

A GARANTIA JUDICIAL DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DE NOVOS PARADIGMAS NO ÂMBITO DA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO¹

Francisco Martins Ferreira²

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição; 3 Garantias constitucionais; 4 O modelo hermenêutico-constitucional e a garantia dos direitos fundamentais; 5 Decisões judiciais sob a influência de novos paradigmas; Conclusão; Referência das fontes Citadas

RESUMO

O presente artigo busca discutir a questão relativa à garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais, no interior do Estado Democrático de Direito, sob a perspectiva das transformações paradigmáticas ocorridas no âmbito da interpretação e aplicação do Direito. Para tanto, destaca a dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição e, após discorrer sobre a função instrumental das garantias constitucionais e a influência dos princípios constitucionais no processo interpretativo, com aportes resultantes da apropriação da filosofia da linguagem ao campo jurídico, analisa o problema da fundamentação das decisões judiciais sob o enfoque de novos paradigmas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Estado Democrático de Direito. Garantias constitucionais. Hermenêutica filosófica. Novos paradigmas.

RESUMEN

El presente artículo busca debatir la cuestión relativa a la garantía judicial de efectividad de los derechos fundamentales, en el interior del Estado Democrático de Derecho, bajo la perspectiva de las transformaciones paradigmáticas ocurridas en el ámbito de la interpretación y aplicación del

¹ Artigo produzido para avaliação na Disciplina Efetividade dos Direitos Fundamentais, oferecida pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica - CMCJ, da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, sob a responsabilidade do Professor Doutor Marcos Leite Garcia.

² Mestrando do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Linha de pesquisa: Hermenêutica e Princiologia Constitucional - ESTADO. Juiz Federal. Endereço eletrônico: francrcj@hotmail.com.

FERREIRA, Francisco Martins. A garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais sob a perspectiva de novos paradigmas no âmbito da interpretação e aplicação do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Derecho. Para ello, destaca la dimensión procesal de los derechos fundamentales y de la Constitución y, después de discurrir sobre la función instrumental de las garantías constitucionales y la influencia de los principios constitucionales en el proceso interpretativo, con aportes resultantes de la apropiación de la filosofía del lenguaje al campo jurídico, analiza el problema de la fundamentación de las decisiones judiciales bajo el enfoque de nuevos paradigmas.

PALABRAS-CLAVE: Derechos fundamentales. Estado Democrático de Derecho. Garantías constitucionales. Hermenéutica filosófica. Nuevos paradigmas.

1 INTRODUÇÃO

Como explica Marcos Leite Garcia, escrevendo sobre a contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais, a “luta pela humanização do Direito penal e processual, iniciada por Thomasius, será um dos pilares essenciais na construção do ideal dos direitos fundamentais.” A continuidade desta luta por outros autores lançou as bases para o surgimento da evolução histórica dos direitos fundamentais, culminando com a positivação de tais direitos “nas constituições dos Estados ocidentais e na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948”³, a qual, em seu art. 8º, estabelece que:

Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.⁴

Embora o início da luta pela humanização do Direito Penal e do Processo Penal remonte a período anterior à Revolução Francesa de 1789,⁵ a importância da garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais acompanha a evolução do sentido do direito, em especial a partir do século XX⁶. Nas últimas décadas, com as transformações operadas no constitucionalismo

³ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos estudos jurídicos**, p. 436.

⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos – versão na íntegra.

⁵ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos estudos jurídicos**, p. 420.

⁶ PECES-BARBA, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**: Teoría General, p. 159.

contemporâneo e o advento do Estado Democrático de Direito⁷, a proteção judicial vem se tornando cada vez mais relevante. Tanto que, como bem diz Juarez Freitas,

[...] assume-se a Constituição como rede de princípios, de regras e de valores de ordem suprema, cuja função precípua é a de, evitando ou superando antinomias axiológicas, dar cumprimento aos objetivos do Estado Democrático, de maneira predominantemente substancial.⁸

Sob este enfoque, e como resultado da pesquisa feita nas obras referenciadas, utilizando o método indutivo, desenvolve-se, num primeiro momento, a idéia de uma dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição, no paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, assentado na intersubjetividade.

As garantias constitucionais são analisadas sob o prisma da sua função instrumental no contexto da efetivação dos direitos fundamentais, com destaque para as garantias processuais.

Do exame de posições doutrinárias que buscam superar a crise paradigmática que permeia o Direito, destacam-se as novas funções atribuídas aos princípios jurídicos ao longo da evolução do novo constitucionalismo, e a sua importância na orientação do processo interpretativo. Ao mesmo tempo, do ponto de vista da apropriação da filosofia da linguagem ao campo jurídico, correlaciona-se o problema da compreensão do Direito com a substituição do modelo

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 39: "A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através do Ideal de vida consubstanciado nos princípios que apontam para uma mudança no status quo da sociedade. Por isso, como já referido anteriormente, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-principiológico."

⁸ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. In: LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basilone (Coords). **A Constituição como espelho da realidade:** interpretação e jurisdição constitucionais em debate, p. 85.

representacional (relação sujeito-objeto) pela intersubjetividade (relação sujeito-sujeito) operada no contexto do *giro lingüístico*.

Por último, e em conexão com estes novos paradigmas, trata-se da fundamentação das decisões judiciais, ressaltando o aspecto argumentativo-probatório e a dimensão pragmática em que estão envolvidos tanto os contraditores quanto o juiz responsável pelo processo, notadamente quando a resolução do caso concreto envolve a aplicação de princípios jurídicos fundamentais.

2 A DIMENSÃO PROCESSUAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA CONSTITUIÇÃO

Fruto de “condições histórico-sociais concretas que induziram ao seu surgimento”⁹ e desenvolvimento, os direitos fundamentais, como explica Marcos Leite Garcia:

[...] não são um conceito estático, imutável ou absoluto e muito pelo contrário trata-se de um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade e das novas tecnologias, e as novas necessidades de positivação para proteger a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade entre todos.¹⁰

Acoplada a esta concepção dinâmica, a dimensão processual dos direitos fundamentais, naquilo que se expressa como traço garantístico da sua realização, como entende Guerra Filho, configura-se pelos direitos constitucionais de natureza processual que, igualmente, são também direitos fundamentais, positivados sob o aspecto formal ou material¹¹.

Portanto, o conteúdo processual da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consubstancia-se, em primeiro lugar, pelos dispositivos asseguradores dos direitos e garantias, destinados a viabilizar a participação democrática na realização e tutela dos direitos fundamentais, já que o Estado Democrático de Direito, no dizer de Rosemiro Leal, deve ser entendido como

⁹ TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**, p. 17.

¹⁰ GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos estudos jurídicos**, p. 439 (nota 13).

¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**, p. 41-46.

FERREIRA, Francisco Martins. A garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais sob a perspectiva de novos paradigmas no âmbito da interpretação e aplicação do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

“*status* jurídico da processualidade em todos os níveis”.¹² E, numa visão mais específica, afirma:

A Constituição em sentido processual corresponderia à *dinâmica jurídica*, para recorrer a uma categoria kelseniana, introduzida na ‘Teoria pura do direito’, como a parte da teoria do direito que tem por objeto o processo do direito (Rechtsprozeß), na qual se estuda o direito em movimento, sendo produzido e aplicado, por meio de condutas que, obedecendo normas, resultam em outras normas. [...]. O aspecto processual da Constituição, portanto, está para a Constituição em sentido substancial, recorrendo a uma maneira metafórica de se expressar, assim como a fisiologia de um corpo está para a sua anatomia.¹³

De acordo com a lição de Alexy, a proposta de Peter Häberle, de um *status activus processualis*, e a tese de Hesse, quanto aos resultados da organização e do procedimento para a eficácia dos direitos fundamentais, apresentam-se como pontos de partida da discussão sobre a conexão entre direitos fundamentais e a idéia de procedimento.¹⁴ Ainda escrevendo sobre o mesmo tema, esclarece Alexy que os procedimentos judiciais e administrativos (procedimentos em sentido estrito) configuram, em essência, direitos a uma ‘proteção jurídica efetiva’, caracterizada pela condição de que o procedimento garanta os direitos materiais dos respectivos titulares.¹⁵

3 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

De início, cabe dizer que ante o caráter substancial da Constituição, tanto as *garantias fundamentais*, assim denominadas por se aplicarem à garantia de direitos igualmente fundamentais, qualificadas sob o aspecto formal ou material, como as *garantias institucionais*, “integrariam a Constituição em sentido processual.”¹⁶

¹² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 195.

¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Significado epistemológico do conceito processual de Constituição. In: LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basilone (Coords). **A Constituição como espelho da realidade: interpretação e jurisdição constitucionais em debate**, p. 183.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 454-455.

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 472.

¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Significado epistemológico do conceito processual de Constituição. In: LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto

Examinando a questão relativa à distinção entre direitos e garantias, Alexandre Morais da Rosa assinala que tal diferença decorre “da estrutura *normodinâmica* do direito moderno” frente ao “princípio da legalidade como norma de reconhecimento das normas positivamente existentes.”¹⁷ E, em conclusão, assevera:

Logo, a percepção da diferença entre direitos e garantias é condição de possibilidade para a compreensão da maneira pela qual o constitucionalismo moderno e as declarações de Direitos Humanos geram impacto no modelo de Estado e nas suas práticas, eis que a confusão terminológica impede a efetivação dos direitos em face das garantias que lhes servem justamente de elemento garantidor/implementador.¹⁸

Escrevendo sobre a diferença de significados entre direitos e garantias, Paulo Bonavides adverte que “o erro de confundir direitos e garantias, de fazer um sinônimo da outra, tem sido reprovado pela boa doutrina, que separa com nitidez os dois institutos, não incidindo em lapsos dessa ordem”.¹⁹

O papel das garantias é instrumental, pois atuam na efetivação dos direitos fundamentais e na legitimação das ações do Estado para implementar medidas destinadas à defesa dos direitos materiais, sejam elas relativas às garantias primárias, representadas pelas obrigações (positivas ou negativas) ou pelas garantias secundárias, compreendidas no dever do Estado de aplicar sanções aos casos de violação dos direitos²⁰.

Conforme lição de Gomes Canotilho, as garantias constitucionais outorgam aos cidadãos o direito de “exigirem dos poderes públicos a proteção dos seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais adequados a essa finalidade.”²¹ Podem ser consideradas sob duas acepções. A primeira, em sentido lato, como garantias destinadas a “manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes”. Já a segunda, deve ser compreendida como “uma proteção direta e imediata aos direitos

Basilone (Coords). **A Constituição como espelho da realidade**: interpretação e jurisdição constitucionais em debate, p. 183.

¹⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: A bricolage de significantes, p. 100.

¹⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: A bricolage de significantes, p. 101.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 526.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 209.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 881-882.

FERREIRA, Francisco Martins. A garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais sob a perspectiva de novos paradigmas no âmbito da interpretação e aplicação do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma”, em sentido estrito, “como garantia prática do direito subjetivo”.²²

Também José Afonso da Silva, depois de sustentar que “os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos”²³, oferece a seguinte classificação:

- (a) garantias constitucionais gerais, que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, visam impedir o arbítrio, com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas assecuratórias de eficácia das normas conferidoras dos direitos fundamentais [...];
- (b) garantias constitucionais especiais, que são prescrições constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para imporem o respeito e a exigibilidade desses direitos; [...].²⁴

Grande parte dos incisos do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pertence à categoria dos direitos-garantia, em relação “ao direito penal, processo penal e direito processual em geral”. No rol das garantias processuais jurisdicionais, cabe destaque para as ações constitucionais, como instrumentos de “efetivação dos direitos fundamentais e garantias fundamentais em geral”, as quais conferem ao indivíduo, “inclusive na condição de integrante de uma coletividade, a possibilidade de se defender de ingerências indevidas em sua esfera privada”, rechaçando abuso de poder ou violação de direitos. Os direitos-garantia de natureza processual “podem ser reportados ao *status processualis* de Peter Härbele, integrando a categoria dos direitos à participação na organização e procedimento”, como no caso da garantia de inafastabilidade do controle judiciário (art. 5º, XXXV, da CR)²⁵.

Precisamente sobre as garantias constitucionais do processo, escreve Aroldo Plínio:

As garantias constitucionais do processo são garantias da própria sociedade, enquanto se coloca como comunidade de jurisdicionados perante o Estado, que detém a sanção em sua

²² BONAVIDES, Paulo, **Curso de direito constitucional**, p. 532-533.

²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 412.

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 412-413.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 210.

universalidade. São garantias de que o Estado não invadirá o domínio dos direitos individuais e coletivos, se não for chamado a protegê-los, de que o Estado não instituirá juízos pós-constituídos, de que a privação dos bens da vida que o Direito assegura não se dará sem as formas de um processo devido e de que não se dará sem a participação e o controle dos destinatários do provimento em sua própria formação, de que não se dará sem a devida explicação aos jurisdicionados sobre os fundamentos de uma decisão que interfere em seus direitos e nas liberdades pelo Direito asseguradas. Se as declarações de Direito do século XVIII se preocuparam em criar as garantias políticas e criminais dos indivíduos perante o Estado, o século XX, já em fim de milênio, preocupa-se em 'assegurar' a aplicação daquelas garantias já ampliadas.²⁶

Com efeito, o espaço estrutural e temporal do processo tem sua conformação nos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia e razoável duração do processo, os quais, em conjunto com o princípio da publicidade, perfazem os corolários do devido processo legal.²⁷

Parte de um sistema normativo que tem sua base de organização, integração e unidade na Constituição, os princípios constitucionais processuais comportam análise sob o enfoque de uma visão centrada no universo das garantias constitucionais.

Daí a relevância de tais princípios, entendido o processo judicial como espaço democrático destinado à ampla participação dos interessados em posições de defesa e na concretização de direitos materiais, negados ou violados. É justamente no interior do processo que se desenvolve toda a argumentação, interpretação e fundamentação do provimento estatal buscado, no que se mostra relevante o aporte da teoria discursiva de Habermas, conforme explicação de Alexandre Morais da Rosa:

Na teoria da democracia habermasiana não se trata da escolha promovida pelo juiz, em seu feudo soberano, alheio e descomprometido com o debate processual argumentativo efetuado em contraditório, com ampla defesa e isonomia, mas o contrário, acolhendo, ademais, o 'giro lingüístico', ou seja, é pós-metafísica. As metodologias, pois, não concedem mais a certeza de antes. Com isto, as rançosas percepções da 'filosofia da consciência' (do sujeito uno) são expungidas do campo

²⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 184.

²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, p. 31-32.

FERREIRA, Francisco Martins. A garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais sob a perspectiva de novos paradigmas no âmbito da interpretação e aplicação do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

processual, abrindo-se espaço para a democracia processual discursiva (Cap. 8), abjurando-se, dentre outras, a legitimidade formal kelseniana do juiz.²⁸

A operatividade das garantias processuais vincula-se também ao princípio político objetivado no paradigma do Estado Democrático de Direito, segundo o qual "o processo deve ter o máximo rendimento possível, como garantia da sociedade, com o mínimo de sacrifício da liberdade individual."²⁹

Portanto, as garantias constitucionais, em sentido lato, abrangem não só a tutela e o exercício dos direitos fundamentais, protegendo os indivíduos e a coletividade, mas também a garantia de funcionamento das instituições, no interior do Estado Democrático de Direito, cabendo ao Poder Judiciário um papel fundamental, no que diz com a garantia dos direitos fundamentais e a efetividade das garantias processuais.

4 O MODELO HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAL E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fugindo à regra de uma lenta (e penosa) evolução dos direitos fundamentais, a sociedade, após a Segunda Guerra Mundial, viu-se, de repente, às voltas com uma sucessão de acontecimentos de grande repercussão nas esferas política, social, econômica e jurídica, sobre os quais escreve Nelson Camatta Moreira:

[...] o avanço tecnológico em todas as áreas do conhecimento; a insurgência de novos valores e direitos que se tornaram parte integrante do receituário axiológico da democracia de massas; e, ainda, as transformações de diversos processos, por exemplo, o político permeável às condicionantes de uma nova ordem internacional que, longe de estabilizar o convívio das nações e melhorar a qualidade de vida dos povos do planeta, apresenta novos desafios e angústias para a humanidade.³⁰

²⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: A bricolage de significantes, p. 269.

²⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coor.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; EDUARDO, Talamini. **Curso avançado de processo civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento, p. 67.

³⁰ MOREIRA, Nelson Camatta. A função simbólica dos direitos fundamentais. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, p. 167.

FERREIRA, Francisco Martins. A garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais sob a perspectiva de novos paradigmas no âmbito da interpretação e aplicação do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Em meio a este cenário impactante, o Direito dogmático, “tributário tanto do discurso cientificista quanto do discurso estatista-legalista do século XIX”³¹, passa a viver uma crise de paradigmas, que vem merecendo a atenção da doutrina na busca de superação das incertezas reinantes, o que certamente está a exigir, também, uma nova postura dos operadores jurídicos.

No entender de Lenio Streck, sob a concepção do modelo substancialista, ancorada no “*constitucionalismo-dirigente*” que se introduz nos ordenamentos dos países ocidentais, após a Segunda Guerra Mundial, disseminando a positivação dos direitos fundamentais, operou-se uma redefinição do papel até então reservado ao Poder Judiciário, que passa a atuar como,

um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.³²

A instituição do Estado Democrático de Direito conduz a um “deslocamento do foco das decisões do Poder Executivo e do Legislativo para o Judiciário”, impondo “repensar a dogmática jurídica” para superar a crise de paradigmas situada por Lenio Streck no modo de produção do Direito (ainda liberal-individualista) e no,

paradigma epistemológico da filosofia da consciência, pela qual a linguagem ainda é vista como uma terceira coisa que se interpõe/opõe entre/o sujeito e/ao objeto, e que se encontra instrumentalizado por uma hermenêutica jurídico-normativa, de matriz Bettiana.³³ (grifo do autor)

Examinando a posição de Laurence Tribe em defesa das teses substancialistas, Lenio Streck ressalta a importância das teorias materiais da Constituição “enquanto guia do processo hermenêutico-constitucional”, deixando claro que

³¹ MOREIRA, Nelson Camatta. A função simbólica dos direitos fundamentais. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, p. 169.

³² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 45-46.

³³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 239-240.

FERREIRA, Francisco Martins. A garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais sob a perspectiva de novos paradigmas no âmbito da interpretação e aplicação do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

“também são substantivos o significado e o propósito das normas que regulam os procedimentos de participação.”³⁴

De acordo com Alexandre Morais da Rosa, não obstante o *garantismo jurídico* tenha se dirigido originariamente ao Direito Penal, Ferrajoli buscou dar solidez às suas reflexões, formulando uma Teoria Geral do Garantismo, baseada em quatro posições essenciais, assim explicadas:

A primeira está vinculada à revisão da teoria da validade, a qual busca estabelecer uma diferenciação entre validade/material e vigência/formal das normas jurídicas. A segunda pretende o reconhecimento da dimensão substancial da democracia, superando a visão meramente formal. Na Terceira, partindo do ponto de vista do Juiz, aponta uma nova maneira de ver a sujeição à lei, não mais exclusivamente por seu aspecto formal do emissor, senão por seu conteúdo normativo, o qual também deverá estar de acordo com o Texto Maior, tanto no que se refere aos princípios (explícitos ou implícitos) quanto em relação a regras, agregando, ademais, os Direitos Humanos aderidos pelo art. 5º, § 2º, da Constituição da República de 1988. Na última, a ciência jurídica é revisitada, não mais como a missão exclusivamente descritiva, mas acrescentando contornos críticos e de projeção ao futuro.³⁵

No Estado Democrático de Direito, visto sob a concepção garantista, a Constituição há de ser compreendida de modo a viabilizar a plena concretização dos direitos fundamentais, “estabelecendo-se, portanto, um sistema de garantias simultâneo de preservação e realização”, suficiente para “tutelar materialmente os direitos e garantias individuais e sociais.”³⁶ Para tanto, operam-se juízos de vigência e juízos de validade, sobre os quais explica Sérgio Cademartori:

Enquanto os juízos sobre a vigência ou não de normas apresentam um caráter fortemente descritivo, eis que dizem respeito a fatos concretos, tais como a promulgação daquelas por autoridades competentes e a observância do devido procedimento de edição, os juízos sobre a validade – pelo fato de pretenderem verificar processos de adequação valorativa – trazem uma acentuada carga axiológica.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 46.

³⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: A bricolage de significantes, p. 86.

³⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: A bricolage de significantes, p. 93.

FERREIRA, Francisco Martins. A garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais sob a perspectiva de novos paradigmas no âmbito da interpretação e aplicação do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

De fato, tanto as condições formais de vigência quanto as substanciais de validade encontram-se incorporadas em normas colocadas num nível superior.³⁷

Embora o garantismo tenha sua base filosófico-política configurada “pela doutrina liberal da separação entre direito e moral”³⁸, envolvendo teses próprias, em muito se assemelha ao que preconizam as teses substancialistas, notadamente “pelo valor que estabelece à Constituição, entendida em seu todo principiológico, e pela rejeição das posturas sistêmicas, através do que denomina de heteropoiese.” A democracia constitucional proposta por Ferrajoli também implica mudança paradigmática, elevando a Constituição a uma “posição de garantia da divisão de Poderes e dos direitos fundamentais”³⁹, no que se reflete a sua força normativa condicionadora da validade material de todas as normas jurídicas, “buscando resgatar o seu próprio conteúdo formador, indicativo do modelo de sociedade que se pretende e de cujas linhas as práticas jurídicas não podem se afastar, inclusive no âmbito do Direito e do Processo Penal.”⁴⁰

Por sua vez, Luís Roberto Barroso, analisando a evolução do novo constitucionalismo, esclarece que as transformações operadas no marco filosófico trouxeram a idéia de “uma leitura moral do Direito”, resultante do caráter normativo atribuído aos princípios e da sua relação com valores e regras, no âmbito da razão prática. Já no plano teórico, sobressaem as mudanças na aplicação e compreensão do direito constitucional, em conseqüência do reconhecimento da força normativa da Constituição, da concepção de um novo modelo interpretativo e da expansão da jurisdição constitucional.⁴¹ Explica este autor que a força normativa da Constituição, substancializada no seu conteúdo material e axiológico, irradia-se para o sistema jurídico por inteiro, num amplo e denso processo de

³⁷ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: Uma abordagem garantista, p. 106.

³⁸ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: Uma abordagem garantista, p. 94.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 47.

⁴⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal**: A bricolage de significantes, p. 92-93.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, p. 131-135.

constitucionalização do Direito, que passa a determinar os critérios de validade e interpretação das normas infraconstitucionais.⁴²

Para Ruy Espíndola, os princípios constitucionais, na atualidade, além de constituírem “verdadeiros parâmetros de aferição de constitucionalidade do sistema jurídico”, também influenciam “os principais sentidos hermenêuticos da ordem jurídica”⁴³. Segundo este autor, o pensamento jurídico atual é unânime em reconhecer aos princípios jurídicos o *status* de norma de direito, com eficácia positiva, negativa e vinculativa sobre a interpretação e aplicação de outras normas⁴⁴.

Quanto aos parâmetros para a compreensão e interpretação do Direito, no modelo substancialista, que para Lenio Streck pressupõe a Constituição como “explicitação do contrato social”, bastante elucidativos os esclarecimentos do autor, na medida em que compreende a nova ordem constitucional de forma acoplada a uma alteração de cariz filosófico altamente significativa no interior do paradigma hermenêutico. Diz ele:

[...] a noção de contrato social [...] não pode ser entendida no âmbito de uma filosofia do sujeito, mas, sim, no âmbito de uma intersubjetividade (relação sujeito-sujeito), própria do paradigma hermenêutico, no interior do qual o sujeito desde sempre está mergulhado na linguisticidade do mundo. Ou seja, no paradigma hermenêutico a noção de contrato social é imanente, uma vez que não há linguagem privada. O privado somente decorre das inter-relações com o público. Acreditar em linguagem privada é retornar ao paradigma da filosofia da consciência, onde a subjetividade (certeza de si do pensamento pensante) é instauradora do mundo. [...] Assim, quando se afirma que a Constituição é a explicitação do contrato social, está-se afirmando o caráter discursivo que assume a noção de Constituição, enquanto produto de um processo constituinte. O conjunto de discursos, portanto, linguagem, construídas na caminhada da elaboração do texto constitucional, significa entender a linguagem como constructo, que estabelece os (novos) limites do mundo jurídico-social. A apropriação de uma nova linguagem (o texto constitucional e tudo que estiver ao seu redor) significa a

⁴² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, p. 141-142.

⁴³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A Constituição como garantia da Democracia: O papel dos princípios constitucionais. **Novos Estudos Jurídicos**, p. 63.

⁴⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**, p. 55.

introdução de novos significados à realidade. Nesse sentido, a Constituição, entendida como explicitação do contrato, não pode ser entendida como um 'contrato' que se estabelece como uma terceira coisa entre o Estado, o Poder, o Governo, com os destinatários; antes disso, a linguagem constituinte passa a ser condição de possibilidade do novo, na medida em que, na tradição do Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo não é mais o do paradigma liberal, mas, sim, passa por uma revolução copernicana, mediante o constituir da sociedade.⁴⁵

Segundo Marcelo Cattoni, no paradigma do Estado Democrático de Direito a compatibilização "entre a pretensão de legitimidade e a positividade do Direito manifesta-se, no exercício da Jurisdição, como o problema de um procedimento decisório que seja a um só tempo correto e consistente." E arremata:

Tal tensão assume vida nova no nível pragmático do próprio processo jurisdicional, porque as exigentes formas de comunicação e do procedimento de argumentação devem harmonizar-se com as restrições impostas pelo próprio Direito, através da necessidade de fato de decisão.⁴⁶

A operatividade do Direito através dos princípios afasta-se dos "dados ou quantidades objetiváveis", deslocando o cotejo entre componentes do mesmo plano, em que "um elemento é causa e o outro é efeito" para uma zona mais ampla, onde "o que está em jogo é o *acontecer daquilo que resulta do princípio, que pressupõe uma espécie de ponto de partida, que é um processo compreensivo.*"⁴⁷

É no processo que se instaura a reconstrução argumentativa da situação de aplicação do direito, ao lado da argumentação desenvolvida para indicar, dentre as normas jurídicas válidas, aquela que deve ser aplicada em virtude de sua adequação ao caso específico.⁴⁸

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 45-46.

⁴⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e Jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: Contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, p. 360.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, p. 226.

⁴⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e Jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: Contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do

FERREIRA, Francisco Martins. A garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais sob a perspectiva de novos paradigmas no âmbito da interpretação e aplicação do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

O ato de interpretar já “não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade.”⁴⁹

Numa sociedade pluralista e em constantes transformações, regida por uma Constituição democrática, que pelos seus princípios acolhe a totalidade dos valores da ordem política, social e econômica, a garantia e satisfação dos direitos materiais pela via judicial depende da atribuição de “sentido ao caso concreto, para interpretar a lei e solucionar o litígio, exatamente por ser indiscutível que a sociedade e os casos concretos não podem ser regulados sem se considerarem as suas especificidades.”⁵⁰

Os princípios constitucionais, como garantias fundamentais, “não possuem regime jurídico distinto dos direitos fundamentais propriamente ditos”⁵¹, “motivo pelo qual o intérprete ao concretizá-los deverá observar o princípio da prevalência dos direitos fundamentais.”⁵²

No horizonte do Estado Democrático de Direito, e no interior do processo judicial democrático, portanto, a Constituição, substancializada nos princípios e valores que a configuram, passa a “ser entendida como instituidora de um novo *modus interpretativo*, apto a superar o modelo subsuntivo próprio do (ainda) prevalecente positivismo jurídico”⁵³, como linha básica determinante do processo hermenêutico para todo o “restante do sistema jurídico”.⁵⁴ Com isto, a interpretação conforme a Constituição eleva-se à categoria de “*princípio imanente*”, como “direito subjetivo da parte que – em sendo efetivamente hipótese de seu cabimento”, deve ser aplicado em qualquer grau de jurisdição

Direito de Jürgen Habermas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** (v. 1, n. 6), p. 361.

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** (v. 1, n. 4), p. 239.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, v. 1: Teoria geral do processo, p. 403.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 214.

⁵² OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. Sistema, regras e princípios na Constituição brasileira de 1988. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). **Princípios processuais civis na Constituição**, p. 21.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** (v. 1, n. 4), p. 231.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 249.

FERREIRA, Francisco Martins. A garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais sob a perspectiva de novos paradigmas no âmbito da interpretação e aplicação do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

(juízes e tribunais), “até porque os princípios são deontológicos, e não meramente axiológicos”⁵⁵.

5 Decisões judiciais sob a influência de novos paradigmas

Consagrando o princípio da fundamentação das decisões judiciais, diz o inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”⁵⁶.

A obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais mostra-se em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito. De acordo com Flaviane de Magalhães Barros:

[...] o ato decisório não é exclusivo da inteligência de um intérprete único do direito, investido no poder estatal, mas sim de um processo participativo que garante aos afetados pela decisão a possibilidade de influírem ativamente na sua construção.⁵⁷

Segundo Olavo de Oliveira, cabe ao juiz, “em seu novo papel”, produzir justificativa não só em relação às partes, mas também “perante a sociedade na qual está inserido, demonstrando que aplicou à sua decisão os valores da própria sociedade e não seus valores pessoais.”⁵⁸

Na qualidade de sujeito do processo, o juiz não exerce a mesma função das partes, ou seja, não ocupa a posição de contraditor, “a qual é exercida pelos *interessados*”, mas sim “de *terceiro*, responsável, todavia, pela sua regularidade na produção dos significantes probatórios.” Além disso, cabe ao juiz a função própria “de expedir, em nome do Estado, o provimento com força

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 256-257.

⁵⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, p. 78.

⁵⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, p. 147.

⁵⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo. Princípio da fundamentação das decisões judiciais In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). **Princípios processuais civis na Constituição**, p. 200.

FERREIRA, Francisco Martins. A garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais sob a perspectiva de novos paradigmas no âmbito da interpretação e aplicação do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

imperativa, atendido o *devido processo legal*, levando em consideração os argumentos construídos no procedimento, em decisão motivada, mesmo.”⁵⁹

Em verdade, uma decisão judicial fruto da solitária consciência do julgador, sem a ampla participação das partes, no momento e espaço próprios, já não se compatibilizaria com o estágio atual da evolução do Direito e da complexidade das relações sociais. Nisso, tem pertinência o posicionamento conclusivo de Alexandre Morais da Rosa:

Enfim, diante das pretensões de validade trazidas pelas partes no *procedimento em contraditório*, que o *um-juiz* se legitima a emitir o provimento estatal, fundamentando tanto no acolhimento quanto na rejeição das alegações, não podendo buscar a legitimação apenas por sua condição formal de emissor reconhecido. As partes possuem o direito de enunciar seus argumentos, produzir provas e os verem devidamente analisados pelo Estado-Juiz.⁶⁰

No mesmo sentido, apresentam-se as considerações de Rosemiro Leal, quanto a uma teoria jurídica do processo tendente a preservar a forma de “decidibilidade egressa do instituto jurídico da soberania popular sobre a principiologia processual da mediação do agir comunicativo construtor da legalidade democrática”. No ponto, escreve este autor:

Só uma teoria jurídica do processo, assim concebida, como medium lingüístico demarcador da institucionalização da vontade, e não qualquer procedimentalidade, é que abriria ensejo a conferir testabilidade incessante da ordem jurídica positivada e a se positivar pela desenvoltura do princípio do discurso deontologicamente neutralizado no nível jurídico do contraditório, isonomia e ampla defesa como critérios problematizantes da absorção ou rejeição de pretensões de validade decisória.⁶¹

Sob outro ângulo, mas que também não escapa à idéia de um modelo democrático do processo, sustentado por uma base principiológica operada adequadamente, tem lugar a preocupação de Lenio Streck, expressada no entendimento de que, no momento atual do constitucionalismo contemporâneo, em que a Constituição foi alçada “a ‘elo contencioso’ que liga a política e o direito”, estando em franco debate a superação do

⁵⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: A bricolage de significantes, p. 263.

⁶⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: A bricolage de significantes, p. 270.

⁶¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 174-175.

paradigma da filosofia da consciência e da “inserção do mundo prático na filosofia”, como resultado do giro “lingüístico-ontológico”, não há mais lugar para a discricionariedade judicial, que é incompatível com o paradigma intersubjetivo, inerente ao Estado Democrático de Direito.⁶²

A conformação do processo judicial pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia e razoável duração do processo, ainda que de forma implícita, liga-se às conseqüências do novo paradigma instituído pela apropriação da filosofia da linguagem ao campo jurídico, permeando todo o contexto argumentativo, com implicação direta na fundamentação do provimento estatal, como escreve Alexandre Morais da Rosa:

Com efeito, esse processo democrático precisa garantir a isonomia, publicidade, ampla defesa e contraditório, princípios fundamentais sem os quais a sua deslegitimidade aflora e macula a decisão. No decorrer do processo, os direitos fundamentais serão invocados e debatidos argumentativamente (discurso proposicional e não autoritário). O processo é quem mediará, pelo discurso, a decisão, não mais solitária do juiz, mas co-produzida democraticamente.⁶³

De fato, com o desencadeamento do giro lingüístico, a partir de Gadamer, a hermenêutica, antes metódica e normativa, passa a ser filosófica, e a “linguagem deixa de ser instrumento e veículo de conceitos – deixando, assim, de ‘estar à disposição do intérprete’ – *para ser a condição de possibilidade da manifestação do sentido*”.⁶⁴

Destacando a incidibilidade entre interpretação e aplicação, como significado da *applicatio*⁶⁵ hermenêutica referida por Gadamer e, por conseqüência, que

⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, p. 6-7.

⁶³ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: A bricolage de significantes, p. 269-270.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 216.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 220: “A *applicatio* hermenêutica de que fala Gadamer – porque não se interpreta por partes – não quer dizer subsunção de um particular a uma universalidade/generalidade. A *applicatio* significa um salto para além dos dualismos metafísicos, como essência e aparência, palavra e coisa, texto e norma, etc. A compreensão – que é um existencial – já é aplicatio, unindo as partes do todo. Não há uma questão de direito a ser acoplada a uma questão de fato e vice-versa. A atribuição de sentido (*Sinngebung*) dar-se-á nessa fusão, nessa síntese hermenêutica.”

não “há uma questão de direito a ser acoplada a uma questão de fato e vice-versa”⁶⁶, expõe Lenio Streck:

Com o giro hermenêutico proposto por Gadamer, a hermenêutica jurídica deverá ser compreendida não mais como um conjunto de métodos ou critérios aptos ao descobrimento da verdade e das certezas jurídicas. Não sendo a hermenêutica método, e sim, filosofia, o processo interpretativo não dependerá da linguagem entendida como terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto. Linguagem não é ferramenta. Antes disto, a linguagem é que é condição de possibilidade e constituidora do mundo. A linguagem é experiência do mundo. Inserido nesse mundo, isto é, na linguisticidade desse mundo, o intérprete falará a partir da tradição, de uma situação hermenêutica. É impossível o intérprete situar-se fora da tradição. O mundo dizível é o mundo lingüisticizado. Daí a noção de compreensão enquanto condição de possibilidade da interpretação.⁶⁷

Escrevendo sobre esse novo modelo hermenêutico, Alexandre Morais da Rosa refere-se à contribuição de Wittgenstein para o rompimento “com o *solipsismo* metodológico, desvelando a dimensão *pragmática* como parte das relações sociais com efeitos no mundo da vida”. E explica:

O sentido não se restringe ao uso singelo de regras sintáticas e semânticas, mas aos usos sociais, compartilhados, da linguagem, emitidos pelo ser-aí (Heidegger). A linguagem é vista como um jogo em que se pode avançar jogando na medida em que se conhece suas próprias regras, mas também aceita a criatividade como mecanismo de adequação e crescimento, tendo como palco o seu uso. Com esse movimento se constitui o giro lingüístico, no qual a realidade não é representada.⁶⁸

Por seu turno, Lenio Streck, referindo Cárcova, esclarece que “o Direito deve ser entendido como uma prática dos homens que se expressa em discurso que é mais que palavras, é também comportamentos, símbolos, conhecimentos, expressados (sempre) *na e pela linguagem*.”⁶⁹ Ainda nas palavras deste autor,

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 220.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 220.

⁶⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: A bricolage de significantes, p. 328.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 245.

a "hermenêutica, na concepção aqui sustentada, opera um salto da causalidade para a existência, das objetificações para o acontecer histórico."⁷⁰

CONCLUSÃO

As transformações resultantes da consubstanciação dos valores fundamentais da sociedade nos princípios constitucionais e da apropriação da filosofia da linguagem ao campo jurídico, no interior do Estado Democrático de Direito, traduzem o elevado grau de influência dos princípios constitucionais no processo interpretativo e a importância da linguagem como constituidora da realidade. Do lado oposto, coloca-se o paradigma jurídico da modernidade, ainda presente no campo do Direito, com posturas hermenêuticas ligadas ao positivismo jurídico, todas elas vinculadas à filosofia da consciência (esquema sujeito-objeto).

Neste contexto, e na medida em que cada vez mais se especifica o caráter normativo e principiológico do Estado Democrático de Direito, ganha relevo a necessidade de ter em conta a presença de novos paradigmas na interpretação e aplicação do Direito, como forma de ampliar e consolidar a garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais.

Com isto, cresce também a importância das garantias constitucionais, em especial dos princípios processuais, na sua função instrumental de realização dos direitos materiais, pois enquanto o processo penal se destina à garantia dos direitos à liberdade, o processo civil, entendido como aquele não penal, serve como espaço democrático de garantia dos direitos individuais e sociais violados ou negados.

Entretanto, para que os direitos fundamentais se integrem, de forma prática, à vida das pessoas, não basta que estejam positivados e garantidos na Constituição, é necessário que prossiga o esforço dos Poderes públicos e, em

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p. 265.

FERREIRA, Francisco Martins. A garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais sob a perspectiva de novos paradigmas no âmbito da interpretação e aplicação do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

especial, dos operadores jurídicos, na busca da concretização dos princípios constitucionais.

Ainda que já avançada a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a concepção mais adequada para resolver a crise de paradigmas experimentada nas práticas jurídicas atuais, persiste o estímulo à continuidade dos estudos e debates, como decorrência lógica dos efeitos altamente impactantes das constantes transformações sociais, políticas e econômicas, conjugadas com os não menos significativos resultados da celeridade do desenvolvimento científico e tecnológico das últimas décadas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 131-148, anual, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, n. 58, p. 129-173, jan.-mar. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 40. ed. atual. e ampl. I. Pinto, Antonio Luiz de Toledo, II. Windt, Márcia Cristina Vaz dos Santos. III. Céspedes, Lívia. IV. Título. V. Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas, SP: Millennium, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

FERREIRA, Francisco Martins. A garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais sob a perspectiva de novos paradigmas no âmbito da interpretação e aplicação do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Declaração Universal dos Direitos Humanos – versão na íntegra. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> Acesso em: 28 jun. 2008.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A Constituição como garantia da Democracia: O papel dos princípios constitucionais. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, ano VI, n. 11, p. 51-69, out. 2000.

_____. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. In: LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basilton (Coords). **A Constituição como espelho da realidade**: interpretação e jurisdição constitucionais em debate. São Paulo: LTr, 2007.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos estudos jurídicos**. Itajaí, v. 10, n. 2, p. 417-450, jul.-dez. 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

_____. Significado epistemológico do conceito processual de Constituição. In: LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; LEITE, Roberto Basilton (Coords). **A Constituição como espelho da realidade**: interpretação e jurisdição constitucionais em debate. São Paulo: LTr, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, v. 1: Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOREIRA, Nelson Camatta. A função simbólica dos direitos fundamentais. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, Faculdade de Direito de Vitória, n. 2, 163-191, jan.-dez. 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e Jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: Contribuições para uma reconstrução no marco da teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 347-366, anual, 2008.

FERREIRA, Francisco Martins. A garantia judicial de efetividade dos direitos fundamentais sob a perspectiva de novos paradigmas no âmbito da interpretação e aplicação do direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

OLIVEIRA NETO, Olavo. Princípio da fundamentação das decisões judiciais In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. Sistema, regras e princípios na Constituição brasileira de 1988. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Orgs.). **Princípios processuais civis na Constituição**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: A bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PECES-BARBA, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**: Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Hermenêutica jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre. v. 1, n. 4, p. 223-262, anual, 2006.

TRINDADE, José Damiano de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coor.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; EDUARDO, Talamini. **Curso avançado de processo civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.