sem eficiência é apenas uma concepção teórica e, ainda que de matéria constitucional, um direito não assegurado não seria um autêntico direito.

Nesse sentido, a autêntica aplicabilidade do Estado de Direito está em impulsionar as garantias determinadas pelo sistema jurídico aos direitos fundamentais sociais, sob pena de detrimento de legitimação. Todavia, tal legitimação poderá ser diplomada de acordo com o espaço entre os princípios normativos e a praxe efetiva, bem como examinado no transcórre desta pesquisa o sistema jurídico brasileiro se separa cada vez mais da matéria fundamental da Constituição apresentando um alto nível de não efetividade de seu ordenamento jurídico, nem mesmo pelo Poder Judiciário que guarda a função de protegê-lo e se encontra diante de uma crise de legitimação.

O garantismo jurídico se apresenta como uma doutrina jurídica de legitimação e, acima de tudo, de perda da legitimação interna do direito apoiado na análise crítica sobre as leis vigentes. O garantismo jurídico autoriza a definição de um direito ilegítimo, decorrente da norma formalmente proposta, mas fundamentalmente discordante dos valores e juízos instituidores da estrutura jurídica – as constituições

A concessão do adicional de penosidade se apresenta como direito legítimo á proporção que converge a diretriz dos princípios constitucionais, todavia percebe-se

a crescente diminuição de legitimação em razão do afastamento entre a regra normativa e a efetividade da normatividade essencial.

Essa comprovação foi caracterizada no transcorrer desta análise e vem ocasionando implicações que percorrem desde a desconfiança na legislação vigente por parte daqueles que necessitam de sua efetividade até o esclarecimento da crise institucional vivenciada pelo poder Judiciário que oscila em seu posicionamento hermenêutico.

Desse modo, o garantismo como uma teoria crítica da validade e da eficácia precisa ser apresentado sobre uma estrutura constitucional firme e estável para, assim, vislumbrar a aplicação das leis já existentes na própria ordem jurídica e fundamentar-se no aprimoramento dos métodos garantistas como meio de diminuir cada vez mais a distancia entre o que já está estabelecido pela perspectiva normativa e o que deve converter-se em realidade.

Tal perspectiva passa pela percepção e indagação do grau de efetivação dos direitos fundamentais sociais e da vinculação do Poder Público a esses direitos de modo que não possa alterá-los e ainda deve agir para impulsioná-los e torná-los efetivos.

O panorama estratégico para começar a solucionar a atual crise é desenvolver uma opinião crítica, normativa e efetiva através do garantismo jurídico, embasada no exercício efetivo da estrutura jurídica, de acordo com o que foi aqui buscado, porquanto, a partir da crítica ao exercício dos dispositivos responsáveis pela efetivação da concessão do adicional de penosidade, chega-se a uma crítica ao exercício da estrutura constitucional em sua totalidade, ainda que responsável pelo incremento de garantias aptas à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Diante a uma elaboração exclusivamente teórica, a finalidade é sem, dúvida, embasar uma estrutura jurídica que acha-se em processo constante de perda de legitimidade, bem como fundamentá-la constitucionalmente, desta maneira, extrair sua legitimidade em matéria constitucional e sugerir uma nova compreensão para a matéria da efetividade do Direito Constitucional administrativo, enquanto plano jurídico independente, peculiar e distinto, mas, sobretudo, constitucional, faz-se não só imprescindível quanto imediato, isso por que o desapontamento de se analisar

toda uma estrutura construída na história, na sociedade e no ordenamento, ser gradativamente desmaterializado é frustrante.

Portanto, é necessário que as demandas judiciais que sugiram controle jurisdicional difuso de direitos sociais não sejam analisadas na ideia do tudo ou nada, isso porque seu efeito implica em utilidade para a sociedade como um todo e procedência ou improcedência para um das partes.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. **Princípios Constitucionais Brasileiros**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BATTAGLIA, Salvatore. **Grande dizionario della lingua italiana**. Utet: Torino, 2002.

BRASIL. **LEI 8.112, de 11 de dezembro de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12855.htm. Acesso em: 22 mai. 2018.

_____. **LEI 12.855, de 2 de setembro de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12855.htm. Acesso em: 22 mai. 2018.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

DIREITO. **DECLARAÇÃO FRANCESA DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 26 DE AGOSTO DE 1789**. Disponível em: http://corvobranco.tripod.com/law_dirhufranca.htm. Acesso em 12 mai. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** – La ley del más débil. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale. Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JUSBRASIL. **Processo n. 0003202-90.2014.4.03.6202 do TRF-3**. 2014. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/136681048/processo-n-0003202-9020144036202-do-trf-3>. Acesso em 05 abr. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAGANO, Octavio Bueno. **ABC do Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

_____. **O que é garantismo jurídico?**. Florianópolis: Habitus, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coords). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang.; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria geral. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O Judiciário e as políticas públicas**: entre transformação social e obstáculos à realização dos direitos sociais. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Inclusão social e direitos fundamentais**. São Paulo: Boreal Editora, 2009.

TRINDADE, Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos – fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em 20 mai. 2018.