

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
– CAMPUS DE SANTO ÂNGELO PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, EXTENSÃO E
PÓS-GRADUAÇÃO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTU SENSO -
DOUTORADO EM DIREITO**

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA: A TEORIA DA LEGISLAÇÃO
COMO MEDIADORA DAS TENSÕES IMANENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO**

Alexsandra Gato Rodrigues

Orientador: Prof. Dr. José Francisco Dias da Costa Lyra

Santo Ângelo, 31 de julho de 2021.

Alexsandra Gato Rodrigues

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA: A TEORIA DA LEGISLAÇÃO
COMO MEDIADORA DAS TENSÕES IMANENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direitos Especiais, linha de pesquisa em Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Francisco Dias da Costa Lyra

Santo Ângelo, 31 de julho de 2021.

O passado é mudo? Ou continuamos sendo surdos?

As veias abertas da América Latina,

Eduardo Galeano

AGRADECIMENTOS

À Deus, inteligência suprema, causa primeira de todas as coisas, a espiritualidade amiga, a qual, a inspiração e guia agradeço imensamente. A realização de um trabalho acadêmico.

RESUMO

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA: A TEORIA DA LEGISLAÇÃO COMO MEDIADORA DAS TENSÕES IMANENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Autora: Alexsandra Gato Rodrigues

Orientador: Prof. Dr. José Francisco Dias da Costa Lyra

A temática de estudo desta pesquisa trata da judicialização enquanto expressão da sobrelevação dos direitos fundamentais sociais e dos espaços do legislador. A Constituição de 1988 representou o processo de redemocratização do país e de transição de um sistema ditatorial para um sistema democrático, positivando um rol de direitos fundamentais e sociais baseados na dignidade humana. Todavia, esses direitos fundamentais deixam de ser alcançados pela atuação estatal e o Poder Judiciário, muitas vezes, torna-se um instrumento para o seu pleito. Nesse sentido, a judicialização da política tornou-se presente no Judiciário brasileiro, tendo em vista que por meio do processo judicial, o cidadão pode buscar a concretização de direitos legalmente garantidos, mas que na prática, acabam não sendo fornecidos pelo Estado. No entanto, a judicialização acaba por atingir questões de trato político, as quais, inicialmente, deveriam estar relacionadas à atuação do Poder Executivo do Estado, mas chegam aos órgãos jurisdicionais, o que contraria o próprio princípio da separação dos poderes. Nesse ponto, a Teoria da Legislação é de suma importância, ao passo que é capaz de regular esses confrontos existentes na aplicação e concretização da lei, induzindo a formas críticas e reflexivas de concepção das normas. A questão norteadora do presente trabalho é: Em que medida a Teoria da Legislação poderia equacionar os desacordos morais levados a judicialização? O objetivo geral da pesquisa é analisar a teoria da legislação como possibilidade de equacionar a judicialização da política a partir dos direitos fundamentais. Foi usada a metodologia qualitativa e método de abordagem dedutivo uma vez que parte de questões gerais, sobre a Teoria da Legislação, a fim de analisá-la no âmbito específico. Como técnica de pesquisa, foi empregada a bibliográfica, utilizando-se o método de procedimento histórico na verificação das matrizes políticas e jurídicas sobre o tema, sobre as quais se buscou inserir a perspectiva sociológica. Nas considerações finais, verificou-se que a crise sistemática do Direito está relacionada, principalmente, ao enfraquecimento das instituições e a extensa quantidade de leis, as quais não são acompanhadas pela realidade fática, em decorrência, principalmente, da dificuldade de concretizá-las materialmente (embora positivadas no âmbito formal). Nesse sentido, a Teoria da Legislação é de grande relevância, pois além de reconhecer uma crise de leis, impulsiona a existência de um relacionamento entre os Poderes, proporcionando maior reflexão crítica na concepção das normas jurídicas. Portanto, a Teoria da Legislação tende a agir como parâmetro contra a trivialização, buscando a segurança jurídica ao integrar a produção da norma com a prática jurídica, além de aprimorar os caminhos de composição dos múltiplos desacordos sociais, envolvendo meios concernentes a uma ação diversa daquela efetivada pelos tribunais constitucionais nos instantes de decisão sobre a constitucionalidade de uma restrição ou violação de um direito fundamental.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Estado Democrático de Direito. Ciência da Legislação.

ABSTRACT

FUNDAMENTAL RIGHTS AND DEMOCRACY: THE THEORY OF LEGISLATION AS A MEDIATOR OF IMMANENT TENSIONS TO THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Author: Alexsandra Gato Rodrigues
Advisor: Dr. José Francisco Dias da Costa Lyra

The study theme of this research deals with judicialization as an expression of the elevation of fundamental social rights and of legislator's spaces. The Constitution of 1988 represented the country's redemocratization process and the transition from a dictatorial system to a democratic system, affirming a list of fundamental and social rights based on human dignity. However, these fundamental rights are no longer achieved by state action and the Judiciary often becomes an instrument for their claim. In this sense, the judicialization of politics became present in the Brazilian Judiciary, considering that, through the judicial process, the citizen can seek the realization of legally guaranteed rights, but which, in practice, end up not being provided by the State. However, judicialization ends up reaching issues of political treatment, which, initially, should be related to the performance of the Executive Power of the State, but reach the jurisdictional bodies, which goes against the very principle of separation of powers. At this point, the Theory of Legislation is of paramount importance, as it is capable of regulating these existing conflicts in the application and implementation of the law, inducing critical and reflexive forms of designing norms. The guiding question of this work is: To what extent could the Theory of Legislation address the moral disagreements that led to judicialization? The general objective of the research is to analyze the Theory of Legislation as a possibility to equate the judicialization of politics based on fundamental rights. We used the qualitative methodology and deductive approach method since it starts from general questions, about the Theory of Legislation, in order to analyze it in the specific scope. We used the bibliographical research technique, using the method of historical procedure in the verification of the political and legal matrices on the subject, on which we sought to insert the sociological perspective. In the final considerations, it was found that the systematic crisis of Law is mainly related to the weakening of institutions and the extensive amount of laws, which are not accompanied by the factual reality, mainly due to the difficulty of materializing them materially (although formally confirmed). In this sense, the Theory of Legislation is of great relevance, as in addition to recognizing a crisis of laws, it drives the existence of a relationship between the Powers, providing greater critical reflection in the conception of legal norms. Therefore, the Theory of Legislation tends to act as a parameter against trivialization, seeking legal certainty by integrating the production of the standard with legal practice. In addition, it improves the compositions ways of multiple social disagreements, involving means concerning a different action from that effected by the constitutional courts at the moment of decision on the constitutionality of a restriction or violation of a fundamental right.

Keywords: Fundamental Rights. Democratic State of Law. Science of Legislation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONCEITOS E PROPOSIÇÕES DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO	14
2.1 Aspectos históricos da Teoria da Legislação	18
2.2 Campos da Teoria da Legislação.....	28
2.3 A racionalidade legislativa em Manuel Atienza	35
3 O ESTADO DE DIREITO NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	44
3.1 Das contradições do Estado liberal aos desafios do Estado social	49
3.2 Da tensão imanente ao Estado Democrático de Direito	63
3.3 Os principais aspectos da (neo)constitucionalização do Direito	79
4 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A NECESSIDADE DE UMA RACIONALIDADE LEGISLATIVA	91
4.1 A judicialização da política sob a óptica dos direitos fundamentais	93
4.2 O ativismo judicial na perspectiva da judicialização da política	109
4.3 Contribuições da teoria da legislação para a tutela dos direitos fundamentais .	127
5 CONCLUSÃO.....	145
REFERÊNCIAS.....	150

1 INTRODUÇÃO

A ideia e a expressão real da instituição estatal, assim como do Direito, sofreram metamorfoses no decorrer do tempo em decorrência direta da cultura e das formas de sociabilidade de cada comunidade, bem como das relações que cada conjunto social travou com os demais no seu entorno. Esse apontamento é relevante para ilustrar que a materialidade dessas estruturas impõe ao investigador a observância de particularidades históricas, sociais e econômicas para a reprodução conceitual mais fiel possível do seu objeto. Em outras palavras, ainda que possamos elaborar definições de Estado e de Direito, há de se observar a historicidade desses fenômenos e as implicações que suas expressões reais produzem nas suas composições contemporâneas.

Isto posto, tem-se que o atual Estado Democrático de Direito é fruto de uma dinâmica histórica própria da figura do Estado como tal. A superação do arranjo social feudal ocorreu a partir da conformação de uma estrutura centralizadora e melhor definida em termos de território e estrutura social, assim como, posteriormente, o chamado Estado social é erigido sobre as principais fragilidades do Estado liberal. Enquanto este representava a formalidade do liberalismo vazia de preocupações sociais, aquele passou a concretizar uma série de demandas que transcenderam o individualismo e estruturaram uma gama de institutos e legislações protetivas, impondo maior presença estatal na gerência econômica da sociedade. E a forma social é superada historicamente pelo Estado Democrático de Direito que tratou de consolidar a busca pelos direitos fundamentais e pela concretização da democracia como pilares da sua estrutura.

Diante disso, tendo como sustentação os direitos fundamentais e a democracia, essa forma estatal passou a encarar os obstáculos que a sua própria natureza impôs. Dessa complexidade característica da contemporaneidade, muitas são as posições teóricas que buscam explicitar as relações entre essa gama de direitos constitucionalmente garantidos e a forma de organização política igualmente consagrada nas cartas constitucionais de uma parte significativa dos Estados, principalmente após o segundo pós-guerra. Por um lado, autores apontam a complementariedade entre os bens jusfundamentais e a democracia, por outro, observa-se uma tensão essencial entre esses dois fenômenos.

Admitiu-se, no presente trabalho, a tese da tensão imanente ao Estado Democrático de Direito. Dessa forma, tem-se que seus pilares possuem, em essência, fundamentações tensionadas, a saber, os direitos fundamentais como trunfos dos indivíduos perante ao Estado e às próprias estruturas estabelecidas coletivamente, e a democracia como efetivação da vontade da maioria na direção e construção do Estado mesmo, seja direta, seja indiretamente. Assim, são estruturas aportadas em concepções diametralmente opostas, que, em última instância, caracterizam a heterogeneidade dessa forma estatal e explicam muitos dos desafios contemporaneamente enfrentados.

Um dos mais significativos desafios resulta do fato de que, para a garantia desses direitos fundamentais, o Poder Judiciário torna-se um instrumento de reivindicação. Nesse sentido, a judicialização da política tornou-se perceptível na realidade jurídica hodierna, tendo em vista que, por meio do processo judicial, o cidadão pode buscar a concretização de direitos constitucionalmente garantidos, mas que na prática, acabam não sendo fornecidos pelo Estado. O fenômeno da judicialização da política, característico de sociedades democráticas, acaba transferindo ao Judiciário a capacidade de prover direitos que deveriam ser garantidos pelo Poder Executivo. Nessa perspectiva, o acesso à justiça começa a configurar-se de forma a suprimir a ausência do Estado na garantia dos direitos fundamentais. A judicialização da política simboliza o crescimento do Poder Judiciário no processo decisório, de forma a valorizar os indivíduos diante do Estado.

Contudo, alguns fatores são determinantes para a não concretização de direitos constitucionais, a exemplo da carência de recursos. Fato que empurra ao Poder Judiciário uma atuação política em prol da efetividade de direitos constitucionais fundamentais. Dessa forma, há uma visível mudança dentro do sistema judiciário contemporâneo, o qual supera uma hermenêutica calcada no positivismo, transformando-se em uma hermenêutica pós-positivista. Orientado por sua normatividade eivada das mais variadas possibilidades de considerações valorativas, a judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados em diversos Estados Democráticos, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais.

Nesse ponto, considera-se que a Teoria da Legislação é capaz de regular esses confrontos existentes na aplicação e concretização da lei, pois está vinculada

com esses conflitos existentes entre os poderes e com a denominada crise das leis, induzindo a uma relação entre esses poderes para que as normas sejam concebidas de forma mais crítica e reflexiva. Ademais, é imprescindível que a norma esteja em constante atualização, considerando as transformações sociais, morais e políticas, para que seja possível a produção de leis eficientes, em consonância com uma sociedade democrática e distante de incongruências motivadas.

Assim, tem-se que a Teoria da Legislação pode ser um fator de elevada interferência nas reflexões do Estado Democrático de Direito e no trato da sua tensão imanente. Trata-se de uma ciência que intenta o aprimoramento dos processos de elaboração das normas jurídicas. É uma disciplina teórica e prática que teve tomado seu espaço no interior do pensamento jurídico, em benefício do pensamento positivista e da hermenêutica jurídica, tradições de pensamento sobretudo voltadas às problemáticas da aplicação e interpretação das leis. Constata-se, diante disso, uma lacuna nas teorias jurídicas quanto ao fenômeno da produção normativa e das complexidades que esse processo carrega desde o momento da percepção de uma questão social que necessita de resolução através de uma norma, até as particularidades do processo de redação, modificação e aprovação dessa lei. Essa lacuna apenas recentemente vem sendo tratada, especialmente por um movimento teórico de origem europeia que passou a destacar a produção legislativa como um fenômeno também jurídico, atinente, portanto, à Ciência do Direito tanto quanto a aplicação e a interpretação das normas.

Esse processo complexo da concepção da lei enseja que seus participantes devam ter cautela na proposição da norma, verificando sempre sua constitucionalidade e os possíveis conflitos. Os órgãos encarregados da função legiferante devem intensificar a análise da constitucionalidade da lei, para que, posteriormente, esta não venha a ser frustrada, em decorrência de vícios oriundos de uma carência em sua concepção. Para tanto, é de suma importância que a elaboração da norma esteja vinculada a um órgão de controle, de competência específica para suspender disposições que estejam em desacordo com o ordenamento jurídico, examinando de forma criteriosa questões relacionadas ao controle de constitucionalidade.

As alterações introduzidas pelo neoconstitucionalismo têm provocado uma mudança paradigmática na teoria do Direito diante da importância e a centralidade que os direitos fundamentais assumem no bojo dos textos constitucionais, com isso o

Poder Judiciário se fortalece porque a Constituição se fortifica normativamente. Nessa medida indaga-se: em que medida a Teoria da Legislação poderia equacionar os desacordos sociais levados à judicialização e, assim, colocar-se como mediadora da tensão imanente ao Estado Democrático de Direito?

Trabalhou-se com a hipótese de que a crise sistemática do Direito está relacionada, principalmente, ao enfraquecimento das instituições e à extensa quantidade de leis, as quais não são acompanhadas pela realidade fática, em decorrência, principalmente, da dificuldade de concretizá-las materialmente. Diante desse cenário, a Teoria da Legislação é de grande relevância, pois além de reconhecer uma crise de leis, impulsiona a existência de um relacionamento entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, proporcionando maior reflexão crítica na concepção das normas jurídicas. Portanto, a Teoria da Legislação tende a agir como parâmetro contra a trivialização, buscando a segurança jurídica ao integrar a produção da norma com a prática jurídica.

Para desenvolver o tema, esta tese foi dividida em *três capítulos*.

No *primeiro capítulo*, adotamos como ponto de partida, a concepção teórica que servirá de sustentáculo para a defesa da hipótese de mediação dos conflitos intrínsecos ao Estado Democrático de Direito. Desse modo, inicialmente, trataremos de erigir um resgate e um desenvolvimento teórico acerca da Ciência da Legislação, bem como do estudo de um dos conceitos mais relevantes dessa ciência, a saber, a racionalidade legislativa de Manuel Atienza, por demais significativa como instrumento de análise do processo de elaboração normativa contemporânea e, ainda, como ferramenta prática para a denominada avaliação legislativa, mais detidamente explorada ao final do percurso deste estudo.

Já no *segundo capítulo*, as temáticas-chaves são o evoluir histórico do Estado, a exposição e justificação da tese da tensão entre os direitos fundamentais como trunfos e a democracia e, ainda, o apontamento das principais manifestações da chamada neoconstitucionalização do Direito. Procedeu-se, desse modo, abordagem histórica acerca da instituição estatal e do papel particular que os direitos fundamentais passaram a cumprir após a exposição das fragilidades das formas estatais liberal e social. Nesse sentido, a neoconstitucionalização do Direito representou a superação, na esfera jurídica, dos entraves do positivismo formalista, significando uma postura sistêmica de atenção à concretização dos direitos

fundamentais sociais e da observância dos seus princípios balizadores, em especial, a dignidade humana.

Por fim, o *terceiro capítulo* aborda os desafios que a alçada dos direitos fundamentais sociais como normas constitucionais de aplicabilidade e eficácia imediata representaram, sobretudo quanto aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. Tratou-se, nessa terceira e derradeira parte, de se apontar as possíveis contribuições da Teoria da Legislação para a tutela dos direitos fundamentais, especialmente como uma ciência teórica e prática capaz de aprimorar a realidade normativa contemporânea, além de carregar premissas filosóficas que, em última instância, sobrelevam a realidade conflituosa do Estado Democrático de Direito e, porque assim o faz, vem catalisar a construção de formas e estruturas sociais propícias para o enfrentamento dos obstáculos daí resultantes.

Para desenvolvimento desta pesquisa foi utilizado o método de abordagem dedutivo, a partir do qual foi construída uma hipótese e, em seguida, foi realizada a análise das questões gerais sobre a Teoria da Legislação, passando para a análise em seu âmbito específico, notadamente, a possibilidade de equacionar a judicialização da política a partir dos direitos fundamentais. Outrossim, usando o método de procedimento histórico, foram abordados os processos que auxiliaram a superação do positivismo jurídico e o advento do neoconstitucionalismo no Brasil, além da relevância dos princípios constitucionais na fundamentação e motivação das decisões do Judiciário, principalmente da Suprema Corte. Como técnica de pesquisa, foi empregada a bibliográfica, por meio de apanhado doutrinário sobre o tema e sua análise teórico-prática.

Há de se destacar, ainda, que este trabalho usou como abordagem metodológica e de análise, o método compreensivo, sendo primordial o seu encaixe na pesquisa, eis que a ciência social não pode ser abarcada e qualificada, se forem utilizados somente procedimentos lógicos. Para o método compreensivo ou interpretativo, a ciência social não pode ser estudada reduzindo-a a leis, mas deve ser analisada sob a ótica de vários fenômenos, principalmente o sentido que a ação do indivíduo possui para este. Ademais, também buscou-se analisar a sociedade a partir da ideia de que é possível conversar com outros campos de diferentes ciências, com o objetivo de se obter uma análise social.

Importante destacar, por fim, que o presente trabalho está vinculado à linha de pesquisa Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos do Programa de Pós-

Graduação em Direito da URI - Santo Ângelo, que tem como um dos seus objetivos mais relevantes a capacitação dos juristas para o trabalho no âmbito das transformações políticas e jurídicas da atualidade, a partir da releitura do papel do direito na sociedade globalizada.