

A DECISÃO JUDICIAL NO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

THE JUDICIAL DECISION MAKING IN THE THEORY OF CONSTITUTIONAL LEGAL GARANTISM

GRAZIELLY ALESSANDRA BAGGENSTOSS*

RESUMO

O sistema jurídico agrega, em sua estrutura fundamental, princípios advindos de juízos ético-políticos e de justiça observados na sociedade. No meio social, tais valores remetem-se à Política, à Moral, à Religião, à Economia. Institucionalizados, transmutam-se em critérios legais de legitimidade, que informam a orientação axiológica do ordenamento jurídico. A instituição desses valores dá-se mediante o crivo da análise da constitucionalidade, por meio do processo legislativo por intermédio do qual se tornam elementos jurídicos. Contudo, analisando tal panorama e com o uso do método dedutivo, afirma-se que, por meio de decisão judicial, é possível a inserção de elementos não jurídicos, eis que o julgador, caso não se atenha aos critérios legais de legitimidade, incluirá no sistema jurídico valores defendidos por outros códigos, que não o de Direito. Diante disso, sob pena de enfraquecimento e de colonização da estrutura normativa por outros códigos axiológicos, o Garantismo Jurídico oferta uma construção teórica de manutenção da integridade do código jurídico e de identidade do Direito: a justificação das decisões judiciais mediante o uso de atributos estritamente jurídicos e de esforço a despeito da subjetividade do julgador. Assim, a discussão axiológica acerca de elementos

ABSTRACT

The legal system incorporates, in its fundamental structure, ethical and political principles coming from ethical and political social judgments. Socially, such amounts connected to the Policy, Moral, Religion, Economy. When it's institutionalized, it transmutes into legal presupposition of legitimacy – the axiological orientation that inform the legal system. The institution of these values is given by the sieve analysis of the constitutionality through the legislative process, making it legal elements. Although, the scenario analysis and using the deductive method, it's possible ratify, through judicial decision, about to insert elements not legal if the judge not stick to the legal presupposition of legitimacy and he inserts values espoused by others codes, that isn't the legal. Under danger of weakening the structure and colonization by other normative axiological codes, the Garantism Theory offer a theoretical construct of maintaining the integrity of the legal code and the law of identity: the justification of judicial decisions through the use of attributes strictly legal and about the judge subjectivity. Finally, the discussion about axiological elements not legal directs up to Political Philosophy.

* Aluna do Curso de Doutorado em Direito da UFSC. Mestre em Direito pela UFSC. Pesquisadora pela UFSC e pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJur). Professora Universitária na Sociedade Educacional de Santa Catarina (SOCIESC- Joinville/SC) e na Associação Catarinense de Ensino (ACE- Joinville/SC).
E-mail: grazyab@gmail.com.

não jurídicos direciona-se à Filosofia Política.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Teoria do Garantismo Jurídico. Decisão Judicial.

KEYWORDS: *Constitutionalism. Legal Garantism Theory. Judicial Decision.*

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. O Constitucionalismo Garantista. 3. A Decisão Judicial perante o Constitucionalismo Garantista. 3.1 Justificações externa e interna da decisão judicial. 4. Considerações finais. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Ante o pressuposto de que o Direito possui a função de estabilizar as expectativas daqueles que lhe são sujeitos, o sistema jurídico do Estado Constitucional de Direito possui, incorporados em sua estrutura sistêmica,

[...] diversos princípios ético-políticos a seus estatutos fundamentais, os quais determinam valorações ético-políticas e de justiça das normas por ele e nele produzidas, agindo como critérios de legitimidade ou ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas, mas agora internos ou positivistas” (CADEMARTORI, 1999, p. 92).

Por isso, como regra geral, para atingir a máxima de incorporar-se ao Direito, um determinado juízo axiológico deve alcançar a constitucionalidade, mediante procedimentos estatuídos na legislação afeta ao tema e, especialmente, na Constituição, que consubstancia a base do sistema jurídico.

Nesse compasso, a Constituição também determina o comportamento dos agentes que produzem o Direito e que o reproduzem, na aplicação das normas jurídicas. Ainda, especificamente no que tange à atuação dos órgãos jurisdicionais, o código constitucional também estabelece os limites argumentativos dessas reproduções das normas jurídicas, que se fazem com a integração das decisões produzidas pelo sistema.

Assim, vê-se que a decisão produzida pelos órgãos jurisdicionais, denominada decisão judicial, também representa o sistema jurídico e assim o deve fazer desde que sua formatação apresente elementos previstos e suportados pelo sistema em comento. Isso porque as decisões judiciais, como discussões jurídicas, inserem-se no Direito como fontes deste sistema, criando precedentes, guiando operadores jurídicos. São responsáveis pela reafirmação do sistema Direito.

As decisões judiciais, contudo, são inserções no sistema Direito que não são postos ao procedimento de integração constitucional.

Por isso, é possível verificar que nem sempre as decisões judiciais, se hipoteticamente colocadas sob o crivo da constitucionalidade, apresentam em sua fundamentação elementos estatuídos nuclearmente pelo Direito. Muitas dessas discussões jurídicas acoplam em sua justificação elementos retirados da Moral, da Política, da Economia, até mesmo da Religião, sem que o sistema jurídico permita tal comunicabilidade institucional.

Atualmente, então, têm-se o quadro tendencial dos órgãos jurisdicionais, mormente dos pátrios, de adoção de códigos desses outros sistemas de valores em suas decisões.

A introdução de valores não jurídicos na estrutura do Direito provoca o enfraquecimento da robustez dos códigos jurídicos por conta da inserção de preferências setoriais daqueles que possuem a atribuição de produzir as decisões e, principalmente, de impedir a colonização do sistema jurídico por outros sistemas axiológicos.

Desse modo, inevitavelmente o sistema jurídico desvirtua-se em favor dos elementos não-jurídicos. Por conseguinte, contamina-se e pode sofrer a desconstrução de sua identidade.

A inserção de elementos não-jurídicos enfraquece a identidade da própria Constituição, pois, pelo fato de serem mais dinâmicos e mais representativos do meio social (refletindo o que é), acabam prevalecendo sobre o sistema jurídico por meio da

criação de precedentes. Ademais, determinam e coagem ao que *deve ser* (conotação kelseniana). Isso representa uma tolerância à beira da insustentabilidade devido ao impedimento de sua evolução jurídica e com conseqüente regressão do sistema de Direito.

Esses elementos estranhos, trazidos pelas decisões judiciais, pertencem a códigos contraditórios e que perseguem tendências setoriais, ideologias políticas, particularismos individuais, flutuações econômicas. Por isso, considerando a inexistência óbvia de uma moral convencional e a atuação de relativismos axiológicos frente a relações semelhantes, mas em contextos diversos (o que culmina na complexidade social), têm-se questões-chave para a busca da coerência do sistema jurídico: a) inexistindo moral única ao complexo social, como vinculá-la ao Direito? b) Tendo em vista a variação da ideologia conforme a dimensão tempo-espaço e em função da corrente de pensamento abraçada, há como a Política servir de base ao Direito? c) Considerando que o manejo do mercado é realizado por aqueles que detêm mais propriedades privadas e propriedades produtivas, como embasar o Direito no critério econômico?

O caminho proposto neste estudo, a partir de uma abordagem dedutiva, para a reação contra as máculas que afetam o sistema jurídico do Estado Constitucional de Direito é o modelo da Teoria Garantista, que sustenta a fundamentação das discussões jurídicas com as normas consolidadas pelo princípio da legalidade e que defende a não interferência dos outros sistemas sociais no Direito.

Para tanto, o julgador deve identificar os elementos presentes no discurso jurídico que não integram o sistema jurídico do Estado Constitucional de Direito e, por fim, expurgar da estrutura sistemática tais códigos sociais alienígenas.

Somente desta maneira alcança-se a incolumidade do sistema jurídico e o fortalecimento de sua identidade e, acrescente-se, a distinção e a eliminação dos elementos que pertencer a códigos externos.

2. O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

A Teoria do Garantismo é formulada por Luigi Ferrajoli, o qual, na obra *Diritto e Ragione*, em 1989, propõe um modelo ideal de Estado de Direito, em que se deve verificar a aproximação do direito positivo com o direito que realmente é observado no meio social, sob pena de deslegitimação, reclamando a aproximação entre direito válido e direito efetivo.

Para tanto,

Ferrajoli observa que o Estado de Direito atual apresenta [...] certas inclinações neo-absolutistas, as quais se evidenciam por meio de práticas antigarantistas embasadas em normatividade de emergência e de exceção oriunda de interesses setoriais da sociedade, o que vem a enfraquecer o modelo de Estado de Direito entendido como artifício político a serviço do corpo social (CADEMARTORI, 1999, p. 92).

Resultado de tais inclinações é a expansão das funções jurisdicionais e de seus espaços de discricionariedade, que buscam respaldo argumentativo nos setores social, econômico e político do Estado, a redução da capacidade regulativa do Direito, a inadequação e a falta de efetividade de suas técnicas de garantia e, ainda, a tendência do poder político a se libertar dos controles jurídicos e a sediar-se em áreas não institucionalizadas.

São esses os motivos os quais impulsionaram o Garantismo à construção de uma base filosófico-política constituída pela doutrina liberal da separação entre direito e moral. Suas principais teses, segundo CADEMARTORI (1999, p. 94-95), portanto, são:

- a) a separação entre direito e moral, em que se diferencia a qualificação de uma norma como válida ou inválida (ao se analisar o direito internamente) e a qualificação de uma norma como justa ou injusta (se examinada pela perspectiva externa); e
- b) tal separação é tida a partir da lei de Hume, que determina que não se pode deduzir prescrições de descrições, o que significa que não se pode deduzir a moral do direito, visto

que o direito válido não é por si um direito justo. Separam-se, portanto, juízos de validade e juízos de valor.

Como teoria jurídica, então, o Garantismo sedia-se na forma jurídica do Estado, qual seja a forma de Estado de Direito. Nessa acepção, refere-se a uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não somente de si, mas também no que se refere à existência ou à vigência das normas. Nesse sentido, o Garantismo é uma teoria que mantém a separação entre o *ser* e o *dever ser* e propõe, como questão central, a divergência entre os ordenamentos normativos e as práticas operacionais (FERRAJOLI, 2002, p. 852).

Seu objeto, por consequência, é uma crítica ao Direito positivo vigente, ou seja, uma crítica interna ao ordenamento jurídico posto e orientada a analisar os aspectos de sua ineficácia e invalidade, e não uma crítica externa, impedindo que a crítica parta de critérios políticos ou de justiça (CADEMARTORI, 1999, p. 101-102)¹.

A amplitude dos direitos considerados em sua forma natural, tais como moralismos e outros valores, foram positivados como direitos fundamentais e devidamente limitados para sua adequação dentro do sistema normativo a fim de fortalecer o princípio da legalidade, que é o ponto de partida na construção do modelo garantista (CARVALHO, 2001, p. 100-101).

Assim, de acordo com a Teoria Jurídica do Garantismo, pode-se afirmar que é inconcebível a perquirição acerca do

1 Acerca do fundamento teórico geral do garantismo, ressalta-se que “está constituído em grande parte pela importante distinção entre quatro diferentes predicados que se podem imputar às normas: justiça, vigência, validade e eficácia (efetividade): a) uma norma é ‘justa’ quando corresponde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extrajurídico); b) uma norma é ‘vigente’ quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito; c) uma norma é ‘válida’ quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior; d) uma norma é ‘eficaz’ quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação)” (CADEMARTORI, 1999, p. 101-102).

consenso do Direito com a Justiça ou com a Política (o que representa o exame do sistema jurídico a partir de um ponto de vista externo), pois caracterizaria uma desconstrução do Estado de Direito. Tal tarefa, pois, cabe à filosofia político-jurídica.

FERRAJOLI (2006, p. 93) acredita que a confusão entre a adoção dos valores e princípios advém das dúvidas acerca dos limites dos poderes judiciário e legislativo e de suas respectivas discricionariedades. Assim, especificamente no tocante à produção e aplicação do Direito e aos questionamentos acerca dos espaços de discricionariedade, o autor referido sustenta que se deve estabelecer qual o conceito de discricionariedade própria do exercício de qualquer poder. Assim, a celeuma pode ser resolvida redimensionando-se o alcance da discricionariedade e pela análise de seus tipos. Diferencia e delimita, portanto, a discricionariedade política da discricionariedade judicial.

A discricionariedade política contempla as funções governamentais e legislativas, cujo campo é o da política social. Em seus limites, a formação das leis representa a realização contínua e legítima das opções políticas sobre a prioridade que convém atribuir aos diferentes tipos de direitos. Adverte-se que seu âmbito de atuação não consiste em opções interpretativas, relativas aos significados dos direitos constitucionais estabelecidos, mas sim na determinação de normas novas, mais inovadoras e discricionárias que as opções que se produzem na aplicação constitucional (FERRAJOLI, 2006, p. 94-95).

Portanto, são nessas possibilidades políticas, relativas a técnicas de garantia mais adequadas aos distintos tipos de direitos, às prioridades adotadas e à destinação de recursos, em que reside o espaço autônomo da política.

Já a discricionariedade judicial caracteriza-se como atividade interpretativa e probatória da aplicação das normas legais ao objeto *sub judice*. É uma atividade tendencialmente cognoscitiva e dá-se com a sujeição à lei, estando limitada à interpretação das normas que poderão ser aplicadas. Assim, a

sua fonte de legitimação não é a fonte político-representativa própria das instituições de governo, mas a sujeição à lei.

Ao espaço da jurisdição e da discricionariedade judicial pertencem só as controvérsias e decisões interpretativas referentes ao significado das leis passíveis de aplicação – o que, no entendimento de Ferrajoli, deveria ser suficiente para acabar com o fantasma do “governo dos juízes” (FERRAJOLI, 2006, p. 96-98, *passim*).

3. A DECISÃO JUDICIAL PERANTE O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

A decisão judicial, como discurso jurídico, é uma forma de produção de enunciados no sistema jurídico e, para sua validade, deve apresentar discussão e argumentação acerca do tema posto à jurisdição. Essa discussão jurídica não necessita de um fundamento absoluto, mas sim “de que possa ser racionalmente justificada no contexto da ordem jurídica prevalente” (ALEXY, 2001, p. 213).

As decisões judiciais, logo, podem ser enquadradas no campo de uma razão justificadora (ATIENZA, 2003, p. 20), cuja discussão está relacionada à noção de procedimento argumentativo.

Nas palavras de COMANDUCCI (1999, p. 71),

[...] por “justificación” entiendo el procedimiento argumentativo que consiste en aducir razones (o aducir buenas razones o aducir razones persuasivas) en favor de uno de estos dos tipos de conclusiones: que es verdadero, probable, verosímil y atendible un enunciado cognoscitivo; lo que es justo, bueno, correcto y válido un enunciado prescriptivo.

Diante disso, questiona-se, de início, qual espécie de justificação é legítima ao Estado Constitucional de Direito.

O Sistema Garantista, apesar de defender a separação entre o Direito e Moral, Política e outros códigos não jurídicos,

defende que é possível a existência, na decisão judicial, do ponto de vista externo, em que se vislumbram valores ético-políticos do julgador.

Por isso, a teoria garantista professa que as decisões judiciais podem ser justificadas ou fundamentadas a partir de dois prismas: o ponto de vista interno, que representa a operacionalidade do Direito, e o ponto de vista externo, o qual se referente ao espaço de discricionariedade que detém o julgador para posicionamentos ético-políticos.

Essa discricionariedade é inexorável frente à impossibilidade de o julgador ser hermeticamente neutro, eis que está inserido no mundo da vida. Segundo FERRAJOLI (2002, p. 139),

[...] ao realizar as escolhas impostas por estes espaços de discricionariedade, o juiz em particular jamais será neutro, se não se entender por ‘neutralidade’ apenas sua honestidade intelectual e seu desinteresse pessoal em relação aos interesses concretos da causa, mas uma impossível ausência de valores ou uma apoliticidade das opções e uma ilusória objetividade dos juízos de valor.

Ademais,

[...] porque em nenhum sistema o juiz é uma máquina automática, concebê-lo como tal significa fazer dele uma máquina cega, presa da estupidez ou, pior, dos interesses e dos condicionamentos de poder mais ou menos ocultos e, em todo caso, favorecer sua irresponsabilidade política e moral (FERRAJOLI, 2002, p. 140).

Ciente de que, “por mais que se esforce para ser objetivo”, o julgador “está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos” (FERRAJOLI, 2002, p. 46), sugere-se um procedimento racional de fundamentação judicial baseado em três inferências:

- a) Inferência indutiva, como premissa menor, resultante da atividade probatória (fatos/provas);
- b) Inferência dedutiva, como premissa maior, relativa à subsunção legal; e

c) Silogismo prático, que integra a parte dispositiva e com proposições normativas – cuja conclusão é também uma norma para o caso em concreto (FERRAJOLI, 2002, p. 62).

Considerando que as inferências indutiva e dedutiva coadunam-se com a operacionalidade do Direito, ou seja, com o ponto de vista interno da fundamentação da decisão judicial, é a terceira inferência, o silogismo prático, que interessa como objeto desta pesquisa.

Essa terceira inferência, a do silogismo prático, consubstancia-se no espaço de discricionariedade judicial, que surge no caso em que, mesmo após a conjunção da inferência indutiva e da inferência dedutiva, inexistente um liame jurídico que culmine à conclusão judicial.

Ante a tal inconclusividade, advém nessa discricionariedade, o que Ferrajoli denomina de “equidade do juízo” ou “poder de conotação”, que serve “para preencher a distância entre abstração do pressuposto típico legal e a concretização do caso em julgamento” (FERRAJOLI, 2002, p. 125) e que não pode ser invocada para ultrapassar a lei, senão apenas para aplicá-la. Nas palavras de FERRAJOLI (2002, p. 131-132),

[...] a compreensão equitativa requer também conotações valorativas e por isso discricionárias. Mas esta específica discricionariedade judicial (a única forma de discricionariedade) é plenamente legítima e pertinente, a ser uma dimensão epistemológica constitutiva da jurisdição.

Tendo em vista tal da “equidade do juízo”, FERRAJOLI (2002, p. 132) alega, numa tentativa de conter o risco de que a discricionariedade transmute-se em arbitrariedade, que o poder judicial deve-se servir dos atributos sensibilidade, moralidade, e inteligência do juiz:

[...] é, assim, através dela que se realiza o respeito à pessoa humana em julgamento, que no ordenamento italiano, como em outros, não é apenas um princípio racional e moral, mas também um princípio jurídico constitucional. É nela que se manifesta a sensibilidade a

inteligência e a moralidade do juiz (FERRAJOLI, 2002, p. 132).

Além disso, assevera FERRAJOLI (2002, p. 132) que tal discricionariedade:

[...] ainda menos reflete a subjetividade emocional e parcial do juiz. Ao contrário, é o produto de um esforço intencional do juiz dirigido a prescindir o mais possível de suas ideologias pessoais, de seus preconceitos e de suas inclinações para ‘compreender’ ou participar das ideologias, inclinações e condicionamentos do sujeito em julgamento. Neste sentido, a equidade é também uma condição de imparcialidade do juiz. É iníquo não só o juiz obtuso, que não sabe captar as conotações específicas do caso julgado, mas também o que faz pesar sua subjetividade no julgamento, sem conseguir e talvez sem sequer tentar desprender-se dela para compreender a do acusado.

Contudo, o poder de conotação do julgador está vinculado diretamente à sua formação pessoal e o esforço do julgador para prescindir de suas ideologias pessoais, de preconceito, das inclinações íntimas, deixado ao alvedrio do magistrado, pode-se tornar uma arbitrariedade albergada pelo manto da discricionariedade.

Partindo da premissa, portanto, de que a função da decisão judicial é expurgar a dúvida posta à cognição jurisdicional “em favor da hipótese mais simples, dotada de maior capacidade explicativa e [...] compatível com o maior número de provas e conhecimentos adquiridos com anterioridade” (FERRAJOLI, 2002, p. 44.45), chega-se à questão base deste estudo: quais os limites da aplicabilidade do ponto de vista externo nas decisões judiciais a fim de que seja evitada a arbitrariedade e, por consequência, mantida a incolumidade e a identidade do sistema constitucional de Direito.

3.1. JUSTIFICAÇÕES EXTERNA E INTERNA DA DECISÃO JUDICIAL

Considerando que as decisões judiciais inserem-se no sistema jurídico sem um controle de constitucionalidade, tanto a justificação interna como a justificação externa devem ter suas raízes nos elementos jurídicos defendidos pelo sistema Direito.

Contudo, algumas decisões jurídicas que são justificadas por argumentos morais, políticos, econômicos, religiosos, o que acarreta o desvirtuamento do sistema jurídico.

A função do Direito, como explanado, é generalizar e estabilizar expectativas dos comportamentos e promover a regulamentação dos conflitos, com a própria a previsão do litígio em seu código (com a alternativa de cumprimento e descumprimento). É um conflito precisamente que desencadeia os mecanismos tendentes à imposição contrafática da expectativa regulatória. Assim, como os conflitos são inevitáveis, o Direito integra sua probabilidade para a generalização de expectativas.

Contudo, na contemporaneidade do sistema jurídico, do sistema social e da sociedade moderna complexa, vê-se uma proliferação social de critérios e preferências, que torna indefinidas e confusas as fronteiras do campo jurídico e da esfera estatal perante outros âmbitos do agir e vivenciar, assim como as fronteiras do Direito.

E é o que se verifica nas decisões, cuja produção, a partir de sua escolha preferencial de probabilidade, considera fatores fundamentados em elementos estranhos ao Direito. Há, por conseguinte, a corrupção das decisões e, ainda, a corrupção do sistema jurídico por meio das decisões judiciais.

A questão é problemática e atual, conforme se vê no que se convencionou denominar de judicialização da política e também na repercussão geral como um problema de análise dos impactos especialmente econômicos da decisão jurídica.

SIMONI e BAHIA (2009, p. 75-76) exemplificam:

[...] um juiz que decide uma causa não porque a conduta do autor ou do réu foi correta ou incorreta do ponto de vista do direito, mas porque a decisão é lucrativa ou gera prejuízos econômicos, já tomou uma decisão econômica.

Assim, se um órgão jurisdicional “decide um fato fazendo política pública do governo ou da oposição, em detrimento à diferença entre direito e não direito, já tomou uma decisão política e não jurídica” (SIMONI e BAHIA, 2009, p. 75-76). É desse tema que se extraem as posições teóricas que defendem a importância da argumentação jurídica para a justificação dessas decisões mais difíceis – as que exigem um pouco mais do que as respostas previstas no direito positivo (SIMONI e BAHIA, 2009, p. 75-76).

Enquanto se afasta de vínculo fixado constitucionalmente, o sistema jurídico fica exposto “diretamente a particularismos relacionais e exigências econômicas concretas” (NEVES, 2006, p. 243). Por consequência, a presença de códigos alienígenas nas decisões judiciais enfraquece a estrutura e identidade do Direito, pois inserem no sistema jurídico elementos que não condizem com os valores já positivados em seus estatutos.

É inaceitável, então, que o sistema jurídico permita a inserção de elementos não-jurídicos por conta das exigências da economia e para os valores, as expectativas e os interesses presentes na esfera pública.

Como óbice a essa colonização do sistema jurídico pelo sistema social, visando à consubstanciação sistemática do Direito, deve-se superar as condições desjuridicizantes que a determinam. É imprescindível, portanto, que a decisão judicial – operação comunicativa jurídica por excelência – mantenha incólume a formatação da estrutura sistemática do Direito, respeitando-se a sua integridade e impedindo que elementos externos do ambiente condicionem ou induzam o seu resultado.

Nesse trilhar, sugere-se o abandono das possibilidades de entrelaçamento entre o sistema jurídico com outros códigos, especialmente o econômico, moral ou político.

Abriga-se, ainda, a concepção de que o aspecto normativo da decisão judicial deve pretender à sua generalização: é dever do julgador tanto tratar igualmente as mesmas condições quanto decidir da mesma forma os casos iguais – o que torna questionável a concepção do ato decisório como “a lei do caso particular”.

Aqui, então, tem-se o Garantismo como uma proposta teórica favorável à operacionalidade do Direito e ao fortalecimento da unidade sistêmica, o que se justifica porque o Estado Constitucional de Direito incorporou diversos princípios ético-políticos a seus estatutos fundamentais, tornando-os critérios internos de legitimidade, e, assim, fortaleceu o princípio da legalidade. Em tal senda, a atenção para a produção e a reprodução do sistema jurídico deve estar voltada ao estabelecido pelo Direito positivo vigente. Finalmente, como corolário, obsta-se a comparação do direito vigente com códigos extrajurídicos, cujo debate abrange critérios políticos ou de justiça.

Nessa explanação, a decisão judicial, como ato jurídico por excelência, deve espelhar os elementos positivados no sistema jurídico do Estado Constitucional de Direito, de forma a manter a integridade do sistema.

Para tanto, faz-se imprescindível aos órgãos jurisdicionais um embasamento teórico garantista que os instrumentalizem no manejo da dogmática jurídica, com vistas à realização do sistema Direito e ao favorecimento de sua estruturação autônoma - o que faz inconcebível a perquirição acerca do consenso do Direito com a Moral ou com a Política, pois caracterizaria uma desconstrução do Estado de Direito. Tal finalidade remanesce nos objetivos da Filosofia Política e não da operação reprodutiva do Direito, que é a decisão judicial.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na contemporaneidade ocidental, especificamente no sistema jurídico pátrio, assiste-se a um panorama tendencial

dos órgãos jurisdicionais de promoção colonizadora do sistema jurídico por meio da inserção de critérios extrajurídicos nas decisões judiciais. Esses elementos externos, por vezes, conspurcam o processamento de casos jurídicos de acordo com atributos generalizados de constitucionalidade e legalidade.

Por tal situação, quebram-se as fronteiras entre o sistema Direito e outras esferas de comunicação social, gerando uma crise de identidade do sistema jurídica e o questionamento de sua autonomia científica.

Denomina-se esse quadro de corrupção sistêmica: como a estrutura do sistema jurídico é violado por códigos de preferências dos mais diversos, os códigos constitucionais e legais degradam-se em interesses setoriais e em outros critérios sistêmicos. É por isso que se afirma que a superação da crise de identidade não está na produção de mais ou menos normas jurídicas, mas sim na superação dos critérios desjuridicizantes que determinam a colonização do direito por códigos estranhos.

O modelo garantista sugere a coerência de integralidade e incolumidade do sistema jurídico, visto que não se utiliza de referências externas ao Direito – isso porque não se pauta em outros códigos que lhe são distintos, ao contrário do que defendem as teorias neoconstitucionalistas, com o entrelaçamento do Direito com a Moral e a Política, e outros métodos inominados de (des)construção do sistema jurídico que nele inserem critérios de toda ordem, como os de fins econômicos.

O Constitucionalismo Garantista, então, propõe uma aceitável base teórica à operacionalidade do Direito. Considerando que o Estado Constitucional de Direito incorporou diversos princípios ético-políticos a seus estatutos fundamentais, tornando-os critérios internos de legitimidade, fortaleceu o princípio da legalidade com a atenção voltada ao Direito positivo vigente, orientada a analisar os aspectos de sua ineficácia e invalidade. Por isso, obsta-se a crítica externa, cujo debate abrange critérios políticos ou de justiça.

Respeitando-se, então, a discricionariedade judicial, deve-se atentar para a incoerência de arbitrariedade judicial. O órgão jurisdicional, imbuído de atribuições constitucional e legais e detentor do dever de jurisdição, deve esforçar-se intencionalmente para dispensar suas ideologias preferenciais, crenças preconceituosas, empatias ideológicas ou políticas a fim de que seu julgamento esteja de acordo com a sua função constitucional.

Como o poder de conotação de quem ocupa a função jurisdicional está vinculado diretamente à sua formação subjetiva, o julgador deve se empenhar para impedir que uma arbitrariedade seja protegida pela máscara da discricionariedade. Para tanto, deve-se atentar para o fato de que a iniquidade é caracterizada não só pela letargia decisional, mas também pela incorporação de subjetividade no ato de julgar, em que o julgador tropeça ao fazer justiça pelas próprias crenças.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Landy Editora: São Paulo, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

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

CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COMANDUCCI, Paolo. **Razonamiento Jurídico**: elementos para un modelo. México: Fontamara, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: debate sobre el derecho y la democracia. Madrid: Trotta, 2006.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, e Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 59, p. 61-88, dez. 2009.

Recebido em 12/01/2013.

Aprovado em 05/08/2013.

