

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**JURISDIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSPECTIVA À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

VANESSA PADILHA CATOSI

**JACAREZINHO-PR
2009**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**JURISDIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSPECTIVA À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

VANESSA PADILHA CATOSI

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP (Área de concentração: Teorias da Justiça: Justiça e exclusão social) como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Prof. Dr. Miguel Kfoury Neto.

**JACAREZINHO-PR
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

VANESSA PADILHA CATOSI

JURISDIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSPECTIVA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão Social), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, defendida por Vanessa Padilha Catossi, e aprovada em 16 de dezembro de 2009, por banca examinadora constituída pelos Doutores:

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Miguel Kfoury Neto – Presidente

Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira

Prof. Dr. Maurício Gonçalves Saliba

Jacarezinho, 16 de dezembro de 2009.

*Posso não ter mais seus conselhos. Mas terei para sempre seu exemplo.
Posso não ver mais o brilho de seus olhos. Mas sempre o reconheço na estrela
mais brilhante do céu.
Posso não ter mais seu abraço. Mas tenho certeza de que conto com sua
proteção.
Posso não te ver mais ao meu lado. Mas tenho certeza de que esteve e sempre
estará comigo a cada passo que eu der.
Por tudo isso, essa é para você, papai...*

Não posso deixar de, nessa oportunidade, render meus agradecimentos a pessoas que, ao longo de minha trajetória como mestranda, em muito contribuíram tanto para a conclusão desta dissertação, como também em minha formação. Certamente cometerei injustiças, seja pela fraqueza de memória, seja pelo espaço limitado dessas linhas, mas, de qualquer forma, alguns nomes devem ser mencionados:

Em primeiro lugar, a Deus, por ter me dado não o que lhe pedi; mas tudo o que eu precisava;

A Antonia Carmen e Vania, minha mãe e minha irmã, pois sem vocês nada teria sentido;

Ao Professor Doutor Miguel Kfoury Neto, meu orientador, por ter aceitado essa tarefa, prestando valioso contributo com sugestões e apoio bibliográfico, e pela confiança em mim depositada;

Ao Professor Jaime Domingues Brito, ex-professor, sócio, amigo e pai que a vida me permitiu escolher;

A Danieli (“miga”) e Marcelo (“Máh”), amigos queridos dessa e talvez de outras vidas, passadas e futuras;

Aos Professores Doutores Gelson Amaro de Souza e Maurício Gonçalves Saliba, pelas enriquecedoras sugestões na banca de qualificação, que em muito contribuíram para o aprimoramento da dissertação. E também a Ivana e Ana Paula, pelo apoio e pronta ajuda no fornecimento de material para que as mencionadas sugestões feitas pudessem ser atendidas;

A Professora Vilma e a Marília, pela terapêutica, reconfortante e encorajadora luz azul;

A Natalina, anjo da guarda dos mestrandos da Faculdade de Direito de Jacarezinho;

Aos amigos das 3.^a e 4.^a Turmas do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, sem dúvida o maior motivo para que eu possa dizer que valeu a pena.

*“E ainda se vier noites traiçoeiras
Se a cruz pesada for, Cristo estará contigo
O mundo pode até fazer você chorar
Mas Deus te quer sorrindo.”*
Carlos Papae

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de uma concepção de jurisdição traçada a partir do tratamento dado aos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988. Tem como ponto de partida as teorias clássicas sobre a jurisdição, desenvolvidas por Chiovenda, Carnelutti e Hans Kelsen, nas quais se observa o reflexo do positivismo que dominou o pensamento jurídico no Estado Liberal. Destaca que a partir da segunda metade do século XIX, as idéias do acesso à justiça e da instrumentalidade do processo passaram a sugerir a necessidade de mudanças na compreensão da jurisdição, além de seu ajuste com a realidade social. Estuda o perfil dado pela Constituição Federal de 1988 aos direitos fundamentais, que trouxe um forte conteúdo valorativo ao sistema jurídico brasileiro e reforçou o papel da jurisdição como concretizadora desses direitos, que deve utilizar-se, para isso, da hermenêutica constitucional. Destaca as transformações ocorridas a partir do século XX devido à globalização e à pós-modernidade e as novas exigências do Direito diante delas. Sustenta que a legitimidade da jurisdição relaciona-se com seu potencial de efetivação dos direitos fundamentais, o que deve nortear a superação dos desafios que se apresentem, além de definir o manejo dos instrumentos processuais para o atingimento dessa finalidade, para o que o juiz deve abandonar a postura dogmática, sem que isso signifique a exclusão de sua responsabilidade. Conclui que a idéia contemporânea de jurisdição demanda uma postura mais ativa e criativa, em prol da inclusão social pela realização dos referidos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: jurisdição – direitos fundamentais – efetividade – Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT

This work analyses the possibility of a concept of jurisdiction from the treatment of fundamental rights by the Constitution of 1988. It has as point of beginning the classical theories about the jurisdiction, developed by Chiovenda, Carnelutti and Hans Kelsen, in which one is observed the reflection of the positivism that dominated legal thought in the Liberal State. It detaches that from the second half of the nineteenth century, the ideas of access to justice and instrumentality of the process began to suggest the need for change in the understanding of the jurisdiction, and also the need of their adjustment to social reality. It studies the profile given by the Constitution of 1988 to the fundamental rights, which has brought a strong valorative content to the Brazilian legal system and strengthened the role of the jurisdiction in the implemented of these rights, for what must be used the constitutional hermeneutics. It detaches the transformation that occurred in the twentieth century due to globalization and post-modernity and the new requirements of the Law before them. It argues that the legitimacy of the jurisdiction is related to its potential of execution of fundamental rights, which should guide the overcoming the challenges, and also defining the management of procedural instruments for achieving this purpose, for what the judge must abandon the dogmatic attitude, without giving rise to the exclusion of his liability. It concludes that the contemporary idea of jurisdiction demand a more active and creative posture in promoting social inclusion for the realization of these fundamental rights.

Key-Words: jurisdiction – fundamental rights – effectiveness – Constitution of 1988.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONCEPÇÃO CLÁSSICA DA JURISDIÇÃO	13
1.1 O Direito no Estado Liberal e no positivismo jurídico.....	13
1.2 Noções clássicas da jurisdição.....	17
1.2.1 A teoria de Chiovenda	17
1.2.2 A teoria de Carnelutti	20
1.2.3 A teoria de Hans Kelsen	23
1.3 A questão do acesso à justiça	26
1.4 A instrumentalidade do processo.....	31
1.5 A necessidade de ajuste entre a jurisdição e a realidade social	34
2 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	39
2.1 Considerações iniciais: a principiologia constitucional.....	39
2.2 A constitucionalização dos direitos fundamentais	42
2.3 Noção e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.....	49
2.4 A problemática da eficácia dos direitos fundamentais	53
2.4.1 O papel da hermenêutica constitucional na efetivação dos direitos fundamentais.....	58
2.5 A proteção dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário	64
3 A NOVA PERSPECTIVA DA JURISDIÇÃO	68
3.1 Globalização, pós-modernidade e Direito	68
3.2 A legitimação da jurisdição no regime democrático	78
3.3 A efetividade da jurisdição: exigência e desafios.....	84
3.3.1 Os instrumentos processuais na luta pela efetividade da jurisdição: novas linhas para seu manejo	90
3.4 A necessidade de remodelação do papel do juiz e a inadequação da postura dogmática... ..	95
3.5 A nova concepção da jurisdição: seu direcionamento para a promoção da inclusão social pela realização dos direitos fundamentais	103
3.6 A responsabilização do juiz.....	115
CONCLUSÃO	120
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	125

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 e o tratamento por ela dado aos direitos fundamentais provocou inúmeros reflexos na compreensão do Direito. Dentre eles, a concepção do instituto da jurisdição também merece uma releitura, a partir dessa realidade constitucional, que deve ser aliada às transformações da sociedade e às novas exigências que delas decorrem.

As novas conjunturas surgidas sempre oferecem o desafio de serem moldadas novas concepções hábeis a elas se adaptarem, já que inevitável se mostra a constatação de que a jurisdição está sujeita a uma defasagem, caracterizada exatamente pelo ritmo acelerado dos reclamos sociais que, nem sempre, é acompanhado pela evolução do pensamento jurídico com a velocidade necessária. Essa verificação, ainda que soe frustrante, é, a bem da verdade, imanente à essência das coisas.

Diante dela, necessária se revela a busca de caminhos e soluções, no sentido de acabar – ou ao menos diminuir – o abismo que se forma entre a realidade e as concepções jurídicas que a ela se destinam, tarefa esta que ganha maior envergadura, quando se leva em conta a secundarização do progresso social e da concretização dos direitos fundamentais decorrentes do conjunto de transformações sofridas pelo mundo a partir do século XX, a que se convencionou chamar de globalização, bem assim das incertezas da pós-modernidade.

O texto constitucional traz em si princípios que modelam uma sociedade pautada pela igualdade, pela dignidade da pessoa humana, pela cidadania, além de inúmeras referências aos direitos fundamentais, tendo consagrado, ademais, sua aplicabilidade imediata. Contudo, a realidade brasileira demonstra que existe uma distância acentuada – que aflige mais sensivelmente as classes menos favorecidas – entre os preceitos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais e sua efetiva fruição por seus destinatários.

Uma vez constitucionalizados os direitos fundamentais, eles trouxeram para o ordenamento brasileiro toda uma carga valorativa e principiológica, que foi sendo forjada ao longo do seu processo de surgimento nas sociedades e posterior reconhecimento nos textos legais. Nesse caminho, uma característica marcante é a ampliação do rol desses direitos, que foram categorizados em gerações, havendo, inclusive, abertura, na Constituição Federal de 1988, para o reconhecimento de outros que venham a surgir por conta da evolução.

Entretanto, apesar de ser louvável esse reconhecimento com requintes constitucionais, é certo que a questão mais palpitante quanto à temática dos direitos fundamentais é, sem dúvida alguma, a efetividade desses direitos na realidade social para a qual se destinam.

Nesse passo, convém lembrar que se reclama, cada vez mais, uma atuação eficiente do Poder Público, notadamente do Poder Judiciário, na efetivação desses direitos, o que demanda, por seu turno, uma necessidade de ajuste entre a jurisdição e a sociedade sobre a qual são produzidos os efeitos de suas decisões.

É certo que as recentes reformas processuais indicam uma forte tendência no sentido de se buscar a maior efetividade possível do processo, como instrumento de atuação da jurisdição na solução dos conflitos e pacificação social, num esforço de se oferecer ao consumidor dos serviços judiciários uma resposta à altura de seus anseios, que não mais se contentam com mera garantia de direitos esculpida nos textos legais, nos moldes do Estado Liberal, numa conotação eminentemente formal. Contudo, quer parecer que a mera gênese de novos artifícios processuais não se revela suficientemente capaz de atender a demanda que se afigura na nova perspectiva trazida.

Com isso, pertinente é o questionamento acerca da suficiência das teorias clássicas sobre a jurisdição à luz do atual panorama social brasileiro, bem como sua adaptação ao novo modelo trazido pela Constituição Federal de 1988, notadamente quando se tem como prisma os direitos fundamentais e o nível de relevância que lhe foi dado pelo constituinte. Por outras palavras, investigações se fazem necessárias para avaliar como a tutela jurisdicional deve ser encarada num Estado constitucional que consagra, como vetores, os direitos fundamentais.

Sob essa nova perspectiva, parte-se da hipótese de que as teorias clássicas dedicadas a explicar a jurisdição merecem ser repensadas, de molde a se buscar uma conformação entre o novo teor do tecido constitucional, agora embebido por princípios consagradores dos direitos fundamentais, e o papel da jurisdição à frente dos anseios e reclamos sociais na época contemporânea, na qual as relações humanas e o espaço de atuação estatal encontram-se consideravelmente diversos daquela configuração que possuíam no Estado Liberal.

Nesse passo, a compreensão da jurisdição a partir desse novo ângulo de visada poderá trazer novos moldes para a postura a ser exigida do juiz, principalmente no que

se refere ao apego à lei infraconstitucional e ao manejo dos instrumentos processuais desenvolvidos para a finalidade de conferir efetividade à prestação jurisdicional, não devendo ser olvidados os desafios que se apresentam para a jurisdição nos tempos atuais. Além disso, um questionamento pertinente que pode ser feito refere-se à possibilidade de uma maior atividade no exercício da função jurisdicional, traduzida na utilização mais livre das ferramentas processuais e em uma postura mais participativa e comprometida no descortinamento das particularidades dos casos concretos, assim como a viabilidade de se atribuir à jurisdição um espaço criativo maior, seja na aplicação do Direito ou até mesmo em sua criação, tudo à vista das características dos direitos fundamentais e da abertura de seu rol consagrada constitucionalmente.

Dessa maneira, o estudo desenvolvido na presente dissertação analisa a possibilidade de uma nova perspectiva pela qual deva ser encarada a jurisdição, com vistas a adequar-lhe à teoria dos direitos fundamentais, observada a relevância que lhes foi dada pelo constituinte e potencialidade de atuação da jurisdição na realidade social, como agente transformadora e promotora de inclusão, realçando-se, com isso, sua função social.

Para isso, serão analisadas, no primeiro capítulo, as concepções clássicas sobre o instituto da jurisdição, destacando as teorias desenvolvidas a seu respeito por Chiovenda, Carnelutti e Hans Kelsen, procurando-se demonstrar que elas espelham, em maior ou menor grau, os valores sociais vigentes em determinado momento histórico, até se chegar à época atual, em que as noções do acesso à justiça e da instrumentalidade do processo já fornecem subsídios para uma reapreciação da jurisdição a partir da realidade social.

Na seqüência, será estudada a teoria dos direitos fundamentais, inserindo referidos direitos na principiologia constitucional. Para que esse aspecto seja mais bem compreendido, será investigado o processo de constitucionalização desses direitos e procurar-se-á traçar o perfil que a Constituição Federal de 1988 lhes deu, onde ficará evidenciado que o imperativo constitucional vai no rumo da aplicabilidade imediata e da concessão de eficácia a essa especial categoria de direitos. E, na obtenção desse desiderato, será relevado o papel da hermenêutica constitucional e da proteção que lhes deve ser conferida pelo Poder Judiciário, o que demonstrará os primeiros sinais da necessidade de reformulação da concepção de jurisdição.

Em decorrência de tal fato, no capítulo três, a idéia central é traçar o perfil contemporâneo da jurisdição, buscando-se legitimá-la a partir da perspectiva do regime democrático e identificar sua potencialidade como fator de efetivação dos direitos

fundamentais e promoção de inclusão social, no sentido de sanar o distanciamento entre os avanços teóricos e a realidade prática dos consumidores do serviço judicial. Para isso, o papel e importância dos instrumentos processuais para o atingimento de tais fins serão reavaliados, assim como se indagará a respeito da necessidade de remodelação da postura dogmática do juiz, enquanto agente efetivador dos direitos fundamentais, bem como sua responsabilização por danos que, eventualmente, provoque nessa tarefa.

Eis, em linhas gerais, a proposta da presente dissertação, que se desenvolve nas páginas seguintes.

1 CONCEPÇÃO CLÁSSICA DA JURISDIÇÃO

1.1 O Direito no Estado Liberal e no positivismo jurídico

Antes da sistematização da teoria da tripartição das funções estatais por Montesquieu, verifica-se que, no Antigo Regime, o exercício do poder dava-se de modo concentrado na figura do príncipe, que encampava, inclusive, a jurisdição. Nessa época, o governante era detentor do poder de julgar as contendas que lhes eram apresentadas, ou, quando não, delegava dita função a quem lhe fosse de confiança.

Assim é que a atividade de dirimir conflitos encontrava-se jungida às demais funções exercidas pelo detentor do poder político e, surgida a necessidade de delegação de tal atribuição, aqueles que a desempenhavam ainda mantinham-se fortemente ligados ao soberano, já que essa incumbência calcava-se em fatores eminentemente políticos e, por isso, inviabilizador de qualquer independência desses primeiros julgadores. Nas palavras de César Asfor Rocha (2007, p. 34-35)

Não resta dúvida, hoje em dia, de que os primeiros julgadores foram os próprios príncipes governantes ou, pelo menos, foram eles os julgadores finais das grandes causas, como também é inegável que o aumento das populações e o crescimento das demandas exigiram *delegações dessa função*, dada a impossibilidade prática de uma só pessoa (o príncipe) realizar todo esse trabalho; assim, devem ter surgido os primeiros Juízes no fluxo da necessidade de descentralizar a atividade julgadora, *mas é crucial que os príncipes escolheram esses primeiros Magistrados dentre os seus amigos mais próximos e fiéis o que é facilmente compreensível, se se levar em conta o interesse em que a unidade política dos seus domínio não se pulverizasse.* (grifo do autor)

Evidentemente, tal sistemática produzia, invariavelmente, situações arbitrárias, normalmente em decorrência da busca da manutenção do poder nas mãos do soberano e outras instituições de grande influência, em especial a Igreja. Para conter os abusos do Antigo Regime e procurar afrouxar a umbilical ligação entre os juízes e o poder político, buscou-se um resgate do princípio da legalidade, do qual decorreu uma verdadeira

reformulação da própria noção de Estado. Essa transformação é assim explicada por Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 25):

Antes do Estado legislativo, ou do advento do princípio da legalidade, o direito não decorria da lei, mas sim da jurisprudência e das teses dos doutores, e por esse motivo existia uma grande pluralidade de fontes, procedentes de instituições não só diversas, mas também concorrentes, como o império, a igreja etc. *A criação do Estado legislativo, portanto, implicou na transformação das concepções de direito e de jurisdição.* (grifo do autor)

À época, essa mudança representou um avanço, possibilitando o combate às arbitrariedades de uma magistratura imoral e corrupta, cujos cargos poderiam ser comprados e vendidos, além de serem transmitidos hereditariamente.

Com a Revolução Francesa e a instituição do Estado Liberal de Direito, o poder foi transferido para as casas legislativas, com fundamento na fórmula do princípio da legalidade, donde o Direito calcou-se nas normas jurídicas editadas pelos parlamentos:

O princípio da legalidade, assim, acabou por constituir um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente por ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa. (...) Ou melhor, nessa dimensão a juridicidade da norma está desligada de sua justiça intrínseca, importando somente se foi editada por uma autoridade competente e segundo um procedimento regular. (MARINONI, 2006, p. 25)

Tal concepção pretendeu um rompimento da ordem do Antigo Regime, por meio de uma ideologia concebida para justificar o Estado Moderno e dar suporte aos interesses da classe burguesa, em franco crescimento econômico e à busca da obtenção do poder político.

Nesse passo, as relações de dominação, no Estado Moderno, eram calcadas na imposição da lei, conforme se vê na seguinte lição:

Se há vários tipos puros de dominação legítima (tradicional, para a qual a obediência decorre da tradição; carismática, para a qual a obediência decorre da virtude ou do dom do dominante; e, legal, para a qual a obediência se funda numa ordem normativa e de competências previamente definidas), juntamente com o Estado moderno se afirma a dominação legal-racional

como modelo fundante das relações estruturais do corporativismo jurídico-burocrático. (BITTAR, 2005, p. 59)

Assim, fica bastante claro que o Poder Executivo teve de sujeitar-se à hegemonia do Legislativo, ficando suas atividades restritas aos limites legais, da mesma forma que o Poder Judiciário, no desempenho de seus misteres, resumia-se a aplicar a lei, sendo-lhe vedado até mesmo interpretá-la. Trata-se da aplicação da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, a qual, no que diz respeito ao poder de julgar, resumia-se no conhecido brocardo segundo o qual o juiz seria a “boca da lei”.

E, para que tal objetivo pudesse ser alcançado a lei deveria ser de tal maneira abstrata que

pudesse albergar quaisquer situações concretas futuras, e assim eliminasse a necessidade de edição de novas leis, especialmente a possibilidade de o juiz, ao aplicá-la, ser levado a tomar em conta especificidades próprias e características de uma determinada situação. (...)

O ideal da supremacia do Legislativo era o de que a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que apenas poderiam gerar uma única interpretação, inquestionavelmente correta. A lei era bastante e suficiente para que o juiz pudesse solucionar os conflitos, sem que precisasse recorrer às normas constitucionais. (MARINONI, 2006, p. 28)

Nítido, portanto, o alijamento das normas constitucionais que imperava ao longo do Estado Liberal. Floresceu, ainda nessa época, a Escola da Exegese, que alçou a norma jurídica ao papel de protagonista, tornando-se a nota marcante do Liberalismo, cujo reflexo imediato foi fulminar o poder de criação dos juízes (ROCHA, 2007, p. 38). Nessa concepção do Direito, que se convencionou denominar positivismo jurídico, a atividade do jurista resumia-se a descrever a lei, de forma a externar a vontade do legislador (*mens legislatoris*), tornando essa ciência “cognoscitiva ou explicativa de um objeto, isto é, da norma positivada” (MARINONI, 2006, p. 29). Em síntese:

o positivismo jurídico não apenas aceitou a idéia de que o direito deveria ser reduzido à lei, mas também foi o responsável por uma inconcebível simplificação das tarefas e das responsabilidades dos juízes, promotores, advogados, professores e juristas, limitando-as a uma aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense, na universidade e na elaboração da doutrina. (MARINONI, 2006, p. 30)

A real pretensão do positivismo jurídico vem assim desvelada por Eduardo Cambi (2003, p. 22):

Na verdade, o que pretendiam as correntes filosóficas justificadoras do positivismo jurídico era a criação de um Estado axiologicamente neutro, afirmando que esta neutralidade decorria da lei. Ocorre que a lei, por não ser a expressão da vontade geral, não é neutra, mas *parcial*, na medida em que decorre da vontade política dominante. Com efeito, é um mecanismo, à disposição do grupo político hegemônico, para a implementação do seu projeto político de administração pública e da disciplina das relações intersubjetivas (públicas e privadas).

Veja-se, contudo, que a fixação do Direito à norma jurídica, teve como consequência o incremento de abusos legislativos, como observa Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 26):

Se a lei vale em razão da autoridade que a edita, independentemente de sua correlação com os princípios de justiça, não há como direcionar a produção do direito aos reais valores da sociedade. Daí ser tido como certo que a teoria de Montesquieu, embora se voltando contra os abusos do *ancien régime*, lançou as sementes da tirania do legislativo.

Além desse desdobramento, a concepção liberal tem ainda reflexos mais complexos, derivados da preocupação quase que exclusiva com as interferências do Estado na esfera individual e, conseqüentemente, relegando as necessidades sociais a um segundo plano.

Assim, com Alberto Nogueira (2003, p. 445), pode-se sintetizar a atuação da jurisdição nesse período da seguinte forma:

No regime antigo o juiz era um funcionário do Rei e a este subordinado, e portanto, nessa condição, fazia a justiça por aquele determinada e não de acordo com sua própria convicção. Em caso de dúvida, recorria à consulta real para obter uma interpretação oficial. Esse sistema cedeu lugar a uma nova Justiça, ao advento da Revolução Francesa de 1789, pautada nos Códigos. Nessa nova fase, o papel do juiz (moderno) passou a ser o de aplicar a lei (“le juge est la bouche de la loi”) escrita. O juiz medieval aplicou a lei do Rei. O moderno passou a aplicar os Códigos. O juiz do Século XIX é o juiz legalista, o servo da lei e, por extensão, do Poder Legislativo.

Desse modo, a despeito da verdadeira revolução copernicana promovida pelo resgate do princípio da legalidade e pela concepção do positivismo jurídico, na transição para o Estado Liberal, constata-se que, no concernente à jurisdição, a despreocupação quanto a valores sociais, com extremo apego à lei codificada e minimização do papel dos juízes, que passaram a ocupar posição de forte subordinação ao Poder Legislativo.

1.2 Noções clássicas da jurisdição

1.2.1 A teoria de Chiovenda

Para Giuseppe Chiovenda, a jurisdição é reconhecida como uma das funções estatais, tendo como principal traço a substitutividade, é dizer, é por meio da atuação de órgãos públicos, em substituição à atividade particular ou de outros órgãos públicos, que a vontade concreta da lei é imposta, na resolução dos conflitos que sejam apresentados ao Poder Judiciário. O conceito por ele formulado tem a seguinte redação:

Pode-se definir a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. (CHIOVENDA, 1998, p. 8)

Por meio dessa concepção de jurisdição, a atuação da lei fica restringida à atividade de um órgão estatal, o que provocou uma diminuição da influência de outras instituições – notadamente a Igreja – que não mais são dotadas de poderes para resolver controvérsias acerca de outras questões que não aquelas que lhes sejam ínsitas. Nesse sentido, anota Chiovenda (1998, p. 9):

Hoje não se admite mais que, no território do Estado, institutos ou pessoas diversas do Estado constituam órgãos para a atuação da lei, como acontecia em outras eras, particularmente a favor da Igreja, cujos juízes sentenciavam em muitas matérias (especialmente nas relações entre eclesiásticos) com efeitos civis também.

Outro ponto que merece destaque na concepção chiovendiana diz respeito à forma de investidura e remuneração daqueles que exerceriam a função jurisdicional. Não mais se admite a transmissão hereditária, tampouco nomeação calcada exclusivamente na vontade política do governante, passando tais matérias ao campo da reserva legal. Além disso, os juízes passam a ser remunerados diretamente pelos cofres públicos, o que retira da atividade o cunho mercantilista e comercial possuído na época do Antigo Regime:

Os funcionários judiciais não são nomeados a capricho do governo; os cargos não são designados a título de mercê, como sucedia em outros tempos, e muito menos cedido ao melhor ofertante ou transmitidos por herança; antes, as nomeações se fazem segundo normas fixadas por leis que abrem caminho aos mais idôneos e preparados. Além disso, os cargos judicionários mais delicados *são remunerados diretamente pelo Estado*: não dão lucro conforme o vulto dos negócios tratados. (CHIOVENDA, 1998, p. 11, grifo do autor)

A par desses traços, sublinha Chiovenda que a principal característica de sua noção de jurisdição é a substitutividade, cuidando de desdobrar a manifestação dessa particularidade nos dois tipos de atividade compreendida pela atividade jurisdicional: a cognição e a execução. Tanto em uma quanto a outra a substitutividade se faz presente, ainda que de maneira diversa, conforme de verifica no trecho adiante transcrito:

Utilizando o que de verdade se contém em todos esses modos de ver, a mim se me afigurou que o critério realmente diferencial, correspondente, em outros termos, à essência das coisas, reside em que a atividade jurisdicional é sempre uma *atividade de substituição*; e - queremos dizer - a *substituição* de uma atividade pública a uma atividade alheia. (...) Na cognição, “Pelos lábios do juiz a vontade concreta da lei se afirma tal e se atua como se isso acontecesse por força sua própria. É o conceito de CÍCERO: *vere dici magistratum legem esse loquentem* (De leg. III, 1).” (...) Na execução, (...) quando se trata de uma vontade da lei exequível pela parte em causa, a jurisdição consiste na *substituição*, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida, seja que a atividade pública tenha por fim constranger o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade. Em qualquer caso, portanto, é uma atividade pública exercida *em lugar de*

outrem (não, entendamos, *em representação de outros*). (CHIOVENDA, 1998, p. 16-17, grifo do autor)

Para Chiovenda, a jurisdição está atrelada à natureza da questão, de forma que adotava ele a teoria dualista do ordenamento jurídico (CAMBI, 2003, p. 20), assim definida por Cândido Rangel Dinamarco (1987, p. 227):

Consiste ela, em boa essência, na afirmação de que o Estado tem duas atividades jurídicas distintas, a legislativa e a jurisdicional; com a primeira, produz normas genéricas e abstratas, as quais se tornam concretas e específicas no momento em que na experiência concreta ocorre o fato previsto; com a segunda, procura fazer com que sejam atingidos os resultados queridos pela norma concreta preexistente. Significa essa teoria a afirmação de que o ordenamento jurídico é composto de dois planos, duas qualidades de normas, distinguindo-se bem o que é direito substancial e o que é direito processual (...).

Como decorrência dessa postura dualista assumida por Chiovenda, anota Cambi (2003, p. 20) que:

Como a jurisdição na teoria chiovendiana tem por escopo a atuação concreta da lei, a sujeição à jurisdição ocorre onde há sujeição à lei. Portanto, a jurisdição, por intermédio da atuação de um terceiro (o juiz) na relação privada, só se justificaria se ele estivesse preso à objetividade da lei, a qual serviria de fundamento de validade para o exercício da função jurisdicional, ainda que tivesse perdido sua razão histórica, opondo-se aos valores sociais contemporâneos à sua aplicação.

Nessa concepção, portanto, é verificado um apego considerável à lei, em detrimento até mesmo do componente axiológico que envolve o ato de decidir. Daí a crítica de Cambi (2003, p. 22), no seguinte rumo:

Por melhor que seja a técnica legislativa, a lei, devido a sua generalidade, não consegue abarcar todas as variações e peculiaridades do caso concreto. A idéia de plenitude do ordenamento jurídico não passa de uma concepção filosófica de inspiração positivista predominante no século XIX, mas hoje superada pelos modernos postulados da filosofia do direito.

É bem de ver que hoje a idéia de sujeição à lei não é de todo desprezada. Contudo, seus contornos estão redefinidos, conforme ensina Dinamarco (1996, p. 294):

Ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito de seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu sentimento de justiça, isso significa que provavelmente que as palavras do texto da lei ou foram mal empregadas, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto e atender aos valores subjacentes à lei, ele estará fazendo cumprir o direito.

A noção de jurisdição desenhada por Chiovenda, portanto, amolda-se à nova roupagem do princípio da legalidade, trazendo avanços no que diz respeito à centralização da atividade jurisdicional na figura do Estado, através da idéia de substitutividade, assim como procura minimizar os efeitos nocivos derivados da escolha dos juízes por critérios políticos, por defender que a investidura em tal cargo passa pelo crivo da lei, sendo que a respectiva remuneração também passa a ser incumbência estatal. Peca, porém, quando confere à sujeição à lei relevância exagerada, que, muito embora tenha sido a ideologia dominante quando de sua concepção, despreza o conteúdo da Constituição, bem como qualquer nota principiológica ou necessidade de harmonização com a justiça à vista do caso concreto, o que confere à jurisdição certo traço mecanicista e descomprometimento com os efetivos resultados a serem produzidos na realidade concreta após a aplicação do método da substituição da vontade particular pela vontade da lei.

1.2.2 A teoria de Carnelutti

A idéia de jurisdição para Carnelutti encontra-se intimamente ligada à noção de lide, a ponto de se afirmar que só existirá jurisdição nos casos em que se apresentar uma lide (CAMBI, 2003, p. 35).

A conhecida idéia de lide desenvolvida por Carnelutti, por sua vez, pode ser aferida a partir da premissa segundo a qual as necessidades humanas são ilimitadas ao passo que os bens da vida destinados à sua satisfação são limitados e, desse confronto, surge a possibilidade de concorrência e disputas entre os membros do corpo social, nas quais a pretensão de determinada pessoa encontrará resistência por parte de outrem, gerando, assim, o conflito de interesses. Daí a célebre definição de lide como sendo o conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida.

Centra-se, pois, a tese de Carnelutti no conceito de lide, de molde a condicionar a existência da função jurisdicional tão somente nos casos nos quais se apresenta o conflito de interesse, eis que, em sua doutrina, a função da jurisdição é promover a justa composição da lide. Ausente o conflito de interesse, o que se tem é função judicial – e não jurisdicional –, que pode comportar, ainda, a função processual, segundo sintetiza Cambi (2003, p. 31):

Havendo lide, o processo é contencioso, e a função é jurisdicional; não havendo lide, apesar de poder haver processo jurisdicional (função processual) ou não (procedimento de jurisdição voluntária), a função judicial não é jurisdicional; isto é, não vai haver um conflito de interesses a ser dirimido pelo juiz.

Assim, para Carnelutti, a função jurisdicional só é verificada nos casos em que é posto à solução perante o juiz um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida, é dizer, a lide. Nessa linha de raciocínio, surgem, assim, os chamados processo sem lide, que se desdobram em processo jurisdicional sem função jurisdicional, mas ainda assim sujeito à jurisdição contenciosa; e processo sem jurisdição contenciosa (CAMBI, 2003, p. 30).

Quanto ao primeiro desdobramento, é ele identificado quando se relembra que o processo jurisdicional compreende os três tipos de processo, quais sejam, conhecimento, execução e cautelar. Dentre eles, nos termos da teoria de Carnelutti, só existiria função jurisdicional na primeira modalidade, eis que é nela somente que o juiz pronuncia uma decisão destinada a pôr termo a um conflito de interesses, compondo, assim, a lide.

Observe-se, contudo, que as decisões constitutivas ou condenatórias proferidas no processo de conhecimento não se prestariam, também, para caracterizar o exercício da função jurisdicional, mas apenas uma função processual. Dessa maneira “o *fim*

principal do processo jurisdicional, no contexto da teoria carneluttiana, é a justa composição da lide e os *fins complementares* são a modificação de uma relação jurídica ou a criação de um título executivo” (CAMBI, 2003, p. 31, grifo do autor).

Por outro lado, no que diz respeito ao processo sem lide, trata-se de categoria que se caracteriza quando da ausência do conflito de interesses entre as partes, tendo o processo natureza meramente administrativa, nos moldes da jurisdição voluntária, como ocorre, a título de exemplo, na ação de reconhecimento da nulidade do casamento, quando marido e mulher manifestam sua concordância a tanto.

Comentando a teoria de Carnelutti, escreve Dinamarco (1987, p. 20) o seguinte:

Todos conhecem o pensamento de Carnelutti sobre o escopo do processo. Quando ele diz que este existe para a *justa composição da lide*, pressupõe naturalmente que as normas jurídicas substanciais contidas na lei não tenham por si só aptidão para compô-la (i. é: para, qual regra concreta, regular o conflito de interesses) (...). O efeito da sentença, diz ele, é *tornar concreto ou particular* o preceito abstrato ou genérico contido na norma legal; o comando abstrato é representado por um arco, o qual só se fecha em círculo quando houver o *comando complementar*; este reside na sentença (não dispositiva) e no negócio jurídico. (grifo do autor)

Assim, fazendo um comparativo entre as idéias de Chiovenda e Carnelutti, observa Cambi (2003, p. 27) que

Enquanto Chiovenda se preocupa em definir a jurisdição a partir do critério orgânico das funções estatais, a fim de esclarecer o caráter instrumental da função jurisdicional, Carnelutti está preocupado com a *finalidade* da atividade judicial como forma de definir a função jurisdicional. (grifo do autor)

Além disso, complementa o autor:

Carnelutti não tem uma visão estritamente legalista da jurisdição tal como queria Chiovenda. Na visão carneluttiana, a atividade jurisdicional não se reduz ao conteúdo do preceito legal, pois, quando este não é justo, o direito não consegue alcançar seu fim. Assim, a teoria de Carnelutti, ainda que implique uma tarefa puramente jurídica, traz em si uma carga de preocupação ética pelos resultados do processo. (CAMBI, 2003, p. 26-27)

Vai daí poder inferir-se que Carnelutti era adepto da teoria unitária do ordenamento jurídico, reconhecida que é, em sua teoria, a insuficiência do direito material para disciplinar satisfatoriamente os conflitos surgidos no seio da sociedade e postos à apreciação judicial, na qual a figura do direito processual assume relevo. Ponto digno de destaque em sua teoria é a tentativa de definir a jurisdição tendo em vista um objetivo, qual seja, resolver a lide, ainda que, em sua concepção, essa idéia se mostra bastante restrita e não leve em conta, nesse escopo, conteúdos valorativos.

1.2.3 A teoria de Hans Kelsen

Coube a Hans Kelsen conceber a teoria que é considerada a mais pura expressão do positivismo jurídico, concentrando a ideologia vigente à sua época, bem como procurando fundamentar de maneira autêntica e autônoma a ciência jurídica e seus conceitos. Para isso, promoveu uma dupla depuração no Direito, na busca de conferir-lhe uma pureza metodológica, assim explicada por Maria Helena Diniz (1995, p. 106-107):

A primeira procura afastá-la de quaisquer influências sociológicas, liberando-a da análise de aspectos fáticos que, porventura, estejam ligados ao direito, remetendo o estudo desses elementos sociais às ciências causais (sociologia, psicologia jurídica etc.), uma vez que, na sua concepção, ao jurista *strictu sensu* não interessa a explicação causal das teorias jurídicas. (...) A segunda purificação retira do âmbito de apreciação da ciência jurídica a ideologia política, relegando-as à ética, à política, à religião e à filosofia da justiça. A ciência do direito, a fim de manter seu valor objetivo e absoluto, não deve fazer considerações teleológicas e axiológicas, que são da alçada da política jurídica. Além disso, para Hans Kelsen, a ciência tem por missão precípua conhecer seu objeto, daí a nítida tendência antiideológica da teoria pura do direito, uma vez que a ideologia emana da vontade e não do conhecimento.

Feitas as purificações anti-sociológicas e antiideológicas, Kelsen constitui, como objeto específico da ciência jurídica, a norma de direito. O jurista teórico deve tão-somente conhecer e descrever tal norma, mediante proposição jurídica.

Dessa forma, inequívoca a intenção de Kelsen de conferir ao Direito autonomia, objetividade e, acima de tudo, neutralidade, deslocando, para tanto, a norma como centro da preocupação do jurista, o que implica dizer a secundarização de aspectos relativos ao conteúdo dessa norma, assim como dos valores e reflexos de sua aplicação nos casos concretos.

Kelsen sobreleva, em sua teoria, o aspecto formal da norma jurídica, entendendo como válida aquela proposição escrita emanada do poder competente, em conformidade com os procedimentos descritos nas normas que lhes sejam hierarquicamente superiores. Sob esse aspecto, interessante o comentário de Eduardo Bittar (2005, p. 182):

Hans Kelsen haverá de significar apenas a máxima idealização sistêmica do direito, organizado a partir de parâmetros contido na idéia de validade, pois, enfim, norma válida será aquela definida como expedida pela autoridade competente, dentro da forma procedimental prevista e publicada de acordo com os parâmetros legais superiores a ela. O direito como norma é confundido na expressão da *lex scripta* posta e determinado em forma e conteúdo pelo Estado *ordenador e organizador* das relações intersubjetivas. (grifo do autor)

A reforçar a noção de validade que deve ser inerente à norma, ratificando a irrelevância do teor do comando legal, esclarece Bittar (2005, p. 183) mais o seguinte:

Ser válida não significa o mesmo que ser verdadeira ou falsa, mas sim estar de acordo com procedimentos formais de criação normativa previstos por um determinado ordenamento jurídico. A validade não submete a norma ao juízo do certo ou errado, mas sim ao juízo jurídico, propriamente dito, ou seja, ao juízo da existência ou não (pertinência a um sistema formal) para um determinado ordenamento jurídico.

Assim admitida a noção de norma, a idéia de sistema jurídico, seguindo o raciocínio empreendido por Kelsen, tem como pilares as noções de completude e vedação a elementos externos, constituindo uma construção graduada de normas na qual aquelas de hierarquia inferior buscam seu fundamento de validade nas que lhes são superiores. Na sistemática kelseniana, portanto, o ordenamento jurídico possuía os seguintes traços:

O sistema jurídico é (...) unitário, orgânico, fechado, completo e auto-suficiente; nele nada falta para seu aperfeiçoamento; normas hierarquicamente inferiores buscam seu fundamento de validade em normas hierarquicamente superiores. O ordenamento jurídico se resume a esse complexo emaranhado de relações normativas. Qualquer abertura para fatores extrajurídicos comprometeria sua rigidez e completude, de modo que a norma fundamental desempenha esse papel importante de fechamento do ordenamento jurídico escalonado. (BITTAR, 2005, p. 153)

Do transporte que se faça dessa idéia e respectivo mecanismo de construção e fundamentação do sistema jurídico para a atividade de aplicação dessa norma, surge a concepção de jurisdição de Kelsen. Nela, a produção normativa descreve um caminho que tem como ponto de partida a Constituição e como destino os chamados atos de execução material e, no percorrer dessa trilha, o direito vem sofrendo um constante processo de concretização até atingir a sentença e os atos administrativos, identificados como normas jurídicas individuais, em contraposição à Constituição e demais normas, tidas como normas jurídicas gerais. Eis as palavras do teórico austríaco:

O direito, no caminho que percorre desde a Constituição até os atos de execução material, não pára de se concretizar. Enquanto a Constituição, a lei e o decreto são normas jurídicas gerais, a sentença e o ato administrativo constituem normas jurídicas individuais. (KELSEN, 2003, p. 126)

Interessante notar a relação existente, nesse processo, entre a aplicação e criação do direito: partindo-se do ápice em direção à base da pirâmide normativa, observa-se que a liberdade de criação vai diminuindo, ao passo que a aplicação sofre um aumento, de tal sorte que cada um dos graus da ordem jurídica representa, simultaneamente, uma produção e reprodução do direito, conforme se tenha por referência o grau inferior e superior, respectivamente, conforme se extrai do seguinte trecho:

A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica a favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui.

Cada grau da ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior. (KELSEN, 2003, p. 126)

Nesse passo, tentando focalizar a atividade jurisdicional, é de se reconhecer, preliminarmente, que ela compreenderia dois atos: a verificação da existência do fato, tipificado normativamente como um delito civil ou penal, que é procedida da aplicação da sanção respectiva. Assim, “a função judiciária determina os direitos e as obrigações das partes, estabelecendo se o delito (civil ou criminal) foi cometido e pronunciado a sanção” (CAMBI, 2003, p. 61).

Percebe-se, pois, que a atividade jurisdicional, na verdade, consiste no prosseguimento da criação do direito, agora materializada na concretização da norma geral e abstrata no caso concreto, com o que é forçoso reconhecer que nem todo o direito se contém na norma jurídica ou lei.¹ Nesse processo de construção da norma individual, porém, imperam as mesmas restrições impostas pela dupla depuração promovida por Kelsen, é dizer, o juiz, no exercício da função jurisdicional, deve preservar a pureza do Direito, não podendo socorrer-se de elementos sociológicos ou ideológicos, atrelando-se à norma em fase de aplicação no caso que lhe é posto à apreciação.

1.3 A questão do acesso à justiça

Modernamente, a doutrina apercebeu-se que a mera possibilidade de admissão ao processo ou ingresso em juízo não se coaduna com uma série de princípios e garantias que têm sido previstos na ordem jurídico-positiva, principalmente no texto da Constituição.

Dessa constatação surgiu a tese de que o processo e atividade jurisdicional como um todo devem ser operados de tal maneira a conceder e oportunizar às partes, além da ampla chance de ingressar no foro, a observância das normas processuais, de maneira a proporcionar participação efetiva e respeito ao devido processo legal, bem como é destacada a responsabilidade do juiz em pautar-se por critérios de justiça e procurar conferir às decisões proferidas a máxima utilidade possível.

¹ Verifica-se, a bem da verdade, que Kelsen é menos positivista do que muitos que assumidamente assim se dizem.

Em obra pioneira sobre o acesso à justiça Mauro Capeletti e Bryant Garth (2002, p. 12) colocam a questão nos seguintes termos:

O acesso à justiça pode (...) ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

O acesso à justiça pode ser visto, assim, como um “direito humano prestacional” e com sua concretização “também se alcançará a redução das desigualdades sociais, a promoção do bem de todos, a construção de uma sociedade livre e justa, bem como o desenvolvimento nacional, objetivos e fundamentais da República”, nas palavras de Marcelo Malizia Cabral (2009, p. 17).

Nessa linha de raciocínio, a expressão acesso à justiça redundaria em uma possibilidade material e efetiva de se propiciar a todos, independentemente de situação econômica, posição social ou nível cultural, a utilização do sistema judicial em condições de igualdade e com as mesmas facilidades de que dispõe qualquer pessoa.

O atingimento dessas finalidades, contudo, esbarra em óbices, assim resumidos por Daniel Marques de Camargo (2009, p. 47):

Alguns dos elementos obstaculizadores ou complicadores do acesso à justiça podem ser relacionados: os altos custos, a morosidade relativa a um processo, a falta de uma defensoria pública completa, procedimentos complicados, o formalismo próprio do ambiente forense e dos operadores do direito, a figura opressora dos promotores, juízes, advogados e delegados e em última instância a falta de consciência dos direitos (cidadania).

Enumerados os problemas, são sugeridas as seguintes soluções:

Assistência jurídica integral e gratuita aos pobres, conforme estabelecido constitucionalmente; remuneração digna aos profissionais (...); representação adequada e ampla dos interesses difusos (...); aperfeiçoamento dos mecanismos de interferência apaziguadora, tanto judicial quanto extrajudicial, mas sempre com assessoria profissional; atuação pró-ativa do Ministério Público; finalmente (...) atuação mais ativa dos juízes,

maximizando a realização da justiça e as oportunidades em geral para um resultado justo. (CAMARGO, 2009, p. 47-48)²

Cabral (2009, p. 52), por sua vez, cataloga os óbices à efetivação do acesso à justiça como sendo de natureza econômica, cultural, social e legal. Os primeiros são materializados nas despesas para o ajuizamento de uma demanda judicial, aí envolvidas as custas processuais em geral e os gastos na contratação de profissional da advocacia para propositura e acompanhamento dos processos.

A solução ou, ao menos, o abrandamento desse primeiro problema desafia a interpretação adequada do instituto da assistência jurídica gratuita e integral; a implantação de Defensorias Públicas em oferta adequada à população, inclusive com sua descentralização e atendimento em bairros em horários que possibilitem o atendimento sem que as pessoas precisem de se ausentar do trabalho; e a ampliação dos Juizados Especiais Cíveis, com a criação de postos de atendimento em bairros periféricos e aumento dos tipos de pretensões na esfera de sua competência.

Os entraves de natureza cultural e social são entendidos como o maior ou menor grau de acesso à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à informação, assim como a outros direitos humanos, de forma que quanto menor for esse grau, maior é a distância do indivíduo à administração da justiça. Isso porque, desconhecendo-se os direitos e as possibilidades de reparação e efetivação jurídicas que lhes são pertinentes, carência esta que pode ser verificada tanto no plano individual, como também coletivo, inevitável o distanciamento do sistema judicial.

A remoção desses obstáculos demanda, num primeiro momento, a organização popular e o estabelecimento de diálogo com o Poder Público, bem assim a efetivação de ações afirmativas e políticas públicas que combatam as carências básicas promotoras do afastamento de camadas e segmentos sociais menos favorecidos da estrutura e dos mecanismos de tutela jurídica. Outras medidas sugeridas são a inclusão de disciplinas nos currículos escolares que informassem sobre os direitos assegurados ao cidadão e sobre os caminhos existentes à sua efetivação, aliada à promoção de eventos como oficinas, palestras e encontros também com essa finalidade, envolvendo tanto o Poder Judiciário, como também a Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministério Público e suas respectivas associações.

² Além disso, destaca o autor que reformas processuais, legislativas e judiciais jamais poderão substituir a contento reformas ditas de base, como investimento em educação e reformas sociais e políticas em geral (CAMARGO, 2009, p. 48).

Ademais, nas escolas de Direito a preocupação deveria ser não a formação de exércitos de profissionais prontos para a guerra, mas sim a formação de seres humanos treinados e empenhados na busca de soluções pacíficas para os conflitos.

Por último, as barreiras legais têm como alicerce o excessivo formalismo e a grande variedade de vias de impugnação às decisões proferidas no curso dos processos. Sua transposição exige uma articulação e mobilização conjuntas da sociedade e dos operadores jurídicos, na denúncia e exigência de remoção desses fatores, sendo hábil a produzir tal desiderato, também, uma atividade interpretativa que afaste uma série de aparentes impedimentos legais ao acesso à justiça³ (CABRAL, 2009, p. 53-79, *passim*).

Traçadas essas linhas a respeito do acesso à justiça, não se mostra difícil perceber que sua inspiração vai no rumo de otimizar as previsões normativas contidas no ordenamento, por meio de uma atuação multifacetada e comprometida com uma maior abertura e facilitação, tanto do ponto de vista estrutural, quando se propugna pela melhoria e ampliação das possibilidades de o consumidor dos serviços judiciários deles usufruírem e gozarem de todo o aparato físico e técnico necessários a tanto, como também no atingimento substancial dos postulados de justiça, por meio de decisões afinadas com tal ideal e até mesmo corretivas de formalismos e falta de sintonia com a realidade que eventualmente permeiem o texto legislativo, bem como com sua eficácia verificada no caso concreto.

Com base nisso, defende-se na doutrina a íntima ligação entre o acesso à justiça e a realização dos direitos mais básicos do cidadão, conforme aponta Ana Paula Barcellos (2008, p. 325):

O direito subjetivo de acesso à justiça é o instrumento sem o qual qualquer dos três elementos anteriores⁴ se torna inócuo, "um sino sem badalo", na imagem inspirada do Professor José Carlos Barbosa Moreira. Em um Estado de direito, como já se referiu, não basta a consagração normativa: é preciso existir uma autoridade que seja capaz de impor coativamente a obediência aos comandos jurídicos. Dizer que o acesso à Justiça é um dos componentes do núcleo da dignidade humana significa dizer que todas as pessoas devem ter acesso a tal autoridade: o Judiciário.

Destaca ainda a autora que a garantia do acesso a justiça deriva do preceito constitucional previsto no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que

³ O papel da hermenêutica na realização dos direitos fundamentais será analisado no item 2.4.1 dessa dissertação.

⁴ Os três elementos referidos pela autora são: a educação fundamental, a saúde básica e a assistência aos desamparados.

condensa o princípio segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ao ameaça a direito, de forma a tornar essa garantia inviolável perante todos os poderes do Estado (BARCELLOS, 1999, p. 325).

Nesse passo, deve ser reconhecido importante reflexo da tese do acesso à justiça no que diz respeito ao processo, no sentido de que "a interpretação das normas processuais deve conduzir à realização do acesso ao Judiciário e ao incremento de sua instrumentalidade, e não o oposto." (BARCELLOS, 1999, p. 326).⁵

Esse ponto de vista é reforçado por Horácio Wanderley Rodrigues (2005, p. 284) ao afirmar que:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido de importância capital, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico contemporâneo e solidário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos.

Saliente-se, ainda, o potencial do acesso à justiça, se levado a efeito na realidade concreta, como facilitador da inclusão social, conforme destacam Capeletti e Garth (2002, p. 165):

A operacionalização de reformas cuidadosas, atentas aos perigos envolvidos, com uma plena consciência dos limites e potencialidades dos tribunais regulares, do procedimento comum e dos procuradores é o que realmente se pretende com esse enfoque de acesso à justiça. A finalidade não é fazer uma justiça “mais pobre”, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico da nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior “beleza” – ou melhor qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente.

Dessa forma, as bases do acesso à justiça demonstram, de modo claro, um novo norte a ser seguido, caracterizado por um rompimento do hermetismo da função jurisdicional, possibilitando-se a todas as camadas e segmentos sociais a fruição dos serviços jurisdicionais, com a devida assistência e na qualidade de participantes ativos da marcha

⁵ Nítida, portanto, a estreita ligação entre as idéias do acesso à justiça e da instrumentalidade do processo, que será tratada no próximo item deste capítulo.

processual, para que seja obtido um resultado com um maior comprometimento com a garantia dos direitos e a justiça nas decisões.

1.4 A instrumentalidade do processo

A idéia da instrumentalidade do processo foi concebida a partir do aguçamento da noção de que o exercício do poder estatal, seja ao legislar, como também – e principalmente – no desempenho da função jurisdicional deve ser levado a efeito visando-se a objetivos maiores, sintetizados na obtenção da paz social. Mais que a simples resolução da pendência posta no caso concreto, a jurisdição, por meio do processo, que é sua forma de atuação, deve ter por escopo a pacificação social ao aplicar o direito. E, por conta disso, as normas processuais devem ser visualizadas sob o prisma da obtenção de uma otimização dos resultados na aplicação do direito material, é dizer, atender satisfatoriamente à necessidade de cumprimento dos escopos sociais, políticos e jurídicos do processo e vencer os obstáculos ao acesso à justiça.

Segundo Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (1995, p. 41):

Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem; e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídicos*. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da *pacificação social* (...) constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político. (grifo dos autores)

Nas palavras de Cambi (2002, p. 91), “A visão instrumentalista do processo civil procura ver o direito processual civil não como um fim em si mesmo, mas como um meio para a realização do direito material e dos valores nos quais está calcado.”

Adverte, contudo, que essa nova visão não implica na fusão entre os dois ramos do direito, nos moldes da velha forma sincretista, mas antes preservar a autonomia do direito processual, sem que se chegue, entretanto, na concepção segundo a qual representa ele um valor em si mesmo (CAMBI, 2002, p. 91).

Verifica-se, portanto, como resultado de um processo evolutivo da ciência jurídica, uma relativização do binômio direito processual-direito material, com vistas ao atingimento de resultados efetivos na prestação da tutela jurisdicional, num estágio caracterizado entre o intermédio das concepções sincretista e autonomista acerca do direito processual:

A visão autonomista do processo já cumpriu suas funções históricas ao separar, definitivamente, a idéia do processo como direito material. O processo civil contemporâneo superou a fase autonomista para adotar a instrumentalidade que, sem desprezar as conquistas da concepção anterior, procura aperfeiçoá-la, a fim de que a preocupação do novo processo seja com a tutela jurisdicional. Assim, sem cair nos excessos cometidos pela concepção sincretista ou pela concepção autonomista, a visão instrumentalista procura relativizar o binômio direito processual-direito material, passando a se preocupar com os resultados da atividade jurisdicional. (CAMBI, 2002, p. 91)

Denota-se, dessa forma, uma substancial alteração da forma pela qual o processo é visto, caracterizada pela secundarização de seu ângulo interno e proeminência de seu aspecto externo, aí inseridos não apenas seu escopo jurídico, mas também sociais e políticos. Nas palavras de Cambi (2002, p. 91-92):

O processo passa a ser visto, não somente pelo seu ângulo *interno*, como sendo um conjunto de atos preordenados a uma sentença, mas principalmente pelo seu ângulo *externo*, interessando analisar se esse instrumento tem cumprido com seus escopos. Vale dizer, o processo civil contemporâneo não deve se preocupar exclusivamente com a atuação da vontade concreta da lei (escopo jurídico), mas também, com escopos sociais (pacificação com justiça, educação) e políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento). (grifo do autor)

Como decorrência dessa nova forma de se encarar o processo, é dizer, por seu ângulo externo, tem-se a conclusão segundo a qual o moderno processo civil de resultados busca não a tutela a direitos, mas a pessoas:

A tutela jurisdicional de que se trata pela ótica do *processo civil de resultados* não é uma tutela a *direitos*, mas a *pessoas*. Nem teria legitimidade metodológica, neste quadrante histórico em que as investigações do processualista moderno centram-se no ideal de valorização do homem, continuar exaltando a tutela dos *direitos* como se o direito subjetivo fosse um ente em si mesmo merecedor de ajuda ou proteção. Como técnica destinada a proporcionar ao *homem* melhor qualidade de vida e melhores condições de felicidade pessoal, o direito objetivo tem no processo um instrumento para a sua atuação e conseqüente efetividade (tal é o escopo jurídico do sistema processual), mas não haveria por erigi-lo em objetivo final e objeto central das preocupações do Estado e do cientista do direito. (...)

Essa é uma projeção da perspectiva instrumentalista do processo. Ele não tem sua existência legitimada na necessidade de cultivar direitos subjetivos, na mesma medida em que se repudia a natureza puramente técnica do processo e a prevalência de sua instrumentalidade do direito objetivo material. (DINAMARCO, 2001, p. 825-826, grifo do autor)

Para arrematar, não podem ser olvidadas as conclusões de Cambi (2002, p. 93) que, repudiando o excessivo rigor técnico, chama atenção para a circunstância de que a prestação jurisdicional, nessa fase instrumentalista, deve ser eficaz a ponto de realmente amparar os direitos lesados ou ameaçados, de modo que os resultados socialmente desejados se projetem na realidade empírica, não ficando relegados a promessas legislativas. Antes sejam eles verificados, de forma tangível e concreta, a observância aos princípios consagrados constitucionalmente. Afirma o jurista paranaense:

O que é de fundamental importância compreender, dentro dessa perspectiva de atuação da jurisdição, é o caráter teleológico que o processo acaba assumindo. **As novas linhas do processo civil contemporâneo exigem que o processo adquira uma outra feição deixando de ser um direito enclausurado no tecnicismo jurídico, para estar ao serviço do homem, e não este a serviço da técnica processual.** É só superando o exacerbado *rigor técnico*, que é possível construir um instrumento efetivamente voltado para a realização dos fins visados pela sociedade, a qual, quando não obtida a realização espontânea do direito material, vai ao Estado-juiz em busca da tutela jurisdicional.

A jurisdição deve, conforme foi salientado, por imposição constitucional, evitar lesão ou ameaça a direito, não bastando, assim, qualquer provimento jurisdicional, mas o provimento adequado ao amparo do direito lesionado ou ameaçado. Vale dizer, seguindo a lição do mestre Chiovenda, que o processo além de dar a quem tem um direito tudo e exatamente tudo que ele tem direito de obter, não deve servir para beneficiar aquele que não tem razão, em detrimento de causar prejuízos àquele que a tem. **Trata-se, portanto, de construir um processo efetivo; ou seja, um instrumento apto a realizar os fins pretendidos não só pelo legislador do direito material, mas também produzir os resultados socialmente desejados e, sobretudo**

principiologicamente consagrados pelo constituinte de 1988. (grifo nosso)

Dessa maneira, a visão instrumentalista do processo fornece um importante contributo para a compreensão da jurisdição, no sentido de abrir e chamar a atenção para um novo horizonte, consistente na obtenção de resultados que transbordem os limites da própria demanda e se projetem socialmente, sob a forma de resultados conducentes à pacificação social. As técnicas e institutos processuais, portanto, encontram sua verdadeira vocação quando utilizados em favor da obtenção desses escopos, e não como fins em si mesmos em detrimento até mesmo dos sujeitos processuais.

1.5 A necessidade de ajuste entre a jurisdição e a realidade social

As idéias até aqui expostas procuraram demonstrar de que forma, ao longo do tempo, as concepções acerca da jurisdição e seu modo de operacionalização sofreram modificações. Tal fenômeno, de resto, é inerente à própria essência do objeto do presente estudo. Essa constatação, por seu turno, leva à indagação a respeito da suficiência das teorias até então estudadas para explicar a atividade jurisdicional modernamente e, em caso negativo, qual o rumo que deve ser seguido na definição dos contornos da jurisdição.

Por outras palavras, cabível se mostra o questionamento a respeito da compatibilidade ou ajuste das teorias outrora concebidas à realidade presente, na busca da exata noção da atividade jurisdicional. Como uma primeira resposta, Marinoni (2006, p. 22) já adianta que

Se as teorias da jurisdição constituem espelhos dos valores e das idéias das épocas e, assim, não podem ser ditas equivocadas – uma vez que isso seria um erro derivado de uma falsa compreensão de história –, certamente devem ser deixadas de lado quando não mais revelam a função exercida pelo juiz. Isso significa que as teorias de Chiovenda e Carnelutti, se não podem ser contestadas em sua lógica, certamente não têm – nem poderiam ter – mais relação alguma com a realidade do Estado contemporâneo.

Parece, pois, pouco mais que evidente a necessidade de remodelação do conceito de jurisdição, restando ser definidas as linhas mestras a serem percorridas nessa redefinição. Nesse passo, uma primeira observação que merece destaque é acerca das novas possibilidades advindas da transformação conceitual do Direito havida ao longo do tempo, assim explicada por Marinoni (2006, p. 22):

A transformação da concepção de direito fez surgir um positivismo crítico, que passou a desenvolver teorias destinadas a dar ao juiz a real possibilidade de afirmar o conteúdo da lei comprometido com a Constituição. Nessa linha, podem ser mencionadas as teorias dos direitos fundamentais, inclusive a teoria dos princípios (...).

A compreensão da jurisdição, assim, deve ter por primeiro elemento um atrelamento não somente à lei, como visto linhas acima, mas à Constituição, o que inclui sua carga principiológica e os direitos fundamentais.

Insuficiente, contudo, a mera inserção de mais um documento jurídico a ser observado pelos detentores do poder jurisdicional. Além dessa nova perspectiva, necessário se mostra uma maior consideração e análise do cenário no qual os efeitos da jurisdição se dão, é dizer, a realidade social. Isso porque o ideal positivista revelou-se incapaz de responder a contento a todas as transformações ocorridas principalmente a partir do século XX, que trouxeram à tona, de modo definitivo, um novo prisma onde a noção positivista de validade e desvinculação de aspectos sociais, políticos, econômicos e culturais é substituída pela aproximação a ser realizada entre a conjuntura da sociedade e as previsões normativas, essencialmente as constitucionais, de forma a se promover uma harmonização entre ambos e que estas últimas possam, de fato, serem concretizadas empiricamente.

Por isso se diz que o olhar das teorias jurídicas atualmente deve voltar-se para a realidade concreta. Nesse sentido, veja-se a lição de Bittar (2005, p. 186):

Nada há a justificar, especialmente a partir dos anos 60/70/80 do século XX, a sustentação do positivismo jurídico. Isto porque a teoria jurídica passa a se ocupar de problematizar questões de fundo real, social, econômico, de um modo cada vez mais intenso, e será a própria mudança dos hábitos, costumes, valores, economia e política neste período que haverá de demonstrar o quanto o real problema do direito neste momento deixa de ser a justificação da ordem pela validade (garantida por uma ciência pura do

direito), e passa a ser a possibilidade de produzir efeitos num campo real cada vez mais coalhado de *problemas eficaciais*. (grifo do autor)

Essa nova perspectiva, por seu turno, demanda uma espécie de expansão dos horizontes do sistema jurídico e da própria jurisdição, no sentido de ser reconhecida a fragilidade da tentativa de serem eles fundamentados e justificados por uma objetividade e coerência meramente teórica e intestina. A legitimação da jurisdição guarda estreita ligação com sua possibilidade de interferência na sociedade, revelando-se totalmente inútil um sistema caprichosamente arranjado ideologicamente, mas que não encontre ressonância na tarefa de assegurar ao seu destinatário suas necessidades e direitos mais básicos que lhe confere o Direito. Nas palavras de Bittar (2005, p. 211):

O sistema jurídico não serve à única meta de se autolegitimar. Seu fulcro está para além das próprias muralhas, pois não se trata de um sistema que viva e se alimente em seu próprio hermetismo. Sua função está em se projetar além muros, para provocar intervenções pontuais e cirúrgicas sobre as necessidades de um povo em um determinado contexto, com determinados valores, dentro de seus anseios e perspectivas. A justiça se faz na sociedade e não na letra fria da lei. (...) Sua capa de coerência, retidão, certeza, limpidez, segurança, ordem, objetividade, harmonia, clareza, igualdade formal, racionalidade não pode ser somente um revestimento externo para aglomerar desrazões sistêmicas, pois nada adianta um ordenamento eivado de lastro ideológico de sustentação e incapaz de responder à mais elementar necessidade do cidadão comum ao qual se destina.

Frise-se, porém, que isso não significa a impossibilidade absoluta de se admitir dissonâncias entre a realidade social e os preceitos fundamentais consagrados na Constituição. O que se deve ter em conta como elemento fundamental é a promoção de esforços e o direcionamento de atividades, no desempenho da jurisdição, no sentido de se impedir ou, quando não, minimizar, as realidades em discordância com a Constituição, na busca constante de sua concretização, como afirma Konrad Hesse (1998, p. 52):

Isso não significa que na vida da coletividade não possa haver realidade que esteja em contradição com a Constituição ou que tal realidade possa ser considerada insignificante. O importante é, antes, exatamente dirigir a atenção para ela e fazer aquilo que é necessário para impedir o nascimento da realidade inconstitucional ou pôr a realidade novamente em concordância com a Constituição. A consideração e a argumentação jurídica, que está vinculada à normatividade da Constituição carece, por conseguinte, do

complemento por considerações *político-constitucionais* que visam a isso, conservar ou criar essa concordância, produzir os pressupostos de realização regular da Constituição, ou, então, modificar a Constituição. (grifo do autor)

Nessa maior investigação acerca do destinatário da prestação jurisdicional, importante a observação feita por Campilongo (2005, p. 31), no sentido de que, no Estado pós-moderno verifica-se um quadro de expansão dos usuários dos serviços jurídicos, por ele chamados de “novos atores sociais”. Para ele, a cidadania liberal ocupava-se com a tutela legal dos direitos individuais e a cidadania social tinha por foco as garantias normativas dos direitos dos trabalhadores, numa ampliação de sua dimensão. Já no Estado pós-social,

A política alarga-se para além do marco do próprio Estado e de sua regulação. Sem abrir mão das conquistas da cidadania regulada, delinea-se um grande campo, não estatal e não mercantil, de respeito às subjetividades, à autonomia, de combate à burocracia e às formas de exclusão baseadas no sexo, na raça, na idade, no consumo e na classe. A cidadania pós-social é emancipatória e, por vezes, caminha à margem da regulação social estatal: uma cidadania desregulada. (CAMPILONGO, 2005, p. 33)

É de ser observado, contudo, que esses novos atores sociais preservam a titularidade de direitos individuais e sociais, de forma que o Poder Judiciário ainda conserva o papel de oferecer a devida tutela a tais direitos. A nova perspectiva é assim definida por Campilongo (2005, p. 33-34):

Fora do âmbito dos direitos individuais e coletivos, ou seja, do plano da regulação jurídica estatal, os movimentos sociais ainda poderão vislumbrar no Judiciário, nesse processo de redefinição de poderes, não um órgão do Estado mas sim da sociedade civil. Nas palavras de Luigi Ferrajoli, delinea-se um novo juiz, “tutor e garante dos direitos dos cidadãos contra os poderes, quer públicos quer privados, e vinculados à soberania popular por dois caminhos: a garantia dos direitos fundamentais, formalmente enunciados na Constituição, mas concretamente realizados e materializados pelas reivindicações sociais e individuais; e a crítica popular às disposições ilegítimas muitas vezes utilizados pelos próprios juízes”. Em outras palavras: os novos atores procuram fazer do juiz parte da sociedade e, conseqüentemente, a partir daí, buscam refundar a independência do Judiciário na imagem de um contra-poder da própria sociedade.

Verifica-se, assim, a singularidade da exigência social que recai sobre a jurisdição: a demanda de uma aproximação íntima entre o juiz e esses novos atores sociais, que prime pela efetivação dos direitos garantidos na Constituição.

Por último, merece referência, nessa nova visão que admite a necessidade de aproximação entre a jurisdição e a realidade social, que tal idéia carece de ser acompanhada por uma mudança de percepção que com ela se afine. Assim, para Rocha (2007, p. 32), a formação da jurisdição envolveu, principalmente, uma mudança de mentalidade, desafio este que se pode afirmar ainda estar presente nos dias atuais, na tentativa de se harmonizar as expectativas sociais com o exercício da função jurisdicional. Diz o autor:

Entenda-se que a formação da jurisdição não é apenas um processo linear de organização dos aparatos institucional e humano a serem envolvidos nessa tarefa, embora sejam prioridade evidente, mas é sobretudo, uma mudança mental ou do modo de percepção das coisas e do mundo e suas relações, implicando uma alteração extensa do pensamento anterior, substituído por um padrão civilizado de comportamento, para encontrar solução dos conflitos; essa mudança de mentalidade é, certamente, a mais notável força resultante da formação do poder jurisdicional. (grifo do autor)

Assim, partindo-se da premissa que a jurisdição deve ser compreendida a partir de uma perspectiva que admita um maior comprometimento com a realidade na qual os efeitos das decisões se projetam, com uma preocupação ética e vislumbrando-se o processo como meio para o atingimento de escopos sociais, necessário se mostra identificar o conteúdo que deve embalar essa nova visão e fornecer-lhe o devido aparato axiológico, que, no presente trabalho, será buscado através do estudo dos direitos fundamentais, a ser desenvolvido no capítulo seguinte.

2 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não se pretenderá, ao longo desse capítulo, esgotar toda a temática relativa aos direitos fundamentais, mas antes destacar os aspectos julgados relevantes para a compreensão da jurisdição a partir de tais direitos e de toda a dinâmica que os envolve.

Assim é que serão percorridos tópicos relativos ao cunho principiológico das normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais, assim como o processo de sua inserção nos textos constitucionais e os reflexos dessa positivação na aplicabilidade desses direitos pelos poderes constituídos.

Nesse passo, no que diz respeito, de modo mais próximo à jurisdição, será investigada a função da hermenêutica na efetivação dos direitos fundamentais e os contornos do dever que recai sobre o Poder Judiciário de proteção a esses direitos.

2.1 Considerações iniciais: a principiologia constitucional

Uma leitura que se faça do texto da Constituição Federal de 1988 revela que suas normas podem ser diferenciadas entre si como regras e princípios. Essa distinção é assim sintetizada por Walter Claudius Rothenburg (1999, p. 81-82):

Distinguem-se os princípios das demais normas jurídicas (as regras) em diversos aspectos. Já pelo conteúdo (os princípios incorporando primeira e diretamente os valores ditos fundamentais, enquanto as regras destes se ocupam mediatamente, num segundo momento), mas também pela apresentação ou forma enunciativa (vaga, ampla, aberta, dos princípios, contra uma maior especificidade das regras), pela aplicação ou maneira de incidir (o princípio incidindo sempre, porém normalmente mediado por regras, sem excluir outros princípios concorrentes e sem desconsiderar outros princípios divergentes, que podem conjugar-se ou ser afastados somente para o caso concreto; as regras incidindo direta e exclusivamente, constituindo aplicação integral – conquanto nunca exaustiva – e estrita dos princípios, e eliminando outras regras conflitantes) e pela funcionalidade ou utilidade (que é estruturante e de fundamentação nos princípios, enquanto as

regras descem à regulação específica). Traduzem ambos – princípios e regras – expressões distintas ou variantes de um mesmo gênero: normas jurídicas.

Sendo os valores tidos por fundamentais traduzidos por princípios, pode-se conceituá-los nos passos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 771-772), para quem

Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

A reforçar a importância dos princípios, desde logo inferida a partir de sua conceituação, o mesmo autor ainda observa que sua violação é equivalente ao desrespeito ao sistema jurídico em sua integralidade, já que ataca exatamente suas pilastras fundamentais. Ainda, se se pudesse estabelecer uma hierarquia entre os princípios e as demais normas do ordenamento, aqueles primeiros ocupariam posto superior em relação a estas últimas, já que a violação dos princípios seria mais grave que a inobservância das regras:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência a contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2001, p. 772)

Os princípios representam, portanto, a espinha dorsal do sistema jurídico, traduzindo os valores que devem inspirar a interpretação e aplicação do restante das normas, já que condensam exatamente as noções que concedem ao ordenamento coesão e harmonia. Dessa maneira, a afronta aos princípios deslegitima a atividade estatal, seja no âmbito executivo, legislativo ou judiciário.

A inserção dos princípios no texto constitucional, de modo inequívoco, atribui-lhes normatividade e afasta um suposto caráter meramente retórico e sugestivo, como afirma Rothenburg (1999, p. 82):

O reconhecimento da natureza normativa dos princípios implica afastar definitivamente as tentativas de os caracterizar como meras sugestões ou diretivas (desideratos ou propostas vãs), a fim de que deles possa ser extraído todo o significado dos valores que encerram, com o cuidado de impedir que sejam estes tornados inócuos por uma retórica “mitificadora” e enganosa, freqüentemente empregada para os princípios.

Essa positivação dos valores condensados nos princípios em textos constitucionais constitui fator de suma importância para a compreensão do Direito, no sentido de lhe conferir um viés que coloca o ser humano como protagonista. No caso da Constituição Federal de 1998, tendo sido adotado o regime democrático de Direito, esse traço ganha ainda contornos mais nítidos, pois os valores nela expressos harmonizam-se com referido regime, de forma a estarem compromissados com o desenvolvimento humano, segundo leciona Sergio Alves Gomes (2008, p. 215-216):

a perspectiva humanista do estudo do Direito revela cada vez mais que, sem a inclusão dos valores no âmbito jurídico, o Direito se resumiria a um arcabouço de normas passíveis de qualquer conteúdo, inclusive daqueles que ao invés de dignificar o ser humano poderiam convertê-lo em mera “coisa”, como foi típico dos tempos da escravidão oficial sempre disciplinada e “legitimada” pelo ordenamento jurídico.

Também não basta dizer que o Direito envolve valores, para que este seja um direito justo. Há que se verificar qual a pauta de valores com a qual o Direito se compreende. **No Estado Democrático de Direito, tais valores estão explicitados no texto constitucional e todos eles – segundo a consciência ético-jurídica que os selecionou – são fundamentais ao pleno desenvolvimento e expressão democrática de todo ser humano.** (grifo nosso)

Os direitos fundamentais, cujo processo de positivação será analisado adiante, são marcados por sua materialidade e aspecto principiológico⁶ (LEAL, 2007, p. 101), de forma que sua inserção na Constituição Federal de 1988 significa que referidos direitos

⁶ Segundo a autora, esse traço principiológico dos direitos fundamentais tem reflexo direto em sua interpretação, que “pode transformar-se, facilmente, em concretização (criativa), o que acaba aproximando a sua atuação [do intérprete ou Tribunal] daquela concernente à atividade legislativa (...) e amplia, conseqüentemente os limites postos à jurisdição.” (LEAL, 2007, p. 101)

passam a compor a estrutura principiológica fundante do Estado brasileiro e, por isso, servirem de vetor normativo para o desempenho das funções estatais e prisma para a visualização das demais normas componentes do ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 A constitucionalização dos direitos fundamentais

O surgimento dos primeiros direitos fundamentais não resultou, inicialmente, de sua pronta consubstanciação em textos constitucionais, mas antes de condições históricas objetivas e subjetivas, como escreve José Afonso da Silva (2001, p. 177-178):

Pelo que se vê, não há propriamente uma inspiração das declarações de direitos. Houve reivindicações e lutas para conquistar os direitos nela consubstanciados. E quando as condições materiais da sociedade propiciaram, eles surgiram, conjugando-se, pois condições objetivas e subjetivas para sua formulação.

As *condições reais* ou *históricas* (objetivas ou materiais), em relação às declarações do século XVIII, manifestaram-se na contradição entre o regime da monarquia absoluta, estagnadora, petrificada e degenerada, e uma sociedade nova tendente à expansão, comercial e cultural (...).

As condições *subjetivas* ou *ideais* ou *lógicas* consistiram precisamente nas fontes de inspiração filosófica anotadas pela doutrina francesa: (1) o pensamento cristão (...); (2) a *doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII*, de natureza racionalista, fundada assim na natureza racional do homem (...); (3) *Pensamento iluminista*, firmando o *individualismo* que exala dessas primeiras declarações dos direitos do homem. (grifo do autor)

A marcha da história, de igual maneira, também produziu os fatores que proporcionaram o surgimento de outras categorias de direitos fundamentais. Uma vez identificados os direitos individuais, foram concebidos, na seqüência, os direitos sociais e os direitos de solidariedade, como bem sintetiza Vladimir Brega Filho (2002, p. 21-22):

A revolução industrial e, em conseqüência, o surgimento da classe proletária, são fatos históricos decisivos para o surgimento dos direitos

sociais. Por fim, os horrores da Segunda Guerra Mundial têm importância fundamental para o surgimento dos direitos de solidariedade.⁷

Concebidos no seio social, o reconhecimento documental dos direitos fundamentais foi feito, em primeiro lugar, em declarações de direitos. Assim é que, no final do século XVIII foram subscritas a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, ambas de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a mais famosa delas, editada em 1789. Nessas três declarações, os direitos fundamentais foram reconhecidos, notadamente aqueles envolvendo uma limitação do poder estatal.

Sobre tais documentos, Brega Filho (2002, p. 12) anota o seguinte:

Percebemos que todas as declarações de direitos fundamentais acima referidas não estavam inseridas na Constituição escrita, e como revelava o art. XVI da Declaração Francesa, a idéia do constitucionalismo em matéria de direitos fundamentais cada vez mais se fortalecia, ou seja, o reconhecimento da necessidade da inclusão de um rol mínimo de direitos fundamentais nas Constituições escritas.

Assim é que a inserção dos direitos fundamentais em documentos passou a ganhar requintes constitucionais⁸ e, da mesma forma como sucedeu em relação a seu surgimento, a constitucionalização desses direitos teve como traço principal, em seu início, o individualismo, para, ao depois, por motivações atreladas a fatores sociais e políticos, serem albergados nas Constituições os direitos sociais.⁹

Sobre o pioneirismo na constitucionalização dos direitos fundamentais, escreve Luis Roberto Barroso (2002, p. 106) que:

⁷ Com base nesse fundamento, a autor adota a classificação histórica dos direitos fundamentais, desdobrando-os em: a) direitos de primeira geração, também denominados liberdades públicas ou direitos de defesa, os quais constituíam uma limitação à ação do Estado em favor da liberdade dos indivíduos; b) direitos de segunda geração, cuja essência era a garantia de condições sociais razoáveis a todos para que os direitos de primeira geração pudessem ser fruídos, impondo, com isso, prestações positivas ao Estado; e c) direitos de terceira geração, de titularidade coletiva, tais como o direito à paz, ao meio-ambiente equilibrado e à autodeterminação dos povos. É reconhecido, ademais, o caráter de complementaridade entre essas gerações de direitos, bem como a possibilidade de surgirem novas gerações, à luz da velocidade do progresso tecnológico e o surgimento de novos momentos históricos que isso propiciem (BREGA FILHO, 2002, p. 22-25).

⁸ Mencione-se, nesse caso, as Constituições Francesas de 1791 e 1793, a Constituição Espanhola de 1812, a Constituição Portuguesa de 1822 e a Constituição Belga de 1831 (BREGA FILHO, 2002, p. 12).

⁹ Assim o fizeram a Carta do Trabalho da Itália de 1897 (*Carta del Lavoro*), a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Russa de 1918 e a Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar) (BREGA FILHO, 2002, p. 14-15).

Diversos autores, principalmente europeus, atribuem à Constituição belga de 1832 – marcante documento na construção jurídica do Estado liberal – a primazia na positivação desses direitos, por havê-los absorvido em seu texto, em lugar de conservá-los, como até então se fizera, em uma declaração apensa. Tal prelação, é bem de ver, teria de ser disputada com a Carta Imperial brasileira, de 1824, que, oito anos antes, já dera concreção jurídica a diversos direitos fundamentais, fazendo-os acompanhar, inclusive, das respectivas garantias (...). Mas, a rigor, a juridicização daqueles princípios *éticos* tocou, pioneiramente, ao “Bill of Rights” da Constituição norte-americana, consubstanciado nas suas dez primeiras emendas, ratificadas em 1791. (grifo do autor)

Na segunda metade do século XX, diante da insuficiência dessas duas categorias de direitos para a garantia de todos os direitos fundamentais, verificou-se uma nova onda de expansão, chamada internacionalização dos direitos fundamentais, na qual foi reconhecido que a proteção a tais direitos não pode se restringir às fronteiras dos Estados, transcendendo, portanto, os limites das jurisdições domésticas (BREGA FILHO, 2002, p. 16). O principal documento jurídico que traduz esse momento é a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 que, além de reafirmar os direitos individuais e sociais, trouxe os direitos de solidariedade.

Contudo, o reconhecimento constitucional desses direitos de solidariedade encontrou certa resistência, de forma que “Na evolução dos direitos de solidariedade, destacamos que inicialmente eles não foram reconhecidos pelas Constituições. Foram reconhecidos pela doutrina e em convenções internacionais, sendo recente a inserção destes direitos no plano constitucional.” (BREGA FILHO, 2002, p. 19).¹⁰

Uma vez inseridos os direitos fundamentais nos textos constitucionais, na forma de princípios, é certo que essa positivação não foi visualizada da mesma forma ao longo do tempo. Um olhar histórico denuncia que “Por longo tempo sustentou-se que as declarações de direitos incorporadas às Constituições não seriam mais que princípios filosóficos e morais, sem valor jurídico” (BARROSO, 2002, p. 106).

Ao longo do tempo, contudo, a postura diante da referência constitucional aos direitos fundamentais modificou-se, de forma que, nos tempos atuais, restou vencida a resistência inicial de admitir esses direitos como passíveis de tutela jurídica destinada a

¹⁰ De maneira tímida, essa constitucionalização se deu na Constituição da República Federal da Alemanha de 1949 e nas Constituições da Suíça, em 1957 e da Bulgária, em 1971. Em 1976, com o advento da Constituição Portuguesa, esses direitos foram mais bem sistematizados (BREGA FILHO, 2002, p. 20).

proporcionar sua concretização na realidade fática, superando, com isso, a postura conservadora que os encarava como simples recomendações ou intenções constitucionais:

Modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e *acionabilidade* dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram (...) a reação conservadora até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exeqüibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê no art. 2.º da Constituição Portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um Estado democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”. (BARROSO, 2002, p. 106)

Pode-se, então, concluir que a constitucionalização dos direitos fundamentais, deve ser vista, nos dias atuais, como um verdadeiro compromisso com sua efetivação, reconhecida que é sua exigibilidade, o que abrange tanto os direitos individuais, como também os sociais e de solidariedade.

Além disso, essa integração dos direitos fundamentais nas Constituições pode ser tida como uma das notas de maior evidência do constitucionalismo moderno (ROCHA, 2007, p. 62), tanto que Barroso (2002, p. 98) afirma o seguinte sobre o conteúdo das Constituições modernas:¹¹ “Além de organizar o exercício do poder político, todas as Constituições modernas definem os direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania estatal.”¹²

A partir do momento em que os textos constitucionais passaram a albergar os direitos fundamentais, a afirmação jurídica que lhes é concedida traduz-se em inabalável salvaguarda a esses direitos frente aos abusos do poder, como, de resto, afirma David Wilson de Abreu Pardo (2003, p. 4):

¹¹ O autor (2002, p. 94) divide as normas constitucionais em três categorias, a saber: normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas. As primeiras teriam por objeto organizar o exercício do poder político; as segundas fixariam os direitos fundamentais dos indivíduos; e as últimas traçariam os fins públicos buscados pelo Estado.

¹² Os direitos fundamentais, por sua vez, são desdobrados por Luis Roberto Barroso (2002, p. 99-102, *passim*) em: direitos políticos, que encampariam a nacionalidade e cidadania; direitos individuais ou liberdades públicas, traduzidos na vida, propriedade, liberdade e segurança e representativos de uma proteção do indivíduo face ao Estado; direitos sociais, que remontam à Constituição Mexicana, de 1917, e à de Weimar, de 1919, que transcendem a condição individual do homem e impõem ao Estado prestações positivas em prol da melhoria das condições de vida e promoção da igualdade material; e direitos difusos, pertencentes a uma série indeterminada de sujeitos e caracterizados pela indivisibilidade de seu objeto, estando positivados mais recentemente nas Constituições Espanhola, de 1978, e Portuguesa, de 1976.

O constitucionalismo moderno surge, pois, no bojo do projeto da modernidade, a fim de que sejam afirmados juridicamente os direitos inerentes à pessoa, salvaguardando-os dos abusos do poder (...). O perfil de universalidade desses direitos como questão elementar do pensamento político da época, vê-se definitivamente garantido com a instituição de um pacto fundador e regulador das estruturas sociais e políticas de coexistência, que é a Constituição. Esta surge, no seu sentido moderno, em função dos direitos do homem e justamente para garanti-los.

E prossegue o autor, advertindo que essa tutela dos direitos fundamentais no constitucionalismo moderno e a forte normatividade conferida a tais direitos dela decorrente teria caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos, tangenciando até mesmo a legitimidade desses poderes:

Assim, pode-se afirmar com toda segurança que o elemento principal do constitucionalismo moderno, mais além da separação dos poderes, é a tutela dos direitos fundamentais, assim entendidos aqueles direitos do homem reconhecidos na *Lex Fundamentalis*, dando um sentido normativo às pretensões "que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações as condições de vida que essas lutas produzem." Daí a razão primeira para considerar a Constituição um elemento normativo, como instrumento que, juridicamente, vincula todo e qualquer poder que se queira legítimo. (PARDO, 2003, p. 6)

Para Canotilho (s. d., p. 376), a constitucionalização dos direitos fundamentais tem como consequência mais relevante a proteção de tais direitos a ser exercida pelo Poder Judiciário, mediante o controle de constitucionalidade dos atos normativos deles reguladores, novamente relembrando a compreensão do caráter vinculante e não meramente ostentatório desses direitos:

Designa-se por **constitucionalização** a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes "declarações de direitos." (grifo do autor)¹³

¹³ O mesmo autor, ainda, atrela a protecção aos direitos fundamentais ao próprio conceito de constituição moderna, lecionado que ela deve ser entendida como "a ordenação sistemática e racional da comunidade política

Essa vinculação também é reconhecida por Pardo (2003, p. 6-7):

Os direitos fundamentais, considerados como os elementos determinantes do conceito moderno de Constituição, implicam, portanto, nunca é demais repisar, considerar esta como **documento normativo que vincula os poderes estatais**. Como matriz antropológica essencial do Estado Constitucional, fundando este no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, os direitos exigem considerar a Constituição como Lei Fundamental. Supera-se, dessa forma, o conceito dos antigos, pois estes confundiam o modo de organização do Estado, tal como este de fato é, com a Constituição. Há uma diferença fundamental nas duas concepções (...) e que se pode resumir assim: o pensamento moderno assume a juridicidade (sentido normativo) da Constituição, em vista, principalmente, da garantia jurídica dos direitos fundamentais; a definição antiga queda-se no mundo do ser, na tarefa descritiva do estado político da *polis*. (grifo nosso)

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p. 99), todas as Constituições brasileiras contiveram declarações de direitos. Contudo, a Constituição de 1988 apresenta traços de originalidade em relação às suas antecessoras, assim resumidos pelo referido constitucionalista:

Em primeiro lugar, ela enumera os direitos e garantias fundamentais logo num Título II, antecipando-os, portanto à estruturação do Estado. Quis com isso marcar a preeminência que lhes reconhece. Em segundo lugar, nesse Título II, no capítulo inicial enuncia o que chama de “direitos e deveres individuais e coletivos”, enquanto no seguinte trata dos “direitos sociais”, para nos subseqüentes reger as questões concernentes à *nacionalidade*, aos *direitos políticos* e, a final, aos *partidos políticos*. Mas, em terceiro lugar, deve-se registrar que noutros pontos da Constituição são apontados direitos fundamentais, como é o caso da seção relativa às *limitações do poder de tributar*. (FERREIRA FILHO, 2006, p. 99-100, grifo do autor)

Quanto às categorias de direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, observa Brega Filho (2002, p. 39) que houve uma ampliação, em consonância com a tendência mundial:

através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*.” (CANOTILHO, s. d., p. 52, grifo do autor)

Por fim, a Constituição de 1988, novamente inspirada por ventos democráticos, ampliou os direitos fundamentais, e seguindo a tendência mundial, além dos direitos individuais e sociais, reconheceu os direitos de solidariedade (direitos fundamentais de terceira geração), como é o caso do direito a um meio ambiente equilibrado previsto no art. 225.

Na Constituição Federal de 1988 deve ser notada também a topografia dos direitos fundamentais, que revela e lhes confere significativa relevância face aos demais dispositivos constitucionais, de acordo com interessante percepção de Giovanni Ettore Nanni (1999, p. 72):

Os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal no Título II, logo após os Princípios Fundamentais, possuem um caráter preeminente sobre os demais dispositivos constitucionais. Essa afirmação é justificada exatamente pela sua inserção em posição de destaque no Texto Constitucional, antes mesmo da Organização do Estado.

Veja-se, por último, que a enumeração constitucional dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras tem caráter meramente exemplificativos desde a Constituição de 1891, traço este que se mantém até os dias atuais, a teor do parágrafo 2.º, do art. 5.º, da Constituição de 1988.¹⁴ Apesar de ser tachada de inútil pela doutrina (FERREIRA FILHO, 2006, p. 100), essa regra demonstra o desejo do constituinte de expandir e não impor limitações ao reconhecimento de direitos fundamentais.¹⁵

De todo o exposto, pode-se concluir que a constitucionalização dos direitos fundamentais representou significativo passo em sua na consolidação histórica e, mais do que isso, conferiu-lhes normatividade e exigibilidade destacadas no sistema jurídico, a ponto de se vislumbrar a vinculação dos poderes aos aludidos direitos, condicionando até mesmo sua legitimidade a essa aproximação, devendo ser notado ainda o caráter aberto dos textos constitucionais ao seu reconhecimento.

¹⁴ Art. 5.º (...)

§ 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime democrático e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁵ Como exemplos de direitos que derivam dos direitos fundamentais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p. 100) cita o direito ao segredo ou sigilo, como derivação do direito à privacidade e intimidade; e o direito à incolumidade física, decorrente da proibição de tratamento desumano e da tortura.

2.3 Noção e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 82) define direitos fundamentais da seguinte maneira:

Direitos fundamentais são (...) todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).¹⁶

Do conceito acima, infere-se que a noção de fundamentalidade deve guardar aproximação com a realidade constitucional própria de cada Estado, uma vez que valorações distintas motivadas por fatores culturais e sociais são perfeitamente admissíveis em razão da diversidade mundial. Nas palavras de Sarlet (2004, p. 82):

(...) o conteúdo material (a fundamentalidade material) dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada. É preciso ter em mente, portanto, que um conceito satisfatório somente poderia ser obtido com relação a uma ordem constitucional concreta. Com efeito, o que é fundamental para determinado Estado pode não ser para o outro, ou não sê-lo da mesma forma. Todavia, não há como desconsiderar a existência de categorias universais e consensuais no que diz com a sua fundamentalidade, tais como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana. Contudo, mesmo estes devem ser contextualizados, já que igualmente suscetíveis de uma valoração distinta e condicionada pela realidade social e cultural concreta.

A noção de fundamentalidade material, por sua vez, atrela-se à posição ocupada pela pessoa na estrutura do Estado e da sociedade, como escreve Marinoni (2006, p. 65):

¹⁶ Sobre a abertura material do catálogo de direitos fundamentais, o autor reconhece que, na doutrina brasileira, a doutrina, quase que em sua unanimidade, orienta-se nesse sentido (SARLET, 2004, p. 89).

Ressalte-se, contudo, que, para a caracterização de um direito fundamental a partir de sua fundamentalidade material, é imprescindível a análise de seu conteúdo, isto é, da circunstância de conter, ou não, uma decisão fundamental sobre a estrutura do Estado e da sociedade, “de modo especial, porém, no que diz com a posição nesse ocupada pela pessoa humana.”

Dimitri Dimoulis (2006, p. 72) entende os direitos fundamentais como aqueles consagrados constitucionalmente, revelando a chamada fundamentalidade formal, que possuam como objetivo estabelecer limitações ao poder estatal perante a pessoa. Sua definição confere relevância aos direitos de primeira geração, conforme se vê no seguinte trecho:

Direitos fundamentais são direitos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), garantidos por normas de nível constitucional que limitam o exercício do poder estatal.

Esta definição indica os sujeitos da relação criada pelos direitos fundamentais (pessoa *vs.* Estado), a finalidade desses direitos (limitação do poder estatal) e sua posição no sistema jurídico (supremacia constitucional ou fundamentalidade formal).

Não pode ser olvidado, contudo, que a expressão direitos fundamentais comporta outras categorias de direitos que não apenas tenham por escopo limitar a ação estatal, mas também impor-lhe prestações positivas a fim de que seja assegurada às pessoas a fruição de bens e condições ínsitos à sua condição e dignidade humanas. Daí se entender que a titularidade dos direitos fundamentais abrange a todos aqueles que se encontrem sob o pálio de uma determinada comunidade jurídica, sendo válidas na realidade brasileira as mesmas conclusões a que chegou Jorge Miranda quanto à ordem jurídica portuguesa:

Logicamente, o primeiro princípio comum aos direitos fundamentais e também aos demais direitos existente na ordem jurídica portuguesa é o da universalidade: todos os quantos fazem parte da comunidade política fazem parte da comunidade jurídica, são titulares dos direitos e deveres aí consagrados; os direitos fundamentais têm ou podem ter por sujeitos todas as pessoas integradas na comunidade política, no povo. (MIRANDA, 1993, p. 193)

Com base nas idéias de Robert Alexy, Marinoni (2006, p. 65) afirma que a teoria dos direitos fundamentais pode ser formulada como uma teoria de princípios, sendo

identificadas, nos passos de Böckenförde cinco teorias de direitos fundamentais, quais sejam, a liberal ou burguesa do Estado de Direito; a democrático-funcional; a do Estado social; a axiológica e a institucional. A análise de cada uma dessas teorias, por sua vez, “demonstra que todas elas são teorias de princípios – ou que as teorias materiais dos direitos fundamentais são teorias de princípios” (MARINONI, 2006, p. 67).

E, dado esse caráter principiológico dos direitos fundamentais, a correção de sua aplicabilidade no caso concreto é de ser feita tendo-se em conta as peculiaridades deste último. Não há que se falar, portanto, em se estabelecer uma hierarquização ou escala de importância desses direitos diante da atividade de aplicá-los ou reconhecê-los. Nesse rumo são as conclusões de Marinoni (2006, p. 68), também baseadas em Alexy:

A teoria que sustenta a possibilidade de se estabelecer uma única decisão correta para cada caso teria que se basear (...) em uma rígida hierarquização dos princípios jusfundamentais, o que é inviável diante da obviedade de que os princípios assumem configurações que variam de acordo com as peculiaridades dos casos concretos.

Para a aplicação dos direitos fundamentais não se concebem fórmulas prontas ou escala de graus ou relevância. A solução deve ser construída a partir dos elementos da situação concreta ponderados entre si, por meio de um trabalho hermenêutico¹⁷, privilegiando-se aquela que demonstrar maior sintonia com o desenho constitucional dado a esses direitos.

Importante traço característico das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais diz respeito à sua aplicabilidade imediata, por expressa previsão no texto da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5.º, parágrafo primeiro, é cristalino nesse sentido.¹⁸ Essa regra é novidade no direito brasileiro (FERREIRA FILHO, 2006, p. 102) e revela nítida intenção do constituinte de impedir que esses preceitos se tornem letra morta.

Surge, nesse contexto, o problema relativo à falta de regulamentação, como óbice à aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, diagnosticado a partir do raciocínio segundo o qual uma norma só pode ser aplicada quando

¹⁷ A importância da atividade hermenêutica para a concretização dos direitos fundamentais será abordada mais adiante, no item 2.4.1.

¹⁸ Art. 5.º (...)

§ 1.º As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

apresentar-se completa em sua hipótese e seu dispositivo. Caso contrário, inviabilizada restaria sua execução, como observa Ferreira Filho (2006, p. 102), que transpõe o problema para as normas que consubstanciam direitos fundamentais:

A intenção que a ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário, ela é não-executável pela natureza das coisas. Ora, de duas uma, ou a norma definidora de direito e garantia fundamental é completa, e, portanto, auto-executável, ou não o é, caso em que não poderá ser aplicada. Pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta a galope, como diz o francês.

Reconhecido o problema, é de ponderar, contudo, que não se mostra ele como insolúvel. Mesmo que os direitos fundamentais tenham sido veiculados em normas que apresentem eventual incompletude ou careçam de maior regulamentação sua aplicabilidade imediata ainda assim é de ser concretizada, já que o ordenamento jurídico fornece elementos capazes de fundamentar essa aplicação:

Ainda que se afigure pouco lógica a existência de uma regra afirmando que as normas constitucionais são aplicáveis, parece que sua inclusão no texto, diante de uma prática que reiteradamente nega tal evidência. Por certo, a competência para aplicá-las, se descumprida por seus destinatários, há de ser do Poder Judiciário. E mais: **a ausência de lei integradora, quando não inviabilize integralmente a aplicação do preceito constitucional, não é empecilho à sua concretização pelo juiz, mesmo à luz do direito positivo vigente, consoante se extrai do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil.**¹⁹ (BARROSO, 2002, p. 144-145, grifo nosso)

Desse modo, a disposição contida no art. 5.º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988, que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais é reforçada por aquela estabelecida no art. 4.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, de forma que a pronta aplicação desses direitos não se subordina à técnica legislativa que, por vezes, mostra-se defeituosa quando da elaboração da norma que os

¹⁹ Art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

preveja, bem como prescinde até mesmo de lei integradora. E cabendo à jurisdição a competência para aplicar essas normas em caso de seu descumprimento, é certo que “(...) toda e qualquer lesão deve ser inopinadamente repelida pelo Judiciário” (NANNI, 1999, p. 73), para que se dê atendimento ao ditame constitucional e a relevância dada aos direitos fundamentais pela Constituição encontre ressonância no proceder de seus destinatários e aplicadores.

2.4 A problemática da eficácia dos direitos fundamentais

Uma vez reconhecida a aplicabilidade imediata das normas que trazem os direitos fundamentais, surge o inevitável questionamento acerca da concretização desses direitos na realidade fática, pertencente ao campo de sua eficácia. Segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p. 199), a eficácia pode ser entendida como

uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica)

A eficácia normativa, portanto, pode ser desdobrada em dois aspectos distintos, quais sejam, a configuração de uma situação fática que permita que os efeitos previstos pela norma sejam produzidos e seus objetivos alcançados, além de restarem satisfeitos requisitos de ordem técnico-normativas que autorizem o aplicador lançar mão da norma para a solução do caso que lhe seja posto.

No mesmo rumo é o entendimento de Maria Helena Diniz (1989, p. 27):

A eficácia vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em

face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso.²⁰

Para Barroso (2002, p. 85), esses dois desdobramentos da eficácia normativa podem ser designados como aptidão formal e material da norma, encontrando-se intimamente vinculados entre si, como decorrência da estatalidade do Direito. O autor, com base nas idéias de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, ainda chama atenção para a circunstância de que a produção dos efeitos previstos por uma norma sempre deve ser realizável no plano fático, sob pena de se incorrer em situação anômala e que não encontra respaldo na lógica e racionalidade do Direito:

Partindo da premissa da estatalidade do Direito, é intuitivo que a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhes são próprios. Não se refere aqui apenas à vigência da regra, mas também, e sobretudo, à “capacidade de o relato de uma norma dar-lhe condições de atuação”, isoladamente ou conjugada com outras com outras normas. Se o efeito jurídico pretendido pela norma for irrealizável, não há efetividade possível. Mas esta seria uma situação anômala em que o Direito, como criação lógica e racional, usualmente não incorreria.

Conforme visto no tópico acima, quando se tratou da constitucionalização e conseqüente reconhecimento dos direitos fundamentais, a tendência atual é a ampliação do rol dos referidos direitos, até mesmo por força da evolução social e progresso tecnológico. Essa constatação, por sua vez, faz surgir uma questão que merece ser apreciada quando se investiga a eficácia dos direitos fundamentais, no sentido de que há que se ter cautelas para que não ocorra a banalização desses direitos. Nesse sentido, precedente é a crítica de Brega Filho (2002, p. 28-29), feita com apoio nas idéias de Luis Ricardo Lorenzetti:

Não podemos considerar todos os direitos como sendo fundamentais, sob pena de desmerecermos a proteção e a distinção dada a eles nos vários sistemas constitucionais. Luis Ricardo Lorenzetti escreve que “há uma ‘inflação’ de direitos fundamentais”, asseverando, ainda, que embora seja salutar a ampliação destes direitos para que as pessoas vivam melhor, “em

²⁰ Interessante definição também é dada por Luís Roberto Barroso (2002, p. 85), que escreve: “A efetividade significa (...) a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.” (grifo do autor)

geral, a doutrina participa de idéia contrária: quanto mais se multiplica a relação dos direitos humanos, menos força terão como exigência.”

Diante disso, a conclusão do autor vem no rumo de que o reconhecimento de novos direitos fundamentais é possível e até mesmo inevitável, pelas suas próprias particularidades. Entretanto, mais importante que o reconhecimento é a efetivação dos direitos fundamentais:

Concluimos, dessa forma, pela possibilidade do reconhecimento de novas gerações de direitos fundamentais, de quarta ou mesmo de quinta geração, pois a evolução é uma das marcas dos direitos fundamentais, contudo, **muito mais importante que este reconhecimento, é a efetivação dos direitos até aqui assegurados, especialmente nos países em desenvolvimento como é o caso do Brasil.** (BREGA FILHO, 2002, p. 29, grifo nosso)

Dessa maneira, a obtenção da efetividade dos direitos fundamentais é tarefa de primeira ordem, que guarda primazia, inclusive, sobre o reconhecimento de novas categorias desses direitos, devendo-se, ademais, tomar a cautela de se evitar sua banalização e conseqüente enfraquecimento, que vem a comprometer e dificultar sua efetivação.

De igual maneira, a discussão acerca do fundamento dos direitos fundamentais, em que pese o relevo e destaque que ainda lhe é emprestada pelos estudiosos, pode ser deslocada para as bordas da lente pela qual se visualizam referidos direitos, devendo seu foco ser ocupado pela problemática afeta à garantia e cessação das violações a que estão sujeitos. É essa uma das preocupações de Norberto Bobbio (2004, p. 45), que assim escreve a respeito:

o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, e num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais e históricos, absolutos ou relativos, mas sim que é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Os direitos fundamentais concentram-se na Constituição Federal de 1988 e sobre a efetivação das normas nela previstas, anota Luís Roberto Barroso (2002, p. 60):

Embora resultante de um impulso político, que deflagra o poder constituinte originário, a Constituição, uma vez posta em vigência, é um documento jurídico. E as normas jurídicas, tenham caráter imediato ou prospectivo, não são opiniões, meras aspirações ou plataforma política. As regras de direito, consigna Recaséns Siches, “*son instrumentos prácticos*, elaborados y construídos por los hombres, para que, mediante su manejo, produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos.

O mesmo autor adverte, porém que “as normas constitucionais tem sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa” (BARROSO, 2002, p. 89).

Apesar disso, um dos fatores que maior perplexidade provoca quando se perquire acerca da efetivação dos direitos fundamentais é o distanciamento abissal entre o perfil constitucional dado que lhes foi dado e a real implementação desses direitos na vida dos integrantes do corpo social.

Diante dele, poder-se-ia pensar que sua raiz seria uma suposta ineficácia técnica decorrente da impossibilidade de aplicação imediata das normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais – problema este, de resto, já enfrentado e refutado linhas acima – e que agora é colocado nos seguintes termos por Bittar (2005, p. 290):

As disparidades transtornaram a aparente harmonia e abstração sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, afastando-o de quaisquer imperativos metafísicos que venham a torná-lo a expressão de uma arquitetura capaz de realização da justiça. Entre o que a norma máxima válida, vigente e legítima prevê (texto constitucional) e o que a realidade demonstra vai larga distância.

Poder-se-ia questionar se não se trata de um problema de ineficácia técnica, segundo o qual não estariam as normas constitucionais preparadas para a aplicação imediata (eficácia limitada e eficácia contida), que estaria obstaculizando a realização dos chamados direitos humanos. Mas, de fato, não se poderia aceitar esse argumento, na medida em que a própria Constituição cuidou de determinar que as normas relativas a direitos fundamentais não ficam condicionadas a nada para serem efetivamente aplicadas de imediato.

Dessa maneira, afastado o problema técnico-formal, identifica o autor o seguinte e preocupante quadro, caracterizado por um inequívoco paradoxo consistente numa abundante positivação dos direitos fundamentais destinada a uma realidade socialmente defasada:

um inquestionável paradoxo está estampado no horizonte: de um lado, direitos fundamentais de diversos quilates (primeira, segunda e terceira gerações) textualmente expressos nos diversos artigos da Constituição Federal de 1988; de outro lado, práticas sociais defasadas em pelo menos um século ante os desafios (econômicos, políticos, institucionais, orçamentários...) propostos por diversas inovações constitucionais. (BITTAR, 2005, p. 291)

Essa crise de eficácia, por sua vez, pode conduzir a desdobramentos graves, que alimentam desarranjos sociais e o enfraquecimento do Estado constituído, com conseqüente incremento de instituições e grupos para-estatais e descrédito das instituições, principalmente do Poder Judiciário enquanto detentor do mister de solucionar conflitos e garantidor dos direitos dos cidadãos. Esse alerta vem assim expresso nos dizeres de Bittar (2005, p. 188):

A crise de eficácia é um ponto de comprometimento da própria existência e sobrevivência do contrato social, na medida em que a ausência ou inoperância prática das instituições conduz a um profundo abismo entre a legalidade e a faticidade das regras jurídicas. É deste abismo que se nutrem as desavenças sociais, os desvios, as condutas antijurídicas, os criminosos, para afrontarem ainda mais a própria existência dos organismos estatais e oficiais da representatividade popular. Na carência de eficácia da legislação, todo um novo arranjo de forças sociais se fortalece no sentido de criar um outro sentido para a vida social, que acaba tomando a conformação de um Estado de natureza hobbesiano (lei do mais forte, leis de mercado, eticidades de grupos majoritários...).

Imperioso reconhecer, portanto, que a busca pela plena concretização na realidade social dos efeitos previstos nas normas definidoras dos direitos fundamentais, mais que o reconhecimento e o aumento do rol desses direitos em previsões legislativas ou constitucionais, é ponto sensível para a própria manutenção da ordem estatal e estabilidade social, incumbindo, pois, aos poderes constituídos empreenderem esforços a tanto.

2.4.1 O papel da hermenêutica constitucional na efetivação dos direitos fundamentais

Embora a efetivação dos direitos fundamentais seja tarefa que toque a todos os poderes constituídos, no Poder Judiciário ela encontra relevância ímpar em decorrência do princípio constitucional sufragado no art. 5.º, inciso XXXV, que assegura que toda lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser-lhe submetida, usualmente denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Para desempenhar essa incumbência, o julgador faz uso de uma importante ferramenta, qual seja, a hermenêutica jurídica, cuja importância pode ser assim sintetizada:

Trata-se de afirmar que o poder hermenêutico do juiz é fundamental na construção do sentido a ser imprimido ao ordenamento jurídico. Se toda violação ou ameaça de violação de direito poderá ser submetido à apreciação do Poder Judiciário (inc. XXXV, art. 5º, CF/1988), então a inafastabilidade da exegese é-lhe também consentânea com o seu papel jurídico e social no contexto em que se encontra. Seu discurso é mais que palavra, é o poder jurídico falante (*juris-dictio*) capaz de *inter-agir* por meio da interpretação aplicadora (chamada de interpretação autêntica por Kelsen) com o sistema jurídico, construindo o sentido de justiça a ser imprimido na sociedade em cada momento histórico, em cada situação concreta, de acordo com cada situação normada efetivamente presente para julgamento. (BITTAR, 2005, p. 306-307, grifo do autor)

Necessita-se, porém de uma nova hermenêutica, já que a velha, fulcrada em uma visão positivista, defensora da supremacia dos códigos em detrimento da Constituição, além de negadora da juridicidade dos princípios, mostra-se insuficiente para atender de modo satisfatório as necessidades de efetivação postas atualmente, notadamente no que se refere aos direitos fundamentais e seu cunho principiológico. Assim, para Sergio Alves Gomes (2008, p. 322):

A nova hermenêutica não menospreza os códigos e nem os tradicionais métodos de interpretação – gramatical, lógico, sistemático, histórico, teleológico – porém, submete aqueles às normas constitucionais – vistas agora como princípios e regras – e reconhece a insuficiência dos referidos métodos. Por isso, vai além deles. Cria métodos e princípios de hermenêutica constitucional, sem a ilusão, porém, de transformá-los em

dogmas capazes de solucionar, mediante mera aplicação técnica, questões que exigem prudente ponderação, como são as questões jurídicas em geral.

O tecnicismo imanente da hermenêutica clássica é de ser complementado por uma noção que confira caráter mais reflexivo, de forma que essa nova hermenêutica constitucional deve ser “capaz de trabalhar não apenas com regras, mediante *subsunção*, mas, também, com *princípios*, por meio da *ponderação*” (GOMES, 2008, p. 323, grifo do autor).

Levando em consideração a particularidade da Constituição de fixar objetivos ao Estado, Gomes (2002, p. 43) faz a seguinte observação da hermenêutica constitucional à luz da teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale:

É da natureza de toda constituição estabelecer objetivos a serem realizados por meio de sua aplicação. Logo, cabe ao intérprete, seja ele qual for, interpretar todas as normas jurídicas do aludido ordenamento, em consonância com as finalidades previstas constitucionalmente, porquanto a constituição ocupa, hierarquicamente, o ápice da ordem jurídica positivada: princípio da supremacia da constituição. Levando-se em conta a concepção tridimensional do direito, pode-se afirmar que a *hermenêutica constitucional* objetiva uma compreensão do fenômeno jurídico, em suas três dimensões. Este se manifesta por meio dos *princípios e regras constitucionais – plano normativo* – que exigem a efetivação dos valores que os orientam – *plano axiológico* –, na concretização do modelo de sociedade eleito, quando da elaboração da constituição – *plano fático* –. (grifo do autor)

Nas linhas da hermenêutica constitucional, portanto, os valores adotados pelo ordenamento jurídico, assim como sua materialização na realidade social ganham relevo, com o que “o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição” (MARINONI, 2006, p. 94).

A atividade hermenêutica, portanto, vai pressupor uma reflexão que sobreleva a função do jurista, a quem compete formular estruturas lógicas e desenvolver mecanismos hábeis a dar efetividade às normas jurídicas (BARROSO, 2002, p. 86), com ênfase naquelas que condensem os direitos fundamentais.

Tanto é assim que, dentre as exigências da nova hermenêutica constitucional, Gomes (2008, p. 347-348) aponta duas dignas de menção por sublinharem a importância dos direitos fundamentais e da pessoa humana:

k) a **nova hermenêutica constitucional exige recusa ao retrocesso em matéria de direitos humanos e fundamentais**, porque isso representaria perda irreparável de conquistas – que trazem em sua base a expansão da consciência ética, política e jurídica da humanidade – incorporada pelo Direito, por meio do respeito devido àqueles direitos;

l) a nova hermenêutica constitucional não compactua com a indiferença. Esta nasce quando “*o outro não conta*”. A indiferença é não apenas a ausência de indignação diante do sofrimento alheio. É um nada fazer onde há muito por transformar. A indiferença não se move diante do que comove, nem se impressiona em face do que agride a humanidade porque é incapaz de reconhecer tal dignidade. Ao desconhecê-la, ignora também qualquer idéia que envolva a “*inclusão do outro*” pois trata este como *coisa* que nada lhe diz respeito. (...) O “Outro” aqui é toda pessoa em relação às demais. Na perspectiva democrática, todo ser humano é pessoa, e toda pessoa *deve* merecer igual consideração. (...)

Se, para o mercado, o que importa é o lucro, para a democracia o que há de mais importante são as pessoas. Por isso, busca a salvaguarda de direitos humanos e fundamentais. É essa a compreensão que a hermenêutica constitucional quer construir. Por isso ela não é neutra em face dos valores constitucionais. Ao contrário: busca contribuir com a concretização desses valores, no âmbito das relações sociais, a fim de que sejam estas balizadas pela *justiça*. (grifo nosso)

A partir dessa lição, pode-se inferir mais uma preocupação subjacente à hermenêutica constitucional, qual seja, a inclusão social, como decorrência até mesmo de seu norteamento para a promoção e efetivação dos direitos fundamentais a bem da pessoa enquanto destinatária da prestação jurisdicional.

Nesse passo, deve a hermenêutica constitucional possuir as seguintes características:

a) parte do pressuposto da existência de um ordenamento jurídico que visa à concretização da democracia, como meio indispensável à realização da pessoa humana, por considerar que, nos regimes ditatoriais, não há como assegurar *direitos fundamentais*. (...)

b) adota, como um de seus postulados, a *supremacia da Constituição*, vendo-a não apenas como um “pedaço de papel” – expressão de Lassale –, mas como esteio de todos os direitos e deveres individuais, sociais e políticos; (...)

c) como conseqüência do item “b”, interpreta prudentemente as leis infraconstitucionais à luz dos *princípios e regras* da Constituição e rejeita a aplicação das primeiras quando incompatíveis com os ditames da segunda;

d) pressupõe juízes imbuídos de uma *visão constitucionalista e instrumental da jurisdição* e dos demais institutos jurídico-processuais fundamentais: ação, defesa, processo; (...)

e) outrossim, imbuído da mentalidade formada sob a orientação da hermenêutica constitucional contemporânea, buscará o magistrado, no

âmbito de sua *competência interpretativa e de aplicação do Direito*, dar *efetividade* ao princípio democrático do *acesso à Justiça* (...)

g) exige do intérprete (...) a consciência de que sem a sincera *voluntas* (vontade) de operar com justiça – aspecto ético da atividade jurídica – ao interpretar e aplicar o direito, estará afastando a um só tempo todas as possibilidades de concretização da Democracia (...)

h) está sempre atenta às mudanças, ocorridas na realidade social, e busca interpretar a Constituição de tal forma a não frustrar os *fins* para os quais foi elaborada, a possibilitar *mutações constitucionais* por meio da interpretação, independentemente de reforma do texto constitucional. (GOMES, 2002, p. 61-64, grifo do autor)

Vislumbra-se, assim, que o desafio da hermenêutica constitucional é a garantia dos direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente, expandindo-se seus efeitos para além do texto constitucional por meio de uma contemplação de todo o ordenamento à luz dos aludidos direitos e, sendo o caso, rejeitar a aplicação de leis que não se harmonizem com os valores constitucionais, à vista das particularidades do caso concreto.

Esse novo espírito demanda maior afinamento do intérprete com a realidade na qual o produto de sua atividade surtirá efeitos, não se devendo perder de vista que esses efeitos deverão espelhar os fins almejados pela Constituição que – não custa repetir uma vez mais – identificam-se com a concretização dos direitos fundamentais.

O tecnicismo que beira uma verdadeira automação, o qual, por vezes, poderia ser gerado pelos cânones e métodos da interpretação clássica, deve perder espaço para o legítimo anseio de se realizar justiça e para a consciência de que a jurisdição deve viabilizar a concretização dos direitos fundamentais e não deles se utilizar com fim retórico.

Sobre esse traço da concretização dos direitos fundamentais, pertinente é a observação de Bonavides (1999, p. 544), ao destacar que a estrutura diferenciada das normas constitucionais que os consagram – os princípios – acaba por conceder ao intérprete maior criatividade na atribuição de conferir-lhes efetividade:

Há na Constituição normas que se interpretam e normas que se concretizam. A distinção é relevante desde o aparecimento da Nova Hermenêutica, que introduziu o **conceito novo de concretização, peculiar à interpretação de boa parte da Constituição, nomeadamente dos direitos fundamentais** e das cláusulas abstratas e genéricas do Texto Constitucional. Neste são usuais preceitos normativos vazados em fórmulas amplas, vagas e maleáveis, cuja **aplicação requer do intérprete uma certa diligência criativa**, complementar e aditiva para lograr a completude e fazer a integração da

norma na esfera da eficácia e juridicidade do próprio ordenamento (grifo nosso)

Além disso, a busca do real sentido dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, segundo Rocha (2007, p. 67), demanda seu reconhecimento como estruturas normativas diferenciadas, consubstanciando-se em verdadeiros juízos de valor, que devem ser buscados por meio da interpretação:

Para os direitos fundamentais serem devidamente interpretados, há de se sopesar o fato de que as estruturas que os informam são diferenciadas, qualificando-se como estruturas normativas abertas, polissêmicas e indeterminadas. Assim, na maioria das vezes, os direitos fundamentais espelham-se em nítidos juízos de valor, a que se chega por meio da interpretação.

Não se pode perder de vista, contudo, que o intérprete não deve conduzir-se nessa investigação da norma a ponto de afastar-se em demasia do problema que lhe é posto para solução, de forma que, na concretização dos direitos fundamentais por meio da hermenêutica, a norma e o problema a que ela se destina a resolver encontram-se umbilicalmente unidos, como lembra Hesse (1998, p. 63):

A vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à (pré)-compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido, cada vez, significa, negativamente, que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores, positivamente, que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo.

Esse modelo demanda, ademais, novos princípios hermenêuticos para a correta interpretação dos direitos fundamentais, para que o trabalho de consideração e coordenação do significado dirigente das normas que os abrigam seja levado a efeito (HESSE, 1998, p. 65), já que “A hermenêutica dos direitos fundamentais requer vias de investigação que transcendem os caminhos abertos pelo emprego dos métodos interpretativos da escola clássica de Savigny” (BONAVIDES, 1999, p. 545)

Gomes (2002, p. 47-48) sintetiza o rol de princípios ou postulados sugeridos por três grandes respeitáveis nomes do Direito Constitucional, podendo ser verificados

diversos pontos comuns entre a relação apresentada por cada um dos autores citados, tais como as idéias de supremacia e unidade da Constituição e efetividade de suas normas:

Celso Ribeiro Bastos²¹ fala em *postulados constitucionais*, ao se referir ao que denomina de *pressupostos hermenêutico-constitucionais*. E identifica os seguintes postulados de tal natureza: *supremacia da Constituição; unidade da Constituição; maior efetividade possível; harmonização – postulado decorrente –*. Inocêncio Mártires Coelho²² assevera que a generalidade dos autores aponta os seguintes princípios de interpretação constitucional: *a) princípio da unidade da Constituição; b) princípio do efeito integrador; c) princípio da máxima efetividade; d) princípio da conformidade funcional; e) princípio da concordância prática ou da harmonização; f) princípio da força normativa da Constituição; g) princípio da interpretação conforme a Constituição*. Para Luís Roberto Barroso²³ a interpretação constitucional deve se orientar pelas seguintes princípios: *supremacia da Constituição; presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; interpretação conforme a Constituição; unidade da Constituição; razoabilidade; proporcionalidade; e princípio da efetividade*. (grifo do autor)²⁴

Não se pretende, na presente dissertação, analisar cada um dos referidos princípios. Contudo, a nomenclatura da cada um deles permite a conclusão acerca de sua relevância na interpretação e aplicação das normas constitucionais, bem como seu teor e respectiva orientação para a realização da atividade hermenêutica.

Para encerrar o presente tópico, convém lembrar a diferenciação entre interpretação e concretização, atividades estas que, em que pese intimamente relacionadas, admitem distinção, segundo Mônia Clarissa Hennig Leal (2007, p. 106):

²¹ Na obra “Hermenêutica e Interpretação Constitucional”, p. 99.

²² Na obra “Interpretação Constitucional”, p. 91-92.

²³ Na obra “Interpretação e Aplicação da Constituição”, p. 150-244.

²⁴ Para Hesse, são os seguintes esses princípios: o princípio da unidade da Constituição, pelo qual “a conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição (...) fundamentam a necessidade de olhar nunca somente para a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela deve ser colocada; todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas.”; o princípio da concordância prática, que diz que “bens jurídicos protegidos juridico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade”; pelo princípio da exatidão funcional, “se a Constituição ordena a respectiva tarefa e a colaboração dos titulares de funções estatais em uma determinada forma, então o órgão interpretador tem de manter-se no quadro das funções a ele atribuídas; ele não deve, pela maneira e pelo resultado de sua interpretação, remover a distribuição das funções”; já o princípio do efeito integrador, enuncia que “se para a Constituição é importante a produção e conservação da unidade política, então isso significa a necessidade de, na resolução de problemas jurídico-constitucionais, dar a preferência àqueles pontos de vista que produzem efeito criador a conservador da unidade”; e, por fim, é destacado o princípio da força normativa da Constituição, segundo o qual “como a Constituição quer ser atualizada, mas as possibilidades e condições históricas dessa atualização se transformam deve, na resolução de problemas jurídico-constitucionais, ser dada preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima.” (HESSE, 1998, p. 65-68, *passim*)

Interpretação e concretização se diferenciam (...), no sentido de que a primeira consiste em uma averiguação de sentido de algo já pré-dado, cujo conteúdo se torna mais rico em razão dessa atividade de contraste com a realidade concreta; na segunda, pelo contrário, tem-se uma concretização – criativa – que consiste num preenchimento, numa atribuição de conteúdo a algo que somente será posto em linhas gerais.²⁵

Desse modo, o desafio da moderna hermenêutica constitucional reside exatamente na busca de êxito na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, devendo valer-se, para tanto, de princípios e métodos próprios.

Evidente que não se pode desprezar os métodos e princípios clássicos, mas, de igual maneira, não se pode incidir na postura tecnicista e desvencilhada dos valores e finalidades constitucionais. E, nesse sentido, a maior liberdade criativa proporcionada ao intérprete pela hermenêutica constitucional deve ser exercida sempre de molde a otimizar os direitos fundamentais no caso concreto à vista de suas particularidades, por meio da ponderação e objetivando-se a produção de justiça.

2.5 A proteção dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário

A partir de uma perspectiva que considera os direitos fundamentais por um prisma objetivo e outro subjetivo já é possível identificar que os referidos direitos devem ocupar papel de destaque no norteamento das atividades do Poder Judiciário. Esse ponto de vista – perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais –, por sua vez, calca-se em uma percepção segundo a qual:

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

²⁵ A autora justifica essa diferenciação em face das próprias características das normas definidoras de direitos fundamentais, marcadas por indeterminação e abertura, o que “permitem/impõem uma concretização criativa aos tribunais, ultrapassando os limites da simples interpretação em seu sentido tradicional.” (LEAL, 2007, p. 112)

princípios objetivos orientadores do ordenamento jurídico. (MARINONI, 2006, p. 69, grifo do autor)

E acrescenta-se, com apoio em Gilmar Ferreira Mendes, mais o seguinte:

Quando os direitos fundamentais são tomados como valores incidentes sobre o Poder Público, importa especialmente a atividade de aplicação e interpretação da lei, uma vez que ela não pode ser dissociada de tais direitos. Além disso, **uma importante consequência da dimensão objetiva está em estabelecer ao Estado um dever de proteção dos direitos fundamentais.** Esse dever de proteção relativiza “a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrahlingswirkung*) sobre toda a ordem jurídica”. Diante dele, fica o Estado obrigado a proteger os direitos fundamentais mediante prestações normativas (normas) e fáticas (ações concretas). (MARINONI, 2006, p. 69, grifo nosso)

A proteção aos direitos fundamentais, portanto, abrange dois aspectos: sejam como posições jurídicas titularizadas pelos indivíduos, sejam como princípios objetivos vetores do Poder Público.

No que tange ao Poder Judiciário esse dever de proteção atrela-se e até mesmo justifica a sua existência, conforme se vê na seguinte lição de Celso Fernandes Campilongo:

Claro, de nada adianta um Poder Judiciário que não seja capaz de conferir eficácia aos direitos fundamentais e, vice-versa, de nada adianta um elenco de direitos fundamentais se o Poder Judiciário não é capaz de garanti-los, de implementá-los. (*apud* BITTAR, 2005, p. 306)

Realmente, a admissão e consagração dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 de nada valeria se a tarefa de promover sua efetivação na realidade social não fosse entregue a uma instituição que a assumisse como finalidade precípua. Da mesma forma, a jurisdição se esvaziaria de sentido caso não chamasse para si a incumbência de tutelar os direitos fundamentais, até mesmo pelo quilate que lhes foi concedido pelo texto constitucional.

No mesmo rumo é a opinião de Nanni (1999, p. 339):

Os direitos fundamentais não podem ser baldados, pois constituem as vigas mestras da convivência entre os seres humanos. Impõe-se assim que a tutela do órgão judiciário seja eficaz, ágil e responsável, demandando esforço imensurável, a fim de que a justiça, derradeiro anelo de qualquer cidadão, seja concedida satisfatoriamente (...).

E, em face dessa posição de destaque ocupada pelos direitos fundamentais, o que permite dizer que gozam eles de preponderância sobre os demais direitos, Nanni (1999, p. 75) conclui que “(...) é alçada a tarefa do Judiciário como órgão de tutela dos direitos fundamentais.”, tarefa esta que lhe é irrenunciável, por força de sua missão constitucional de tutelar qualquer lesão ou ameaça a direitos (NANNI, 1999, p. 343). E continua o autor, para explicar seu ponto de vista:

Portanto, sob todos os ângulos de análise, deduzimos que os direitos e garantias fundamentais, previstos em nossa Constituição e nas outras disposições pertinentes, gozam de posição de destaque, seja na oponibilidade frente aos demais direitos, seja com relação às pessoas, às leis, etc., razão por que merece proteção especial do Estado, constituindo a célula mãe do Estado Democrático de Direito, reforçando a importância fundamental da atividade jurisdicional. (NANNI, 1999, p. 75)

Também são válidos os ensinamentos de Jorge Miranda (1993, p. 232), para quem a diversidade de categorias e gerações de direitos fundamentais não autorizam qualquer espécie de distinção ou escalonamento quanto ao dever de proteção jurisdicional que lhes deve ser dispensado:

Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, proteção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e grau diversos, consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais e culturais.

Correlato a esse dever de proteção, surge também, para o Poder Judiciário, o mister de combater as condutas e medidas que ameacem ou agridam os direitos fundamentais, como explica Maria Lúcia Antunes Rocha:

Ao Poder Judiciário cabe, no constitucionalismo contemporâneo, a tarefa mais elevada de impedir afrontas e desfazer, com eficácia e eficiência

imprescindíveis, os desmandos que acometem, ameaçam e agridem os direitos fundamentais. (apud BITTAR, 2005, p. 308)

Isso permite concluir pela existência de uma via de dupla mão quando se fala em proteção aos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário: toca-lhe tanto promover a efetivação desses direitos, sob as ópticas objetiva e subjetiva, diante dos casos concretos que lhes são apresentados, como também barrar todas as tentativas de afronta e desrespeito a esses direitos emanadas dos poderes executivo e legislativo.²⁶

As características dos direitos fundamentais, principalmente sua aplicabilidade imediata, a relevância que lhes foi atribuída pela Constituição Federal de 1988, assim como a magnitude do dever de proteção e efetivação desses direitos pelo Poder Judiciário parecem querer sugerir que os lineamentos da atividade jurisdicional admitem uma redefinição à luz de toda essa teorização, o que será levado a efeito no capítulo seguinte.

²⁶ Esse ponto será mais bem analisado no capítulo seguinte dessa dissertação.

3 A NOVA PERSPECTIVA DA JURISDIÇÃO

3.1 Globalização, pós-modernidade e Direito

A história demonstra que desde a época em que surgiram as concepções clássicas da jurisdição, o mundo e a humanidade sofreram intensas transformações, cujos reflexos esprairam-se sobre todos os campos do conhecimento e das relações humanas. Uma análise mais detida dessa evolução revela que o século XX foi palco de eventos de relevância ímpar na produção dessas transformações. Sobre esse período, Eric Hobsbawm (2007, p. 9) observa que

O século XX foi a era mais extraordinária da história da humanidade, combinando catástrofes humanas de dimensões inéditas, conquistas materiais substanciais e um aumento sem precedentes de nossa capacidade de transformar e talvez destruir o planeta – e de até penetrar no espaço exterior.

No mesmo sentido é o pensamento de David Harvey (2007, p. 117), para quem “As transformações na economia política do capitalismo do final do século XX provocaram profundas e abundantes modificações em processos de trabalho, hábitos de consumo, configurações geográficas e geopolíticas, poderes e práticas do Estado, dentre outras.”

Evidente que esse novo quadro acarretou redefinições na própria condução dos rumos do poder estatal. A esse respeito, Zigmunt Bauman (1999, p.63), lembrando Richard Sennett, destaca que:

“Numa geração anterior, a política social baseava-se na crença de que as nações, e dentro delas as cidades, podiam controlar suas riquezas; agora abre-se uma divisão entre Estado e economia”, observa Richard Sennett. Com a velocidade geral de movimento ganhando impulso – com a “compressão” de tempo/espaço enquanto tais, como assinala David Harvey – alguns objetos movem-se mais rápido que outros. “A economia” – o capital,

que significa dinheiro e outros recursos necessários para fazer as coisas, para fazer mais dinheiro e mais coisas – move-se rápido; rápido o bastante para se manter permanentemente um passo adiante de qualquer Estado (territorial, como sempre) que possa tentar conter e redirecionar suas viagens.

O aspecto econômico foi o que demonstrou, pois, a maior potencialidade modificativa, devido à velocidade e intensa dinâmica adquirida pelas relações econômicas, o que acabou por estabelecer até mesmo um descompasso entre seu ritmo e o das ações e políticas estatais. Essa dianteira da economia em relação ao Estado, contudo, acabou por provocar um desgaste na “nação-estado”, que pode ser assim explicado:

Num mundo em que o capital não tem domicílio fixo e os fluxos financeiros estão bem além do controle dos governos nacionais, muitas das alavancas da política econômica não mais funcionam. E Alberto Melucci diz que a influência crescente das organizações supranacionais – “planetárias” – “teve por efeito acelerar a exclusão das áreas fracas e criar novos canais para a alocação de recursos, retirados, pelo menos em parte, ao controle dos vários Estados nacionais (...)” Uma vez que as nações-estados continuam sendo as únicas estruturas para um balanço e as únicas fontes de iniciativa política efetiva, a “transnacionalidade” das forças erosivas coloca-as fora do reino da ação deliberada, proposital e potencialmente racional. (BAUMAN, 1999, p. 64)

Além do desgaste assim constatado, motivado pela fluidez mundial do capital e pela influência de organizações transnacionais, um fenômeno que desperta preocupação, nesse contexto, é a exclusão das áreas e nações tidas como fracas do circuito das riquezas, assim como uma indisfarçável perda de controle do Estado nessa dinâmica do capital, que agora atinge proporções globais e tem domicílio mundial.

Esse processo de internacionalização da economia, por sua vez, tem como características marcantes “a instantaneidade das informações e da comunicação, a padronização dos meios técnicos e a interconexão das economias de diferentes países” (PINTO, 2009, p. 27) e, muito embora tenha papel fundamental no desenvolvimento das relações internacionais, apresenta certos efeitos colaterais, como incertezas e transformações sociais preocupantes.

Nesse contexto pode ser inserida a idéia de globalização. Referido fenômeno é assim explicado por Bauman (1999, p. 66-67):

Esta nova e desconfortável percepção das “coisas fugindo ao controle” é que foi articulada (com pouco benefício para a clareza intelectual) num conceito atualmente na moda: o de *globalização*. O significado mais profundo transmitido pela idéia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. A globalização é a “nova desordem mundial” de Jowitt com um outro nome. (...)

O novo termo [globalização] refere-se primordialmente aos *efeitos globais*, notoriamente não pretendidos e imprevistos, e não às *iniciativas e empreendimentos globais*. (...)

A “globalização” não diz respeito ao que todos nós, ou pelo menos os mais talentosos e empreendedores, desejamos ou esperamos *fazer*. Diz respeito *ao que está acontecendo a todos nós*. A idéia de “globalização” refere-se explicitamente às “forças anônimas” (...) operando na vasta “terra de ninguém” – nebulosa e lamacenta, intransitável e indomável – que se estende para além do alcance da capacidade de desígnio e ação de quem quer que seja em particular. (grifo do autor)

Essa perene incerteza no ar, que afeta a todos, acaba por conferir a empresas e às forças econômicas um poder tamanho, capaz até mesmo de minar a atuação do Estado, no que pode ser comparado a um verdadeiro *strip-tease*, nas palavras de Bauman (1999, p. 73-74):

Os Estados não têm recursos suficientes nem liberdade de manobra para suportar a pressão – pela simples razão de que alguns minutos bastam para que empresas e até Estados entrem em colapso:

No cabaré da globalização, o Estado passa por um *strip-tease* e no final do espetáculo é deixado apenas com as necessidades básicas: seu poder de repressão. Com sua base material destruída, sua soberania e independência anuladas, sua classe política apagada, a e nação-estado torna-se um mero serviço de segurança para as mega-empresas...

E, como não poderia deixar de ser, essa nova conjuntura forjada a partir da preponderância de aspectos econômicos, provoca reflexos sociais de grande monta, assim justificados por Bauman (1999, p. 77-78):

A integração e a divisão, a globalização e a territorialização, são *processos mutuamente complementares*. Mais precisamente, são duas faces do mesmo processo: a redistribuição mundial de soberania, poder e liberdade de agir desencadeada (mas de forma alguma determinada) pelo salto radical na tecnologia da velocidade. A coincidência e entrelaçamento da síntese e da dispersão, da integração e da decomposição são tudo, menos acidentais; e menos ainda passíveis de retificação.

É por causa dessa coincidência e desse entrelaçamento das duas tendências aparentemente opostas, ambas desencadeadas pelo impacto divisor da nova liberdade de movimento, que **os chamados processos “globalizantes” redundam na redistribuição de privilégios e carências, de riqueza e pobreza, de recursos e impotência, de poder e ausência de poder, de liberdade e restrição. Testemunhamos hoje um processo de reestratificação mundial, no qual se constrói uma nova hierarquia sociocultural em escala planetária.**²⁷ (grifo nosso)

Essa nova hierarquia sociocultural de contornos mundiais ou globais, contudo, traduz-se, a bem da verdade, em um agravamento nas desigualdades, provocado pela impossibilidade de fruição dos benefícios por todos, mas tão somente por aqueles que já desfrutam de um padrão elevado de vida. Nesse sentido, Bauman (1999, p. 79), socorrendo-se das lições de John Kavanagh, anota que:

A globalização deu mais oportunidades aos extremamente ricos de ganhar dinheiro mais rápido. Esses indivíduos utilizam a mais recente tecnologia para movimentar largas somas de dinheiro mundo afora com extrema rapidez e especular com eficiência cada vez maior.

Infelizmente, a tecnologia não causa impacto nas vidas dos pobres do mundo. De fato, **a globalização é um paradoxo: é muito benéfica para muito poucos, mas deixa de fora ou marginaliza dois terços da população mundial.**²⁸ (grifo nosso)

No mesmo sentido é o pensamento de Hobsbawm (2007, p. 11-12) que, aprofundando a análise sobre os reflexos da globalização relativos à acentuação das desigualdades por ela provocada, destaca três pontos:

Primeiro, a globalização acompanhada de mercados livres, atualmente tão em voga, trouxe consigo uma dramática acentuação das desigualdades econômicas e sociais no interior das nações e entre elas. (...) Este surto de desigualdades, especialmente em condições de extrema instabilidade econômica como as que se criaram com os mercados livres globais na

²⁷ Nesse ponto, a globalização é vista, por Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto (2009, p. 28), como uma panacéia, já que “novas tecnologias e métodos gerenciais promoveriam, por si só, o aumento geral da produtividade, o bem-estar de todos e a redução do abismo social dentro e fora das nações. Entretanto, passados poucos anos, verificou-se situação diversa, com o acúmulo de riquezas nas mãos de poucos e o aumento das desigualdades sociais.”

²⁸ Mais adiante, o autor faz interessante retrato de como são moldados os membros da sociedade, destacando que impera, nesse fim, o potencial de consumo de cada um: “A maneira como a sociedade atual molda seus membros é ditada primeiro e acima de tudo pelo dever de desempenhar o papel de consumidor. A norma que nossa sociedade coloca para seus membros é a da capacidade e vontade de desempenhar esse papel.” (BAUMAN, 1999, p. 88)

década de 1990, está na base das importantes tensões sociais e políticas do novo século. (...)

Segundo, o impacto dessa globalização é mais sensível para os que menos se beneficiam dela. (...) Situações desse tipo não antecipam uma era de estabilidade política e social. (...)

Terceiro, embora a escala real da globalização permaneça modesta, talvez com exceção de alguns países em geral pequenos da Europa, seu impacto político e cultural é desproporcionalmente grande. (...) Conquanto, do ponto de vista histórico, esse fenômeno possa ser temporário ou não, a curto prazo esse impacto desproporcionalmente grande pode bem ter sérias conseqüências políticas nacionais e internacionais.

Vislumbram-se, também, reflexos para os países que praticam o regime democrático, conforme descreve Cárcova (1996, p. 35-36):

A estabilidade das democracias recuperadas exhibe alarmante precariedade, em conseqüência, principalmente, da crise econômica que atravessam os países, dos condicionamentos de uma pesada dívida externa – na maioria dos casos ilegalmente contraída – e de políticas de ajuste extremamente opressivas que pesam sobre os setores populares.

O modelo emergente é o de uma sociedade 'dual', na qual coexistem pequenos grupos com salários cada vez mais altos e grupos, cada vez mais numerosos, com salários progressivamente mais baixos. Por isso, é possível afirmar que os setores menos favorecidos, os grupos discriminados, são, na realidade, a imensa maioria da população que se vê privada de serviços essenciais, que carece de moradia, que padece a precarização paulatina de seu trabalho, quando não o desemprego, que experimenta, dia-a-dia, a perda do valor aquisitivo de seu salário e que é vítima, periodicamente, de alguma epidemia fatal (...).²⁹

Do que até aqui se expôs, fica pouco mais que transparente que o século XX produziu um novo contexto histórico, no qual a nova dinâmica surgida pelo aperfeiçoamento

²⁹ O autor ainda chama a atenção para as conseqüências ambientais desse novo modelo de relações, valendo-se da lição de Pablo Bergel: “A humanidade se encontrou em um limite inesperado: a natureza não tem capacidade infinita, nem como provedora, nem como receptora de dejetos, nem como recicladora e produtora de vida. A continuar o atual modelo de produção e consumo de bens, o ecossistema se verá grave e irremediavelmente afetado e, com ele, a própria vida. Pior ainda: o atual modelo de produção/consumo, com fortes e crescentes restrições ambientais, conduz inevitavelmente a uma crescente concentração dos benefícios desta civilização, e também a uma crescente expulsão e marginalização da maioria da humanidade e de vastas regiões do planeta (...). Impõe-se, pois, uma mudança radical de valores e modelos de organização da vida em sociedade, de produção e consumo; trata-se de um requisito indispensável para a sobrevivência do planeta e da humanidade e de formas de organização igualitárias e democráticas. (...). Uma cultura mais humano-sócio-energética e menos extrativista, que não esgote, mas que reproduza a energia do meio ambiente, parece ser condição indispensável para alcançar uma convivência mais justa, mas democrática e mais racional. Por sua vez, uma cidadania plena, universal, que devolva aos marginalizados sua dignidade e o gozo de iguais direitos, será condição para impedir a devastação planetária e restabelecer um novo equilíbrio ecológico. Não se trata, então, nem de entrar no atual primeiro mundo, nem de entrincheirar-se no terceiro ou no quarto; trata-se de inventar um novo mundo.” (CÁRCOVA, 1996, p. 66-67)

das relações econômicas indiscutivelmente desencadeou, primeiramente, um processo de redimensionamento do espaço e esfera de atuação do Estado, do que decorreu a sensação de indefinição e incerteza quanto às lideranças e condução político-econômica, que atinge não uma determinada região ou bloco de países, mas todo o mundo.

Por outro lado – e com requintes de maior preocupação – essa guinada de rumos acarretou, como reflexo social, uma acentuação das desigualdades, com exclusão daqueles economicamente mais fracos dos benefícios da maior velocidade no deslocamento do capital, de molde a produzir cada vez mais riqueza para os que já são ricos e, de maneira inversa, agravar as condições dos grupos menos favorecidos.

Todas essas mudanças ocorridas no panorama mundial são inseridas pela doutrina no contexto da chamada pós-modernidade. Segundo Bittar (2005, p. 1-2),

A pós-modernidade, discutida menos como um anseio teórico ou um fetiche acadêmico e mais como um estado de coisas assumido, pois inevitável, presente e fortemente sentido pela sociedade, como um conjunto de mutações que vêm sendo provocadas em diversas dimensões, projetando-se em abalos marcantes sobre os conceitos modernos, sob o manto dos quais se conduzia a vida, se organizavam as instituições, se agia socialmente, se estruturavam os relacionamentos humanos, se concebiam as regras morais e jurídicas.

Desenhado o quadro fático, necessário se mostra investigar, nessa conjuntura, o papel do Direito e as instituições jurídicas como agentes dela integrantes. Nesse passo, não é demais lembrar que, por muito tempo, as preocupações jurídicas não tangenciavam aspectos sociais, estando focadas em questões metodológicas internas, bem como naquelas relativas ao seu caráter instrumental. Entretanto, mudanças se anunciam, como pontua, com sensibilidade ímpar, Cárcova (1996, p. 45):

As teses funcionais a respeito do Direito, é dizer, "aquelas que tentar dar conta de sua articulação com a estrutura social", mereceram, durante longo tempo, pouca atenção dos juristas. Em contrapartida, as chamadas teses estruturais, entendidas como aquelas que "estão centradas no caráter instrumental do direito e sua organização lógico-metodológica" alçaram maior desenvolvimento. (...)

Apesar disso, **nos últimos anos, essa situação se reverteu, e as perguntas relativas aos fins sociais do direito presidiram as principais investigações desenvolvidas pelos juristas teóricos. Basta assinalar, a título de exemplo, os ensaios sobre a problemática dos direitos humanos**

que começaram a ser produzidos entre pensadores provenientes do campo analítico. (grifo nosso)

Conclui, assim, o autor que “atualmente não se sustenta mais uma visão unidimensional do papel do direito e, de uma forma ou de outra, se reconhecem, também, funções que o associam com a mudança social” (CÁRCOVA, 1996, p 46).³⁰

As exigências contemporâneas derivadas da pós-modernidade, portanto, influenciam sobremaneira a realidade jurídicas e “Isso torna-se claro a partir de uma conjuntura de indícios que tornam inequívoca a invasão dessa nova tendência cultural, e, em sentido mais amplo, essa nova tendência humana, projetando-se por sobre as dimensões do fenômeno jurídico” (BITTAR, 2005, p. 2). Acresça-se a isso ainda, conforme pontua Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto (2009, p. 24), que os conflitos ganharam novas dimensões, o que demanda soluções mais efetivas, maior agilidade processual e um Poder Judiciário mais eficiente, dinâmico e participativo na tutela dos direitos fundamentais.

A juridicidade, inclusive, passou a ter relevância na definição dos rumos das ações políticas:

Durante as décadas de 60 e 70, o desenvolvimento da ação política esteve orientado, no jogo as grandes potências, pelo hiper-realismo da Guerra Fria, somente estabelecidos aos limites que o equilíbrio nuclear e o perigo de um holocausto lhe impunham. O jogo dos países não-hegemônicos, em contrapartida, orientou-se pelos impulsos revolucionários e pela dialética da violência armada. Em nenhum dos dois casos tal ação era mediada pela juridicidade, e o problema de sua justificação vinculava-se à legitimidade dos fins e à legitimidade dos meios.

Hoje, ao contrário, na base dos grandes conflitos políticos e no tipo de ações que eles implicam parece encontrar-se sempre uma discussão jurídica e, com ela, uma questão acerca da natureza, razoabilidade e admissibilidade de meios. (CÁRCOVA, 1996, p. 59-60)

Reconhecida a influência da pós-modernidade no Direito, nota-se que, sob o prisma social, o desafio revela-se substancial, à vista do quadro definido por Bittar (2005, p. 173-174), nos seguintes termos:

³⁰ Como, de resto, já se poderia inferir no último tópico do capítulo 1 da presente dissertação.

Passa-se a perceber, a partir da década de 1970, um crescimento abrupto das taxas de criminalidade, pobreza, diferenças sociais, crises e movimentos de trabalhadores, mobilizações e greves, guerrilhas civis, formas pelas quais a sociedade reage ao processo de sua complexização perante a cultura pós-moderna em ascensão.

A superação dos paradigmas da modernidade, portanto, trouxe consigo uma necessidade de adaptação do Poder Judiciário. Entretanto, além dos desafios enumerados no trecho acima transcrito, deve ser acrescida a advertência de Harvey (2007, p. 47), pela qual

Os sentimentos modernistas podem ter sido solapados, desconstituídos, superados ou ultrapassados, mas há pouca certeza quanto à coerência ou ao significado dos sistemas de pensamento que possam tê-los substituído. Essa incerteza torna peculiarmente difícil avaliar, interpretar e explicar a mudança que todos concordam ter ocorrido.

Desse modo,

Se o Direito pressupõe uma certa estabilização de valores majoritários ou consensuais, para que exerça seu *poder de escolha* de conteúdos normativos, a pergunta, num momento transitivo, acaba sendo: Quais os consensos possíveis num mundo em transformação? (...) **Diferentemente de como se concebia o direito como centro de especulações na ideologia burguesa e iluminista dos séculos XVIII e XIX, passa-se a concebê-lo, em meio a tantas transformações, permeável às novas demandas e adaptado aos novos atores sociais.** (BITTAR, 2005, p. 105, grifo nosso)

E um primeiro passo na tentativa de se adaptar à realidade contemporânea consiste em exatamente reconhecer a incompatibilidade de manutenção dos padrões e mentalidades do Estado Moderno. Nesse sentido é a lição de Bittar (2005, p. 175):

Percebe-se, neste contexto de crise, que o mundo é um projeto inacabado; a história é seu eixo de movimentação e realização. Em contínua construção e reconstrução de seus valores, a humanidade não pode prescindir de longos processos de maturação axiológica. **A ingenuidade das propostas da modernidade é ter acreditado que se tratava de respostas definitivas para os problemas humanos, e que o modelo de ciência cartesiano era suficiente para explicar e devassar a verdade das coisas.** O positivismo, por sua vez, exacerbou o raciocínio segundo o qual a evolução humana ter-se-ia dado pela superação das etapas mítica e da metafísica à era positiva, à era da ciência.

Desta forma se forjaram os principais paradigmas do Estado de direito e da dogmática jurídica durante o século XIX. Concebeu-se, neste sentido, uma experiência de um Estado legalista, que se movimenta a partir de uma imensa miríade de textos normativos, atos burocráticos, expedientes dispendiosos, mas que, vivenciando a crise contemporânea, é incapaz de conter os delitos mais banais, ou mesmo de dar efetividade a normas de importância social reconhecida. **Enquanto as normas e os atos administrativos, as portarias e os expedientes burocráticos se reproduzem, se multiplicam e se pluralizam, também os crimes, as atrocidades, as contradições sistêmicas, os atos abusivos, a corrupção aumentam sua participação na desconstituição do espaço de respeitabilidade do ordenamento jurídico.** (grifo nosso)

Nestes termos, conclui Bittar (2005, p. 176), em tom de advertência, que “os tradicionais paradigmas que serviram bem ao Estado de direito do século XIX não se encaixam mais para formar a peça articulada de que necessita o Estado contemporâneo para a execução de políticas públicas efetivas.”³¹

Apesar disso, a visão que se deve ter do presente momento histórico, caracterizado por uma verdadeira crise paradigmática, deve ser otimista, já que essa reversão de padrões consiste em um momento privilegiado de reflexão e reavaliação dos valores, bem como de “proporcionar mudanças estruturais no eixo sobre o qual se estruturavam as relações sociais e humanas, em sentido mais abrangente, ou ainda, um momento de ouvir vozes dissonantes e incorporar novas práticas ao sistema” (BITTAR, 2005, p. 178), na qual não deve ser olvidado o fato de que “a perspectiva pós-moderna vê uma pluralidade de reivindicações heterogêneas de conhecimento”, como muito bem esclarece Anthony Giddens (1991, p. 12).

³¹ Prossegue o autor seu raciocínio, explicando que, nessa conjuntura, “perdem a significação: a universalidade da lei, pois os atores sociais possuem características peculiares não divisíveis pela legislação abstrata; o princípio da objetividade do direito, que o torna formalmente isento de qualquer contaminação de forças políticas, quando se sabe que toda a legislação vem formulada na base de negociações políticas e partidárias; a idéia de contenção do arbítrio pela lei, fator em descrédito diante da ineficácia e da inefetividade das atitudes de combate à corrupção e às taxas elevadas de impunidade; a regra de igualdade perante a lei, como garantia da indistinção e do deferimento dos mesmos direitos a sujeitos igualmente capazes e produtivos no mercado, quando se sabe que as oportunidades são maiores para uns e menores para outros; a idéia de que a codificação representaria uma obra científico-legislativa, obra-prima do saber jurídico, com disciplina única e sistemática das matérias por ele versadas, insuscetíveis de lacunas e de erros, possibilitando exegese harmônica do sistema, quando se sabe que os códigos possuem o mesmo potencial de dissintonia com as mudanças sociais que os demais textos normativos; a tripartição clara das competências das esferas e das instâncias do poder como forma de manter o equilíbrio do Estado, o que na prática resulta em dissintonia entre as políticas legislativas, as políticas judiciárias e as políticas administrativas e governamentais, criando Estados simultâneos, orientados por valores desconexos (...); a garantia de direitos universais de primeira geração, como forma de expressar a proteção à pessoa humana, o que na prática ainda pouco se incorporou às realizações socioeconômicas; a garantia da existência da jurisdição como garantia de acesso a direitos, quando se sabe que, em verdade, a justiça se diferencia para ricos e pobres, pelos modos como se pratica e pelas deficiências reais de acesso que possui.” (BITTAR, 2005, p. 176-177)

Nesse sentido, quer parecer que a reflexão acerca do papel do Direito e do Poder Judiciário a ser desenvolvida nesse momento de redefinição de conceitos e valores passa necessariamente pela busca de medidas, atitudes e posturas que combatam o desprezo dos valores sociais e humanos provocado pelo fator econômico do capitalismo, com o sacrifício dos direitos mais básicos do cidadão.

Para isso, mostra-se fundamental o resgate do potencial humanizante contido na Constituição Federal de 1988 e – mais que isso – colocá-lo em prática, com o desenvolvimento de uma sensibilidade maior aos anseios de uma sociedade plural e padecedora das graves conseqüências da exclusão decorrente da atual mecânica global da repartição das riquezas. Significativas, nesse ponto, as palavras de Cambi (2003, p. 117):

Em uma época marcada pelo triunfo absoluto do capitalismo econômico, os direitos fundamentais e os valores mais caros à dignidade humana, ainda que estejam previsto no texto constitucional, são cada vez mais desprezados; o sacrifício desses direitos é justificado por cálculos monetários e razões de governo, que sensibilizam alguns juízes induzidos pelo recorrente medo da “falência do Estado”. O temor de esta permanente crise vir a piorar cede espaço para a construção de um Direito submisso aos cânones da Economia, nem sempre marcados por um mínimo de preocupações éticas, o que acaba por reduzir o instrumental jurídico a uma mera técnica voltada a legitimar um programa de governo, que sempre refém de forças econômicas hegemônicas movidas pelo capital estrangeiro. Com efeito, ignora-se o potencial humanizante contido na Constituição, modificando-se o *critério hierárquico* da aplicação do Direito, que deixa de ser o zelo pela pessoa humana. (grifo do autor)³²

Além disso, tal postura, segundo o autor, nada mais representaria que uma verdadeira cegueira, disfarçada de neutralidade axiológica (CAMBI, 2003, p. 117), o que é, consoante já destacado, incompatível com o que se espera do Direito nessa época contemporânea.

Assim, diante do processo de concentração de rendas provocado pela globalização e o desinteresse das forças econômicas na efetivação de direitos fundamentais ínsitos à dignidade do ser humano e na construção de uma sociedade mais igualitária e incluyente, cabe ao Poder Judiciário uma atuação que tenha por norte exatamente o potencial humanizante da Constituição, sem se olvidar da premente necessidade de efetivação dos direitos fundamentais. Aliás, sobre o uso do poder e a globalização, adverte Giddens (1991, p.

³² A esse respeito, Giddens (1991, p. 165) observa que o crescimento econômico continuado não valeria a pena, sem que se melhorasse ativamente a qualidade de vida da maioria.

161-162) que “o poder, em seu sentido amplo, é um meio de conseguir que as coisas sejam feitas. Numa situação de globalização acelerada, procurar maximizar a oportunidade e minimizar os riscos de alta-consequência requer o uso coordenado do poder.”

Admitida essa premissa, um próximo passo que se anuncia é a perquirição acerca da legitimidade do Poder Judiciário para agir diante dessa nova conjuntura pós-moderna e temperada pela globalização, bem como se verificar, com lentes mais aguçadas, quais seriam os desafios e exigências que se apresentam.

3.2 A legitimação da jurisdição no regime democrático

Em síntese precisa, Nicola Picardi (2008, p. 1-2) assim relata a vocação dos tempos atuais para a jurisdição:

No início do século XIX, Friedrich K. von Savigny, com uma feliz expressão, falou de “vocação” do seu tempo para a legislação e a ciência jurídica. No século XX, ao fim dos anos trinta, Mariano D’Amelio retoma tal expressão em um conhecido ensaio sobre a vocação do século XX para a codificação; mas, ao fim dos anos setenta Natalino Irti falará da época da decodificação. Ao início do século XXI a situação parece enfim diferente e mais complexa. Poderíamos sintetizá-la falando de vocação do nosso tempo para a jurisdição e a doutrina jurídica. (...)

Com efeito, hoje se verifica um estado de ânimo tendente a revalorizar o momento jurisprudencial do direito. Constitui convicção difundida que a tarefa de adequar o direito à realidade histórico-social pertença também ao juiz, e não faltou quem, seja embora sob diversos matizes, tenha considerado a sua obra como fonte concorrente e instrumental de produção jurídica.

Realmente, verifica-se, na atualidade, o incremento do papel do Judiciário, assim como cada vez mais lhe são depositados os anseios e esperanças daqueles que procuram fazer valer seus direitos, o que é estimulado, de certa forma, pelo descrédito nos poderes Executivo e Legislativo em razão dos escândalos de diversas ordens que têm eclodido com relativa frequência no âmbito de ambos, somados às deficiências e dificuldades que esses dois poderes vêm apresentando no desempenho das funções que lhes tocam. Nesse sentido, explica Cabral (2009, p. 14) que

A insegurança e a incompreensão ocasionadas por uma produção legislativa sem precedentes, aliadas a uma exigência crescente de ações negativas e positivas do Poder Executivo no respeito às liberdades públicas e na concretização de um extenso rol de direitos sociais, culturais e econômicos, têm provocado um crescimento vertiginoso da demanda do Poder Judiciário.

Com base nas lições do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, o autor acrescenta ainda que as reformas constitucionais recentes remodelaram a noção de cidadania, no sentido de ser-lhe exigido um exercício consciente, traduzida na obrigação de fiscalizar com maior rigor o exercício do poder, mesmo porque esse mesmo poder existe em razão do cidadão e para satisfazer suas necessidades. Essa fiscalização, por seu turno, se exerce por meio da ação do Poder Judiciário e da tomada das medidas legais cabíveis, finalidade esta que é objeto das reformas constitucionais contemporâneas (CABRAL, 2009, p. 14).³³

Aliado a isso, a consagração e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais também fez com que o papel da jurisdição assumisse maior relevo, o que legitimou, segundo Barroso (2002, p. 281), uma ampliação de seus poderes:

Ao longo dos últimos anos, o Poder Judiciário, como intérprete qualificado da Constituição e das leis, tem desempenhado papel de maior destaque do que tradicionalmente lhe cabia. A positivação da regra que consagra a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais serve como suporte de legitimidade para a ampliação de seus poderes.

A admissão dessa premissa, contudo, não escapa ao questionamento acerca da legitimidade do próprio Poder Judiciário à luz do regime democrático adotado pelo Brasil, calcado na idéia de que faltaria a esse poder a devida representatividade, quando comparado aos demais poderes cujos postos são providos por meio de eleição direta pelo povo.

Essa postura, por sua vez, não passa de um equívoco inicial bastante comum, provocado pelo desconhecimento das duas formas de legitimação democrática concebidas constitucionalmente, assim definidas por Luiz Flávio Gomes (1997, p. 120):

³³ Interessante pesquisa, coordenada por Maria Tereza Sadek, é citada por Cabral (2009, p. 15), na qual resta demonstrado ser o crescimento da procura pelo Poder Judiciário um reflexo da desigualdade da sociedade brasileira quanto à acessibilidade a bens e serviços. Os dados relativos ao IDH no período de 1990 a 1998 indicam alguma melhoria no que se refere à esperança de vida, à educação e à renda, já que passou de 0,7804 em 1990 para 0,8345 em 1998. A melhora nesses índices, por sua vez, possui correlação positiva com o aumento no número de processos ajuizado, o que permite dizer que aumentos nos níveis de escolaridade, renda e na longevidade contribuem para o aumento da demanda dos serviços judiciários.

Há um grande equívoco na afirmação de que a jurisdição não conta com respaldo democrático. O Poder Constituinte (soberano) concebeu duas formas de legitimação democrática: a *representativa* (típica dos altos cargos políticos) e a *legal* (inerente à função jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juízes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa. Aquela reside na vinculação do juiz à lei e à Constituição, que são elaboradas pelo Poder Político. Esta reside na eleição direta pelo povo dos seus representantes que ocuparão os principais postos políticos. (grifo do autor)

Alerte-se, ainda, acerca da inexistência de hierarquia ou sobreposição entre essa duas formas de legitimação:

A legitimação política, só porque é representativa, não significa que é mais importante ou goze de maior hierarquia perante a legitimação judicial (formal ou legal): ambas as modalidades de legitimação foram concebidas pelo Poder Constituinte e estão previstas na Constituição; ambas estão no mesmo pé de igualdade. (GOMES, 1997, p. 122)

No modelo previsto pela Constituição Federal de 1988, o exercício da jurisdição, com exceção da regra do quinto constitucional, é entregue aqueles que logram aprovação em concurso público. Essa sistemática do concurso, por seu turno, também goza de respaldo democrático, como esclarece José Renato Nalini (2008, p. 342-343):

A forma natural de ingresso à magistratura é o concurso público, opção constitucional de fisionomia a um tempo democrática e aristocrática para provimento de funções estatais. A face democrática reside na amplitude do acesso, aberto a todos os bacharéis em ciências jurídicas, e a aristocrática está no mérito comprovado de quem vier a demonstrar conhecimento e lograr aprovação.

O concurso público é forma legítima de seleção de juízes³⁴, pois a democracia não se resume ao exercício do sufrágio. Além da seleção resultante da vontade constituinte, legitima-se continuamente o juiz brasileiro ao fundamentar sua decisão e ao cumprir sua missão de concretizador das mensagens normativas contidas na Carta Política e de garante das demais promessas do constituinte.

³⁴ Embora reconheça a legitimidade democrática do concurso como forma de ingresso na magistratura, José Renato Nalini é crítico em relação ao modo pelo qual essa sistemática é praticada no Brasil, afirmando que se priorizou a memorização de textos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais ao invés de se aferir a aptidão, a vocação, o senso de justiça e a postura ética do candidato, que seria, a seu ver, mais relevantes que o domínio da cultura técnico-jurídica. A respeito, veja-se o capítulo III, da obra “A Rebelião da Toga”.

Essa lição permite ainda concluir que a legitimação da jurisdição tem caráter contínuo, à medida que lhe é exigido constantemente a fundamentação das decisões e a concretização dos preceitos constitucionais, dentre os quais, conforme se destacou em tópicos anteriores, merece especial destaque os direitos fundamentais.

Com apoio nas idéias de Luigi Ferrajoli, Gomes (1997, p. 120) identifica duas fontes de legitimação democrática do Poder Judiciário, afirmando, também, que tem ela caráter substancial traduzido no dever de tutelar os direitos fundamentais:

Como diz Ferrajoli: “a legitimação democrática do Poder Judiciário é estruturalmente diversa da dos demais poderes do Estado, não tendo nada que ver com a opinião da maioria”. As fontes de legitimação do Poder Judiciário, acrescenta o autor citado, são essencialmente duas: 1. *legitimação formal*, que fica assegurada pelo princípio da estrita legalidade (sobretudo penal) e da sujeição do juiz somente à lei;³⁵ 2. ***legitimação substancial, que consiste na função e capacidade da jurisdição de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos. Na sujeição do juiz à Constituição e no seu papel de “garante” dos direitos fundamentais está o principal fundamento da jurisdição democrática da jurisdição (...).*** (grifo nosso)

Com isso, para que a legitimação do juiz reste configurada, deve ele “procurar extrair das leis seu sentido de acordo com os valores da própria lei e da Constituição, não de acordo com os valores que ele gostaria que estivessem refletidos em uma ou outra”³⁶ (GOMES, 1997, p. 123).

Dessa forma, sobre a legitimação democrática de que deve revestir-se o exercício da jurisdição, pode-se afirmar que ela “deve ser orientada pelos princípios e valores que a soberania nacional considera como fundamentais”, de forma que essa legitimidade democrática será identificada nas decisões judiciais quando encontrarem elas ressonância “nas aspirações da comunidade” e “plasmadas no ordenamento constitucional e legal” (PINTO, 2009, p. 22).

No mesmo sentido é a opinião de Leal (2007, p. 102), para quem que “a busca pela legitimidade democrática da jurisdição não pode vir desconectada do aspecto

³⁵ Mais adiante, ao desenvolver sua idéia, Luiz Flávio Gomes observa que essa vinculação do juiz à lei demanda, para sanar eventuais incompletudes e pontos insatisfatórios do texto legal, uma atividade de “polimento” mediante uma interpretação razoável, a fim de afastar sua rigidez e proceder sua adequação às concepções e circunstâncias do caso. Afirma também que o juiz pode deixar de aplicá-la na hipótese de chocar-se com a Constituição (GOMES, 1997, p. 121).

³⁶ Ainda segundo o autor, essa postura afastaria a possibilidade do uso alternativo do Direito, caso seja entendido no sentido de que o juiz estaria desvinculado da lei (GOMES, 1997, p. 123).

material”, de forma que, para que a atividade jurisdicional seja considerada legítima, imperioso se mostra que ela potencialmente afete a realidade social nela irradiando os efeitos dos mandamentos constitucionais que albergam os direitos fundamentais.

Sintonizada com as carências sociais e com o conteúdo axiológico da Constituição Federal de 1988, é a opinião de Cambi (2003, p. 117), para quem

O Direito, para legitimar-se socialmente, deve estar conectado com a realidade vivida. Deve estar aderente, em nosso país, aos anseios de sua população, que é miserável, em todos os níveis (econômico, cultural, político etc.). Dessa maneira, a “melhor interpretação” dos pressupostos ideológicos do Direito é aquela que concretiza de modo mais eficiente a carga humanizante contida nas regras, princípios e valores que permeiam o nosso sistema jurídico.

A afinação e relevância que deve ser conferida às necessidades sociais e à concretização dos valores consagrados juridicamente não podem, no desempenho da função jurisdicional, ceder diante das forças econômicas da globalização, cujos efeitos excludentes já foram, de resto, abordados no tópico anterior.

Para Jônatas Luiz Moreira de Paula (2002, p. 57), a atividade jurisdicional legitima-se a partir da realização dos fins prescritos no art. 3.º, da Constituição Federal.³⁷ Esse dispositivo, por sua vez, recebeu interessante comentário de José Afonso da Silva (1993, p. 93), dado seu ineditismo na história constitucional brasileira:

é a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, o que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.

³⁷ Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento social nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Desenvolvendo seu raciocínio, Moreira de Paula (2002, p. 61) afirma que “Essas questões – de nítido caráter social – devem direcionar o direito processual e a atividade jurisdicional para a justiça social e com isso legitimar o exercício do ofício jurisdicional”.

E arremata dizendo que:

ao Estado, não cabe apenas um programa de ação e legislação sobre política social; cabe, sobretudo, a eficácia desses programas. Por isso, ante a falha do Poder Executivo (ausência de ação) e a falha do Poder Legislativo (ausência de legislação), resta a atividade do Poder Judiciário para conferir eficácia forçada à política social determinada no artigo 3.º, da CF.³⁸ (MOREIRA DE PAULA, 2002, p. 62)

Essa visão mais voltada à substância do que à forma importa em verdadeiro compromisso de realização dos objetivos constitucionais, dentre os quais, evidentemente, estão incluídos os direitos fundamentais, em razão da nítida afinidade entre aludidos direitos e as prescrições constantes do art. 3.º, da Constituição Federal. É, portanto, o atingimento desses objetivos sociais que legitima a ordem jurídica a própria atividade jurisdicional:

ao elencar os objetivos a serem alcançados na Carta Magna, o Estado brasileiro assumiu o compromisso político-constitucional da realização de tais objetivos como forma de legitimação de toda a ordem jurídica que se institui mediante a Constituição Federal e que se institui infra-constitucionalmente. É (ou seria) a legitimação da ordem jurídica e da própria atividade jurisdicional mediante os fins sociais a serem alcançados. (MOREIRA DE PAULA, 2002, p. 69)

Definido esse rumo, importante questão que se coloca diz respeito à efetividade da jurisdição enquanto poder estatal responsável por fazer incidir, na realidade empírica, os direitos fundamentais e os desafios que devem ser superados na busca dessa efetividade, o que será discutido adiante.

³⁸ A possibilidade de o Poder Judiciário suprir, via atividade jurisdicional, as falhas e omissões executivas e legislativas será mais bem explorada no item 3.5 da presente dissertação, inclusive sob a óptica da teoria da tripartição dos poderes.

3.3 A efetividade da jurisdição: exigência e desafios

Nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci (1997, p. 63), mais que as construções de cunho meramente teórico, atualmente a moderna ciência processual tem, como uma de suas principais preocupações, a temática da efetividade do processo e o despertar de uma nova consciência acerca de sua função instrumental:

Relegando a um plano secundário as construções de cunho teórico, que tanta relevância ostentaram até bem pouco tempo, os processualistas passaram a preocupar-se com um valor fundamental, ínsito à tutela dos direitos, qual seja, a imprescindibilidade da *efetividade* do processo, enquanto instrumento de realização da justiça.

Como adverte, a propósito, Barbosa Moreira, “toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira *efetiva* o papel que lhe toca.” (grifo do autor)

Para Dinamarco (2001, p. 836):

Todo esse discurso sobre os *resultados úteis* a serem produzidos em juízo segundo os ditames do direito objetivo material e mediante as técnicas do processo constitui projeção da idéia-maior que é a predisposição do direito processual moderno à efetiva realização da justiça, pacificando os litigantes. Tal é a *efetividade do processo*, que não se obtém com a simples emissão de provimentos jurisdicionais, mas com a cabal influência na vida das pessoas. (grifo do autor)

Essa necessidade de efetiva transformação na vida do jurisdicionado, por sua vez, deve ser cotejada com a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e com o aspecto material de legitimação da jurisdição, do que resulta a idéia de que a efetividade da jurisdição trilha o mesmo caminho da concretização dos direitos fundamentais, o que força uma necessária aproximação entre o exercício da atividade jurisdicional e esse resultado prático no seio social.

Destacando a visibilidade alcançada pelo Poder Judiciário recentemente, José Eduardo Faria (2005, p. 52) assinala a necessidade de adaptações, para que a atividade

jurisdicional afine-se com a conjuntura social e suas condições, que exigem cada vez mais aprimoramento na prestação da tutela jurisdicional:

Por causa de suas decisões mais recentes, exigindo do Executivo o respeito estrito à ordem constitucional em nome da certeza jurídica e da segurança do direito, o Judiciário alcançou grande visibilidade nestes últimos tempos. No entanto, apesar de seu empenho em resguardar valores tradicionalmente garantidos desde o advento do constitucionalismo moderno, esse poder também vem enfrentando o dilema de adaptar sua estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e suas jurisprudências às situações inéditas no âmbito de uma sociedade urbano-industrial profundamente estigmatizada pelas contradições econômicas, pelos antagonismos sociais e pelos paradoxos políticos; uma sociedade cujos conflitos cada vez mais exigem, dos legisladores e dos magistrados, tutelas diferenciadas, novos direitos sociais e a proteção de interesses difusos, fragmentados ou coletivos.

É de se ressaltar, nesse passo, o reclamo cada vez mais intenso de segmentos sociais mais afetados negativamente pelos efeitos da globalização e que foram tradicionalmente alijados do Poder Judiciário. Esses grupos passaram a ter maior acesso aos tribunais e às ferramentas processuais existentes, o que fez surgir para a jurisdição a obrigação de dar respostas a problemas que não lhe eram familiares, cuja solução exige o trato dos princípios constitucionais. Com isso, a obtenção da efetividade ganha novos contornos, que destacam exatamente a necessidade de se fazer surtir, para essa camada social beneficiada pelo maior acesso à justiça, os efeitos dos direitos fundamentais:

Desde que grupos sociais tradicionalmente alijados do acesso à Justiça descobriram os caminhos dos tribunais, orientando-se por expectativas dificilmente amoldáveis às rotinas judiciais, utilizando de modo inventivo os recursos processuais e explorando todas as possibilidades hermenêuticas propiciadas por normas de “textura aberta”, como as normas-objetivo, as normas programáticas e as normas que as caracterizam por conceitos indeterminados, o Judiciário se viu obrigado a dar respostas para demandas para as quais não tem nem experiência acumulada nem jurisprudência firmada. (FARIA, 2005, p. 52-53)

Para Faria (2005, p. 67), o momento exige reflexão, que deve ser pautada pela racionalidade e sem se descuidar dos princípios de justiça e por uma maior abertura à diversidade típica da realidade:

Neste momento de renovação organizacional, processual e funcional do Poder Judiciário, respondendo às profundas mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais de uma sociedade heterogênea, complexa e contraditória, é importante que os magistrados transformadores não cometam um equívoco semelhante, escolhendo mal as coisas que desejam destruir e substituir. O momento exige atitudes inteligentes – e uma delas, condição necessária porém não suficiente para que a Justiça readquira credibilidade e legitimidade, resgatando suas funções sociais, é o diálogo substantivo sem idiosincrasias e preconceitos. Um diálogo forjado a partir de uma racionalidade comunicativa capaz de fluir com base na força do melhor argumento, na dimensão do tríptico respeito à verdade factual, aos princípios mais elementares de justiça social e às convicções doutrinárias.

A obtenção de efetividade da jurisdição, portanto, exige o enfrentamento dessa nova realidade social, além de maior habilidade no trato dos princípios constitucionais, que são as estruturas normativas cuja aplicação constitui a solução dos novos conflitos e situações postas à apreciação judicial.

Nalini, por sua vez, arrola três espécies de desafios a serem enfrentados, quais sejam, os desafios materiais, os desafios filosóficos e o desafio de promover a inclusão social no caminho para a efetividade da prestação jurisdicional. Os primeiros são assim descritos pelo autor:

O juiz brasileiro enfrenta desafios materiais muito consistentes e pouco explorados na fase de preparação para o concurso. Dentre ele, a mitologia da carreira judicial, o acúmulo de processos e o excesso de atribuições, o arcaísmo, a falta de canais de comunicação, tudo a tornar a Magistratura uma carreira em que os critérios do capitalismo selvagem ou da *lex mercatoria* poderiam considerar destituída de especial atrativo.

A mitologia da carreira de juiz o configura como ser demiúrgico e pouco acessível. Perfil calcado no arcaísmo tradicional reprodutor de uma aura incompatível com a modernidade, contribui para distanciar o magistrado da comunidade e para intensificar posturas inadmissíveis numa sociedade democrática. (NALINI, 2008, p. 343-344)

E continua Nalini (2008, p. 344):

Um juiz, no Brasil, não é apenas solucionador de conflitos, mas administrador, gestor de recursos, superior hierárquico, fiscalizador, assistente social, psicólogo, profissional de relações públicas e estimulador de ações comunitárias direcionadas à solução das mais diferentes questões. Tudo isso, sem adequado e prévio aprendizado técnico, mas entregue ao talento e ao aleatório empenho de cada indivíduo.

O desconhecimento da realidade da carreira de juiz pode representar um risco para o Estado de Direito, pois a reação de cada pessoa a esse universo ignorado pode variar, desde a burocratização da magistratura, ao comprometimento da higidez psicológica de seus integrantes, com reflexos na outorga da prestação jurisdicional.

Fundamental, dessa maneira, para que esse primeiro desafio seja superado a contento, uma desconstrução da visão tradicionalmente havida da carreira da magistratura, procurando-se inserir cada vez mais o juiz no contexto social em que exerce a função judicante, até porque, conforme já ressaltado, ela é a destinatária desse ofício, além de o conhecimento de suas peculiaridades e características ser componente indispensável para o exercício da jurisdição em consonância com os perfis e exigências constitucionais.

Demais disso, forçoso reconhecer que o exercício da jurisdição não se dá de maneira auto-suficiente, carecendo do respaldo de outras áreas do conhecimento. Uma base mínima desses outros saberes, assim como um aparato profissional multidisciplinar para o fornecimento de dados e informações relevantes para a definição da melhor solução para o caso posto a deslinde judicial, revelam-se medidas de grande valia para a efetividade da jurisdição, haja vista os cristalinos reflexos daqueles primeiros nesta última.

Já os desafios filosóficos, a seu turno, encerram os seguintes questionamentos a exigirem respostas a bem da efetividade da prestação jurisdicional:

Parcela considerável dos conflitos da sociedade contemporânea é atribuída ao abandono dos valores e da reflexão filosófica. O juiz, fruto dessa sociedade esgarçada, sofre também os efeitos da ausência de aprofundamento das grandes questões postas à sua apreciação e com as quais não teve experiência. Em virtude disso, não consegue apreendê-las com exatidão, o que representa óbice ao julgamento apropriado.

A procura de justiça é o objetivo primordial do Direito e o juiz existe para propiciar o justo concreto. A equivalência entre direito justo e lei nunca esteve tão questionada como hoje, quando o Parlamento já não é o elaborador das relações necessárias extraídas da natureza das coisas. Encontrar o parâmetro do justo na prolífica produção normativa é desafio filosófico – não dos menores – posto ao juiz brasileiro. (NALINI, 2008, p. 344)

Nessa perspectiva, o resgate de valores e o questionamento constante a respeito da harmonização entre o teor da lei e o conteúdo axiológico norteador do

ordenamento jurídico contido na Constituição Federal de 1988, mostra-se como uma proposta para a superação e solução adequada dos conflitos sociais examinados pela jurisdição.

Isso se diz porque a obtenção do justo no caso concreto não pode ser alcançada mediante uma aplicação da letra da lei desconectada com aqueles princípios tidos como vetores o objetivos do Estado brasileiro, de forma que a perquirição e reflexão a respeito deles é postura que deve caracterizar o proceder daqueles que desempenham a atividade jurisdicional.

Por último e não menos importante, surge o desafio da jurisdição de promover a inclusão social. Nele, a concretização dos valores constitucionais deve ser feita de tal maneira que não beneficie tão apenas uma parte da população; ao contrário, a jurisdição deve ser capaz de promover um alargamento do diâmetro das camadas sociais que recebam os efeitos da materialização dos direitos fundamentais e, com isso, diminuir os abismos de desigualdade e exclusão que permeiam a sociedade brasileira.

Nas palavras de Nalini (2008, p. 345):

Ser agente estatal de um Estado-nação incapaz de resolver os problemas da exclusão – ou da não inclusão – e reconhecer-se garantidor dos bens da vida de uma reduzida parcela da população precisa trazer desconforto à consciência do juiz brasileiro.

Do juiz se espera uma reação ampliativa da faixa dos jurisdicionáveis, a limites razoáveis, sob pena de ser um perpetuador de situações de iniquidade e de servir como símbolo inócuo, sem relevância na edificação da sociedade justa, fraterna e solidária, prometida à nação pelo constituinte de 1988.

Nesse passo, devem ser ponderados, de um lado, “a implementação de investimentos em fatores que tragam competitividade internacional” e, de outro, “investimentos sociais, que garantam o exercício da cidadania e uma cultura de direitos humanos” (PINTO, 2009, p. 28), de forma que

O grande desafio da humanidade no século XXI está em desenvolver estratégias que garantam a sustentabilidade requerida, seja no âmbito social, econômico, jurídico, ecológico e cultural, a fim de resguardar os direitos de cidadania e obter justiça social. (PINTO, 2009, p. 28)

Além disso, na promoção da inclusão social deve ser considerado o aspecto plural caracterizado pela sobreposição, articulação e interpretação de diferentes espaços jurídicos nos quais a jurisdição deverá transitar e produzir efeitos:

O Estado brasileiro é eloquente exemplo de convivência de ambigüidades e isso interfere na administração da Justiça, pois julgar é apreciar valores. Pressentir, no caso concreto, qual o valor a ser prestigiado, e fazê-lo motivadamente, é tarefa reclamada ao consciente aplicador da lei. (...)

Treinado a exercer o monopólio da realização do justo, o juiz pós-moderno terá de aprender a conviver com o pluralismo jurídico, assim entendida a sobreposição, articulação e interpretação de vários espaços jurídicos, nos quais a dicção do Direito terá de ser compartilhada, desde que se pretenda fazer subsistir com dignidade o equipamento estatal encarregado de administrar a Justiça. (NALINI, 2008, p. 345-346)

E complementa Pinto (2009, p. 30), dizendo ainda que:

Verifica-se que, de um lado, há o direito instituído formalmente e, de outro, a normatividade que emerge das condições sociais, o que leva à necessidade de novas condições sociais e teóricas para orientar a cognição do Direito e a atuação de seus operadores. Percebe-se a emergência de novos movimentos sociais e de novos sujeitos de direito neles constituídos, em decorrência do surgimento de novos conflitos e a ocorrência de um efetivo pluralismo jurídico.

A busca pela efetividade, portanto, deve ser bandeira a ser empunhada pela jurisdição nos tempos atuais. Nessa trilha, cada caso concreto apresentado deve representar um campo no qual os valores adotados pela Constituição Federal devem ser refletidos, e, para tanto, esforços de diversas ordens devem ser empreendidos a fim de superar todos os desafios que se apresentam, os quais, longe de constituírem fatores que provoquem desânimo e esmorecimento, devem ser encarados como obstáculos a serem transpostos até mesmo por imperativo constitucional e, acima de tudo, como uma exigência da evolução da sociedade e do Poder Judiciário brasileiro nessa época pós-moderna.

3.3.1 Os instrumentos processuais na luta pela efetividade da jurisdição: novas linhas para seu manejo

Lembra Barroso (2002, p. 279) que a efetividade das normas constitucionais depende de ter seu cumprimento assegurado por meios de tutela adequados.³⁹ Dessa forma, na tão propalada efetividade da jurisdição e, por via reflexa, dos direitos fundamentais, os institutos processuais desempenham papel de destaque, assim como a sua respectiva utilização, que deve voltar-se para esse escopo.

Canotilho (s. d., p. 491) destaca a importância das normas disciplinadoras das regras processuais como vias pelas quais é assegurada a proteção jurisdicional, frisando que essas regras devem ser concebidas e manejadas de maneira a não criar embaraços, nem prezar o formalismo em demasia:

As normas – constitucionais, internacionais e legais – garantidoras da abertura da via judiciária devem assegurar a eficácia da proteção jurisdicional. (...) Como conteúdo constitucional e internacional mínimo, exige-se que a proteção jurisdicional não fique aniquilada em virtude da inexistência de uma determinação legal da via judicial adequada. Além deste conteúdo mínimo, é de questionar se bastará o facto de a lei assegurar, de qualquer forma, mesmo vaga e imprecisa, a abertura da via judiciária. Se a determinação dos caminhos judiciais for de tal modo confusa (ex.: através de reenvios sucessivos de competências) que o particular se sinta tão desprotegido como se não houvesse via judiciária nenhuma, haverá violação do princípio do Estado de direito e do direito fundamental de acesso ao direito e à via judiciária.

A imposição de clareza na concretização legal do direito de acesso aos tribunais não significa a necessidade da adopção da forma processual mais simples nem desvincula o particular do seu dever de informação quanto às possibilidades de acesso à via jurisdicional. Pressupõe, porém, que a determinação legal da via judiciária adequada não se traduza, na prática, num jogo formal sistematicamente reconduzível à existência de formalidades e pressupostos processuais cuja "desatenção" pelos particulares implica a "perda automática das causas."

³⁹ Além de não conterem promessas irrealizáveis e permitirem a pronta identificação da posição jurídica do jurisdicionado (BARROSO, 2002, p. 279).

No ordenamento processual brasileiro, pode ser verificada uma evolução, principalmente quanto ao processo civil, em que a busca da efetividade tem sido a bandeira empunhada em todas as ondas reformistas, conforme anota Rocha (2007, p. 39-40):

A estrutura do processo civil brasileiro vem sendo, ao longo do tempo, alterada, com a finalidade de se prestar uma tutela jurisdicional efetiva; primeiramente, observou-se, com a edição do CPC de 1973, a criação, no ordenamento jurídico brasileiro, da tutela cautelar, que tem como finalidade primeira o afastamento do perigo da demora que, uma vez presente, põe em risco a eficácia da jurisdição.

Depois, viu-se o surgimento da tutela antecipada, que ingressou no ordenamento jurídico processual brasileiro com o fim de aprimorar o uso da tutela cautelar e de atender de modo específico, àquelas hipóteses em que a verossimilhança da alegação é visível e a tutela específica é imperiosa.

Mais recentemente, ocorreram várias alterações no Processo de Execução, e em todas elas o fim almejado pelo legislador é a efetividade da jurisdição; nota-se, portanto, que a questão da eficácia da função jurisdicional é pauta do dia na doutrina processual civil brasileira e que o legislador está atendendo, na medida do possível, às reclamações dos *consumidores* da jurisdição. (grifo do autor)

Assevera ainda Cruz e Tucci (1997, p. 63), com base nas idéias de Cândido Rangel Dinamarco, que ao processo devem ser conferidos mecanismos capazes de assegurar o cumprimento de sua missão institucional, sob pena de ser considerado uma “fonte perene de decepções.”

E isso assume efetiva potencialidade, ao se incorrer no equívoco de se calcar a ciência processual em “conceitos que, não raro, não encontram respaldo na dinâmica da vida” (CAMBI, 2002, p. 120).

Com propriedade assevera Horácio Wanderlei Rodrigues (2005, p. 283) a importância das ferramentas processuais para que seja possível o acesso à justiça:

Como se sabe o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário. Mas, se de um lado se deve ter o cuidado de não reduzi-lo à criação de mecanismos processuais e seus problemas aos existentes nesse âmbito, de outro lado não se pode omitir a importâncias dos instrumentos processuais para que esse acesso seja efetivo.

Uma vez admitida a importância dos institutos processuais, não se pode deixar de mencionar que o bom desempenho de seu papel na efetivação da jurisdição também

condiciona-se à sua correta compreensão e utilização, as quais, de igual maneira, devem ser balizadas pela idéia de concretização dos direitos fundamentais na realidade social. Nesse sentido é a lição de Cambi (2002, p. 120), para quem essa atividade de administração da justiça deve ocupar primazia sobre a pureza e a cientificidade do processo:

Os dispositivos processuais devem ser compreendidos à luz da realidade social para as quais foram predispostos, o que impõe ao processualista a aos operadores jurídicos deixar de lado a pureza e a cientificidade de sua disciplina para se ocupar dos problemas da administração da justiça.

Assim é que “o grande obstáculo ao acesso à justiça brasileira não é tanto a falta de regras processuais adequadas, mas a ausência de efetividade das que já existem” (CAMBI, 2002, p. 121).

A par dos instrumentos processuais, contudo, necessário se mostra que seu manejo seja realizado em sintonia com a nova perspectiva que se espera da função jurisdicional, de maior atividade e criatividade.

Nesse passo, merece destaque a postura de alguns Tribunais e Juízos brasileiros em relação ao instituto da antecipação de tutela, previsto no art. 273, do Código de Processo Civil⁴⁰, que, dentre outros requisitos, exige o prévio requerimento da parte para que a antecipação dos efeitos da tutela seja concedida. Apesar da literalidade da disposição, decisões podem ser encontradas em que a referida concessão efetua-se de ofício, proferidas em casos onde são constatados os requisitos autorizadores da medida, bem como a excepcionalidade da situação concreta, em que direitos fundamentais e a dignidade humana poderiam ser lesados.

Adotando essa postura, pode ser mencionado o Tribunal Regional Federal da 3.^a Região, que assim procede notadamente em causas em que são postulados benefícios previdenciários, nas quais a situação de excepcionalidade e grave risco de violação de direitos

⁴⁰ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

fundamentais revela-se mais palpitante e com maior frequência⁴¹, assim como em algumas decisões proferidas na Justiça do Trabalho⁴² e na Justiça Estadual.⁴³

Inegável, pois, que os institutos processuais são de importância ímpar para a concretização de direitos, notadamente os fundamentais, e o ordenamento processual brasileiro conta com um ferramental relativamente satisfatório a tanto. É a forma de utilização desses instrumentos pelo poder jurisdicional que conferirá a efetividade esperada dos direitos e anseada com as reformas e inovações processuais levadas a efeito legislativamente, o que traduz-se, em última análise, em um exemplo de postura mais ativa do juiz que é defendida no presente trabalho.

Nesse sentido, Rocha (2007, p. 40) chama a atenção para uma necessária mudança na mentalidade dos componentes do Poder Judiciário, para que redefinam seu proceder diante das inovações processuais trazidas pelas alterações legislativas:

Um ponto que se deve colocar no exame desse tema diz respeito à mentalidade dos Magistrados, cabendo essa indagação: com o aumento dos poderes que o ordenamento jurídico atualmente lhes confere, já não seria possível uma maior rapidez na prestação da tutela judicial. O que se observa no funcionamento diário do Poder Judiciário é que já existem amplos poderes conferidos aos Juízes, hábeis para efetivar, em grande medida, as decisões judiciais.

Sem dúvida, a mudança deve ser operada ideologicamente, entretanto **não serão suficientes as alterações legislativas que vêm sendo aprovadas se,**

⁴¹ No âmbito do Tribunal Regional Federal da 3.^a Região é pacífico esse entendimento, sendo fartas as decisões que concedem de ofício a antecipação dos efeitos da tutela, em sede recursal. Veja-se, a título de exemplo, o seguinte julgado: “BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3.^a Região. Previdenciário. Aposentadoria por idade. Rurícola. Preliminar de nulidade da sentença. Início de prova material corroborada por prova testemunhal. Inexigibilidade da comprovação de recolhimento de contribuições. Honorários advocatícios. Custas processuais. Tutela antecipada.

(...)

7 – Tutela antecipada concedida de ofício, para que o INSS proceda à imediata implantação do benefício, com fundamento no art. 461, § 3.º, do CPC, tendo em vista a idade avançada da parte Autora e o caráter alimentar do benefício.”

Acórdão na apelação n.º2000.03.99.031709-0. Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Zulmira Rodrigues Machado. Relator: Desembargador Federal Santos Neves. Disponível em: www.trf3.gov.br. Acesso em 16 nov. 2005.

⁴² Nesse rumo são as decisões proferidas nos autos dos Mandados de Segurança n.º 00182-2009-909-09-00-7 e 00422-2006-909-00-0, ambos julgados pela Seção Especializada do Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região, sendo o primeiro em 20 de julho de 2009 (DJ de 07.08.2009) e o segundo em 02 de abril de 2007 (DJ de 27.04.2007), e relatados pela Juíza Marlene T. Fuverki Suguimatsu. Disponíveis em: www.trt9.jus.br. Acesso em 28 de outubro de 2009.

⁴³ Decisão do Tribunal de Justiça de Rondônia assim ementada: “TUTELA ANTECIPATÓRIA – Admissibilidade – Previdência Social – Pensão por morte – Presença dos requisitos legais à concessão do benefício – Formalismos da legislação processual vigente que não podem obstar a concessão da medida judicial *ex officio* – Verba de caráter alimentar que é garantidora da dignidade humana – Inteligência do art. 201, V, da CF.” (Ap. 100.010.2004.004155-7. 2.^a Câ. Especial. Rel. Des. Renato Mimesi. j. 03.06.2008, v. u.) *In* RT 877/330.

por outro lado, não houver, ao mesmo tempo, uma mudança no modo de pensar dos que compõem o Judiciário, seja na percepção dos problemas a ele lançados, seja na aplicação do Direito ao caso concreto. (grifo nosso)

Comungando desse entendimento, Marinoni (2008, p. 146-147) também destaca que o manejo das técnicas processuais é de ser levado a efeito embalado pela mentalidade de se conferir efetividade à tutela jurisdicional, que é alçada por este autor, inclusive, à categoria de direito fundamental:

Se o juiz não tem apenas a função de resolver litígios, porém a de zelar pela idoneidade da prestação jurisdicional, sem poder resignar-se a aplicar a técnica processual que possa conduzir a uma tutela jurisdicional inefetiva, é certo dizer que seu dever não se resume a uma mera resposta jurisdicional, pois exige a prestação de uma tutela jurisdicional *efetiva*. Ou seja, o dever do juiz, assim como o do legislador ao instituir a técnica processual adequada, está ligado ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, compreendido como um direito necessário para que se dê proteção a outros direitos.

Nesse sentido, compreendida a necessidade de tutela – aí entendida como proteção – dos direitos por meio do processo jurisdicional, é correto pensar que o juiz e o legislador, ao zelarem pela técnica processual adequada à efetividade da prestação jurisdicional, prestam proteção aos direitos e, por consequência, o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, os quais, não fosse assim, de nada valeriam. (grifo do autor)

Tanto que, do ponto de vista do consumidor do serviço judiciário: “O jurisdicionado não é obrigado a se contentar com um procedimento inidôneo à tutela jurisdicional efetiva, pois o seu direito não se resume à possibilidade de acesso ao procedimento legalmente instituído” (MARINONI, 2008, p. 147).

Evidente, pois, a relevância dos instrumentos processuais para que a prestação jurisdicional seja efetiva, bem como a idéia segundo a qual o correto manejo desses institutos, é dizer, afinado com os vetores principiológicos que compõem os alicerces da ordem jurídica, mostra-se postura indispensável para que sejam concretizados na realidade os propósitos da jurisdição.

3.4 A necessidade de remodelação do papel do juiz e a inadequação da postura dogmática

Calamandrei (2000, p. 175), com muita propriedade, observa o seguinte:

Representa-se escolarmente a sentença como o produto de um puro jogo lógico, friamente realizado com base em conceitos abstratos, ligados por uma inexorável concatenação de premissas e conseqüências; mas, na realidade, no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões, ilógicas mas humanas, nos sentimentos do judicante.

Inferre-se das lições do mestre italiano que, por vezes, o exercício da jurisdição tem-se dado em moldes extremamente técnicos e imbuídos de forte grau de abstração e frieza lógica. Isso, contudo, discrepa e chega até mesmo a caracterizar um verdadeiro paradoxo, quando se dá conta de que os protagonistas e também destinatários dessa atividade são pessoas e, como tal, concretas e detentoras de sentimentos e dignidade que transcendem estratosféricamente os limites do tecnicismo e da exatidão lógica.

Esse apego à abstração legal, por sua vez, é conduta esvaziada de um necessário juízo crítico e ignora os direitos fundamentais, obstando sua efetivação, como destaca Gomes (1997, p. 104):

Como acertadamente proclamou Alberto Silva Franco, “o juiz (atual) despe-se de todo juízo crítico para acolher a lei ordinária tal como se apresenta, sem verificar se foi, ou não, revogada ou se mostra, ou não, conforme a Constituição Federal. Não poucas vezes, esquece-se de que o texto constitucional dispensa a lei intermediadora e pode ser, direta e imediatamente, aplicado. **Direitos fundamentais são, então, flagrantemente desprezados a dano do cidadão.**”⁴⁴ (grifo nosso)

⁴⁴ Vale lembrar aqui a seguinte passagem narrada por Calamandrei (2000, p. 306): “Depois de pronunciar a decisão iníqua, um dos juízes que haviam tomado parte no julgamento me confessou:

– Ao sairmos da câmara de conselho, depois de termos tomado aquela decisão, todos nós nos sentíamos perturbados e descontentes. Mas, infelizmente, não se podia fazer de outro modo: lei é lei.

Bem dito. Mas os juízes deveriam dar maior atenção a esse senso de descontentamento que às vezes os invade na ocasião de saírem da câmara de conselho. Quando isso acontece, deveriam voltar atrás e perguntar se essa desculpa da observância da lei muitas vezes não é uma hipocrisia para fazer a injustiça passar sob o manto da legalidade.”

Dessa maneira, essa aplicação cega e automática da legislação editada pelos poderes Legislativo e Executivo, sem que seja feito qualquer cotejo com os valores e princípios constantes da Constituição Federal de 1988, em especial com os direitos fundamentais, oferece o risco de converter a jurisdição em mero instrumento de reprodução e manutenção das relações de dominação social e o perigo de tal postura é a exatamente a conservação dessas relações de dominação e agravamento das desigualdades sociais.

Além disso, a suposta exigência de neutralidade do juiz que justificaria esse acentuado vínculo com o texto legal, na verdade, representa grande risco ao desempenho das funções do próprio Direito enquanto produto cultural e instrumento de regulação social. De fato, não se pode ignorar os princípios democráticos, o pluralismo e a diversidade política, religiosa e moral imanescentes à realidade social, sob o manto de uma “neutralidade” que traduz tão somente uma apatia diante das leis, sob pena de se minar do Poder Judiciário seu cunho democrático e sua capacidade de promoção da justiça e realizar efetivas transformações sociais:

A neutralidade dos juízes, calcada na neutralidade da lei, é a negação do próprio direito, enquanto *produto cultural e instrumento social*, voltado à convivência democrática e pluralista, tolerando as diferenças e os antagonismos políticos, religiosos e morais, em nome do respeito aos legítimos interesses individuais e coletivos.

Por isso é inconcebível que os juízes sejam compreendidos como meros *intérpretes passivos* dos textos legais, uma vez que é essa neutralidade que impede que o Judiciário seja visto como um espaço democrático de exercício da cidadania, atuando como um verdadeiro *poder* capaz de, reconhecendo o direito como um *produto cultural*, aplicá-lo como meio de promover a justiça e de realizar transformações sociais. (CAMBI, 2003, p. 23, grifo do autor)

Assim, “O estado atual da questão parece exigir que o Juiz tenha uma atuação transnormativa, que aja dentro do processo de maneira mais solta, quase ao modo de um formulador de políticas de inclusão social” (ROCHA, 2007, p. 51), cujo atendimento demanda a assunção de uma postura mais desapegada da literalidade legal e com maior comprometimento em relação à efetividade dos preceitos constitucionais jusfundamentais.⁴⁵

⁴⁵ Rocha (2007, p. 51) reconhece, contudo, que “não são poucas as dúvidas que podem assaltar o julgador que se abalança a tal desempenho, isso sem questionar se a ausência de investidura política poderia, ou não, comprometer o grau de legitimidade desse mesmo comportamento.” Conforme visto no item 3.1, a legitimidade desse comportamento possui sólidos fundamentos, de forma que referidas dúvidas restam perfeitamente sanadas.

A dependência de textos legais⁴⁶ característica da postura dogmática, por seu turno, pode conduzir a situação em que os anseios por direitos constitucionalmente consagrados e sua eficácia fiquem na dependência de leis ainda não editadas, o que não é de se admitir, consoante questiona Maria Lúcia Antunes Rocha (*apud* BITTAR, 2005, p 295):

Até quando nós, profissionais do direito, permitiremos que a esperança nos direitos e a sua eficácia dependa de leis que não são conhecidas, de discursos que não são ouvidos, especialmente pelos mais necessitados?
Até quando deixaremos de ser cidadãos mais comprometidos devedores sociais que os demais já que dispomos, numa sociedade carente de informações, de mais dados que os outros?

Nesse ponto, merecem destaque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em 25 de outubro de 2007, nos Mandados de Injunção 670/ES, 708 e 712/PA, relatados os primeiros pelo Ministro Gilmar Mendes e o último pelo Ministro Eros Grau, acerca do direito de greve dos servidores públicos. Nelas, foi viabilizado o exercício do referido direito, por meio da aplicação da Lei 7.783/89, que regulamenta o direito de greve dos empregados celetistas, até que seja colmatada, pelo Poder Legislativo Federal, a lacuna normativa constante do inciso VII, do art. 37, da Constituição Federal. Mencionada lacuna, por sua vez, foi considerada decorrente de um retardamento abusivo na regulamentação legislativa do texto constitucional, já que a omissão inconstitucional relativa ao aludido dispositivo da Constituição Federal de 1988 já havia sido reconhecida em 19 de maio de 1994, no julgamento do Mandado de Injunção 20/DF.

A Corte Constitucional brasileira, portanto, mudou – com aplausos – seu entendimento anterior de que o mandado de injunção deveria restringir-se à mera declaração de omissão inconstitucional, para reconhecer que a abusividade na mora do Poder Legislativo não pode mais obstacularizar o exercício de direitos consagrados na Constituição Federal de 1988, assumindo, portanto, maior criatividade e liberdade em suas decisões.

⁴⁶ Mesmo que se procure fundamentar a neutralidade do juiz na aplicação das normas postas à sua disposição para a solução dos conflitos, ela não se sustenta, já que, se essas normas veiculam valores e expressões de um poder político, sua aplicação, irremediavelmente, igualmente traduzirá um ato político de concretização de valores. Nesse rumo é o pensamento de Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto (2009, p. 28): “O juiz, como agente político (não partidário), é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude. Verifica-se que a politização do juiz deriva do fato de que ele soluciona litígios aplicando normas, que são condutoras de valores e expressões de um poder político. Não existe, assim, norma neutra. Logo, se o juiz é um aplicador de normas, não existe juiz neutro.”

Em harmonia com essa postura, é o entendimento de Barroso (2002, p. 280), quando reconhece que:

Para que as diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição possam efetivamente realizar-se, é preciso que sejam dotadas de garantias políticas, sociais e jurídicas. Vale dizer: são imprescindíveis instituições, atitudes e procedimentos aptos a fazer atuar, concretamente, o comando abstrato da norma.

Segundo Gomes (1997, p. 16), “o modelo de Magistratura a ser construído em cada país está umbilicalmente ligado ao modelo de Estado constituído”. Nesse passo, identifica o autor três modelos: o empírico-primitivo, o tecno-burocrático e o democrático contemporâneo, advertindo, contudo, que provavelmente a Magistratura de nenhum país se encaixa irrestritamente num só deles, havendo sempre uma mescla de características (GOMES, 1997, p. 18).

Os traços principais do primeiro modelo seriam pouca preocupação com preparo intelectual dos juízes no processo de seleção, realizado por indicação e não concurso público, ausência de discussões jurídicas de relevância, acentuada neutralidade e submissão, esvaziamento político, apego excessivo às leis e códigos, engajamento ético nulo, subordinação administrativa e jurisdicional, inclusive quanto à interpretação das leis, carência de segurança jurídica e amplo domínio da anomia e sistema parajurídicos.⁴⁷

O segundo modelo – tecno-burocrático – coaduna-se com Estado de Direito regido pela legalidade e distante da constitucionalidade. Nele há pouca sensibilidade para as questões sociais e preocupação com a democracia substancial, além de secundarização dos direitos fundamentais. Imperam a burocratização, que conduz a morosidade na prestação jurisdicional e os juízes que integram o Poder Judiciário têm perfil legalista, asséptico, com acentuada tendência silogística e carreirista, ao mesmo tempo em que cultuam um apego à jurisprudência que, se por um lado, até propicia certa segurança jurídica, por outro traduz pouca independência material e submissão hierárquica. Também são pouco incentivados ao aprimoramento cultural, bem como pouco politizados (“eunuco político”)⁴⁸ (GOMES, 1997, p. 16-17).

⁴⁷ Modelo vigente na concepção clássica, durante o regime absolutista, conforme visto no Capítulo 1.

⁴⁸ Esse segundo modelo é típico do Liberalismo e do positivismo jurídico que lhe foi imanente.

Por fim, o modelo democrático contemporâneo, nas palavras de Gomes (1997, p. 17-18):

parte da seleção técnica dos juízes, mas introduz aprimoramentos democráticos nos mecanismos seletivos, reduz o formalismo (...), **o juiz é politizado, engajado eticamente (...), há nítida preocupação com a tutela dos direitos fundamentais, seja em nível ordinário ou extraordinário (...), juiz pouco burocratizado, que não corresponde com a imagem deteriorada do “bom pai de família”, com independência real, seja perante os poderes externos (*ad extra*), seja perante os poderes internos (*ad intra*) (...), recusa de “cooptação” (seleção partidarizada), suficiente segurança jurídica, estabilidade jurisprudencial (que não significa petrificação ou congelamento), magistratura pluralística, dinâmica (...), **grande preocupação com a construção do modelo constitucional e democrático de Estado (...), respeito à estrita legalidade e à constitucionalidade (...), o juiz exerce a cidadania, critica e é criticado, a jurisdição é marcada pela publicidade, oralidade, motivação, respeito aos direitos fundamentais, supressão total de sessões secretas etc.** (grifo nosso)**

Pelo o que até aqui se sustentou, o modelo de magistratura a ser buscado é o democrático contemporâneo, haja vista a latente preocupação com a proteção e efetividade dos direitos fundamentais que lhe é imanente.

Para a implantação desse modelo, entretanto, além desse compromisso ideológico, faz-se necessário o conhecimento e maior contato do julgador com a sociedade na qual se atua. Calamandrei (2000, p. 183) traz a seguinte advertência:

Não basta que os magistrados conheçam com perfeição as leis tais como são escritas; seria necessário que conhecessem igualmente a sociedade em que essas leis devem viver.

O tradicional aforismo *iura novit curia* não tem nenhum valor prático se não se acompanhar deste outro: *mores novit curia*.

Plauto Faraco de Azevedo (1999, p. 31), com apoio em Elias Díaz, também destaca a necessidade de o juiz sair do “insulamento jurídico” no qual eventualmente se encontra, a fim de que avalie as condições e possibilidades da jurisdição na sociedade. Isso, entretanto, não significa um desprezo à lei positivada, mas antes implica a realização de um juízo crítico a respeito dela, contribuindo para a transformação e avanço da legislação rumo aos objetivos democráticos definidos na Constituição Federal de 1988. Escreve o referido autor:

necessidade de sair o juiz do insulamento jurídico, “compreendendo os riscos, mas também principalmente as possibilidades do seu trabalho na sociedade atual, vendo o Direito na dimensão da totalidade, em interrelação e interdependência com os demais fatores sociais, políticos, culturais e econômicos”. Mais sensato do que libertar-se da norma jurídica, parecer ser buscar o juiz “salvar-se com a norma (...), realizando um juízo crítico (positivo ou negativo) a respeito da legislação vigente, buscando auxiliar em sua transformação, em direito a objetivos progressivos de caráter ampla e genuinamente democráticos. (...)

Para que possa o juiz orientar a ação nesta perspectiva, não pode aceitar os antolhos de uma epistemologia tão bem demarcada quanto comprometida com a manutenção inalterada do *statu quo*. Para que possa este evoluir em direção de uma maior democratização, é fundamental que os operadores jurídicos (notadamente o juiz) sejam capazes de perceber e obviar as deficiências do ordenamento positivo, ao invés de deixá-las à conta e responsabilidade exclusiva do legislador.

Um reforço para essa nova postura sugerida pode ser buscado quando se relembra da disposição constitucional que prevê a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, no sentido de que as insuficiências do ordenamento jurídico que ofereçam obstáculos à efetivação desses direitos carecem, sim, de serem identificadas e retificadas pelo operador da jurisdição que, com isso, assume seu legítimo papel definido constitucionalmente de garantidor dos mencionados direitos fundamentais.

Nesse trabalho, ademais, deve ser lembrada a importância da hermenêutica constitucional para esse novo juiz enquanto sujeito democrático e agente transformador da realidade social e jurídica brasileira:

“Novo juiz” é o magistrado que renova seus conhecimentos e seu pensamento à luz dos princípios constitucionais e conecta a Constituição com o Direito Constitucional Internacional, assumindo a verdadeira atitude do *sujeito democrático* (...). O novo juiz pode ser o magistrado que exerce o poder jurisdicional desde há muito antes do advento da Constituição Federal de 1988 e que percebe, nesta, oportunidades e exigências para a transformação da realidade jurídica e social do país. (GOMES, 2008, p. 370, grifo do autor)

Para mais bem enfrentar essa carência normativa e abstrair-se fundamentadamente da postura dogmática tradicional, indispensável se mostra o reconhecimento da importância dos princípios e sua assimilação pelo juiz, o que pode ser considerado o novo paradigma estatal do Direito, nos dizeres de Gomes (2008, p. 371):

O “novo juiz” aqui pensado percebe a insuficiência de uma hermenêutica apoiada no uso quase automático de métodos que conseguem lidar apenas com *regras*, desconhecendo o valor dos *princípios*. Tal concepção interpretativa é incompatível com o *Estado Democrático de Direito*, razão pela qual o “novo juiz” deve considerá-la superada.

O novo paradigma estatal engendra um Direito que é, antes de tudo, principiológico. E, no âmbito de tal Direito, o intérprete participa da construção do sentido do Direito. Deve fazê-lo mediante uma argumentação desenvolvida a partir dos princípios constitucionais fundamentais, de modo a atribuir aos textos normativos o significado mais justo, razoável e adequado aos valores por este salvaguardados. Pois, ao assim fazer, atenderá os reclamos de Justiça, atualizando esta na solução dos casos concretos. (grifo nosso)

O combate ao dogmatismo requer uma maior sensibilidade do julgador⁴⁹, para que se aperceba das carências sociais e disponha-se a praticar uma justiça mais substancial que procedimental, com maior comprometimento com a situação vigente e tendo por escopo a melhoria das relações sociais. Nesse sentido, a eloquente lição de Nalini (2008, p. 339), que defende a possibilidade de flexibilização da rigidez das normas em nome de uma solução mais justa no contexto apresentado:

Juiz humano, juiz sensível, juiz confiado a um sistema consistente e conseqüente de preparação, consciente de sua missão num Estado-nação de tantas carências e iniquidades. Esse é o juiz que o Brasil precisa, capaz de produzir uma justiça mais substantiva do que procedimental. Justiça preocupada mais com o presente e o futuro das relações sociais do que da crônica do passado. **Juiz suficientemente apto a procurar a verdade do conflito e os elementos de uma solução justa no conjunto dos fatos significativos, e flexibilizar a rigidez das regras explícitas, toda vez que elas o impedirem dessa concretização.** (grifo nosso)

Dessa maneira, a jurisdição exige constante empenho, sob as diversas perspectivas, vale dizer, conhecimento da legislação, avanços doutrinários, posturas jurisprudenciais e, principalmente, constante processo de aprimoramento, a fim de que seja construídas bases sólidas para o soterramento do apego exacerbado à lei. O reconhecimento dessa necessidade de aprimoramento, aliás, foi reconhecida em sede constitucional, com o

⁴⁹ Magistrat, nesse aspecto, é a lição de Calamandrei (2000, p. 181): “Não digo, como ouvi repetir, que a inteligência excessiva seja prejudicial ao juiz; digo que o juiz ótimo é aquele que prevalece, sobre a cauta cerebralidade, a pronta intuição humana. O senso de justiça, pelo qual, sabidos os fatos, logo se sente quem está com a razão, é uma virtude inata, que nada tem a ver com a técnica do direito – como na música, em que a maior inteligência não consegue suprir a falta de ouvido.”

advento da nova redação do inciso IV, do art. 93, da Constituição Federal de 1988⁵⁰, dada pela Emenda Constitucional n.º 45.

Para Nalini (1995, p. 331):

Conclui-se nada justificar o comodismo, a inércia, o acreditar-se haver chegado ao ponto final de sua trajetória de estudos, com mera aprovação no concurso de juiz. A partir daí tem início a fase mais árdua. O compromisso com a atualização permanente, com apuro na ciência e na técnica, o aprimoramento essencial à oferta da melhor solução procurada pelas partes. Triste o juiz cujo despreparo vier a dar causa à injustiça alheia. A comunidade remunera o julgador e o faz dentro de suas possibilidades. Outorga-lhe a maior remuneração dentre as reservadas às funções públicas. Tem ela direito a reclamar uma prestação justa. E a prestação justa raramente será produzida por um juiz acomodado, desestimulado, pobre burocrata do equipamento estatal, sem interesse no seu crescimento interior. Melhor fora nunca viera a ser juiz.

Não está a se defender uma posição que tangencie radicalismos ou despreendimento ilimitado das formas e técnicas legalmente estabelecidas. O que se pretende demonstrar é a falta de adequação da postura dogmática às exigências contemporâneas da jurisdição e que seu abandono deve ser levado a efeito com base em reflexão e estudos que conduzam a medidas e inovações que tenham por essência a efetividade e a concretização dos direitos fundamentais. Assim é que Domingos Franciulli Netto (2004, p. 96) observa com bastante propriedade:

Embora não deva o juiz ser habitualmente novidadeiro, às vezes, depois de refletidos estudos, nada está a empecer que inove em sua função jurisdicional, administrativa e correccional, sem temer por críticas ou censuras. (...)

A prudência é uma virtude que nada tem a ver com o medo de inovar, quando se fizer necessário.

Com isso, resta pouco mais que evidente a necessidade de remodelação da função do juiz e o despreendimento da postura dogmática, mas se sem perder de vista que o modelo de jurisdição a ser concebido deve calcar-se sob novos fundamentos que não a letra

⁵⁰ Art. 93 (...)

IV – previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados.

fria da lei, quais sejam, a carga principiológica albergada pela Constituição Federal de 1988, aliada ao reconhecimento de uma maior sensibilidade e perquirição de elementos junto à realidade para a definição de uma solução justa.

3.5 A nova concepção da jurisdição: seu direcionamento para a promoção da inclusão social pela realização dos direitos fundamentais

Admitindo-se a necessidade de redefinição da concepção da jurisdição, cumpre traçar as linhas desse novo perfil, a partir do que se sustentou ao longo do presente trabalho. Nesse passo, uma primeira idéia a ser retomada é a de que um dos imperativos atuais é a aproximação que deve haver entre a jurisdição e a sociedade destinatária dos efeitos de seus julgamentos.

A par disso, a evolução histórica demonstrou que os direitos fundamentais, uma vez surgidos no seio da sociedade, foram sendo progressivamente incorporados em documentos jurídicos até galgarem destaque e dignidade constitucional, sendo que, hodiernamente, a tônica acerca desse tema consiste na efetivação desses direitos, tarefa esta que deve ser abraçada pelo Poder Público, aí incluindo-se o Poder Judiciário.

Lançada aí, portanto, a premissa inicial da reconfiguração da jurisdição, que aponta para o maior direcionamento dessa atividade para os direitos fundamentais. Essa vinculação vem expressa por Gomes (1997, p. 102):

Urge fomentar a *cultura dos direitos fundamentais*. É verdade que depois da II Guerra Mundial inúmeras Constituições liberais foram promulgadas. Tanto os chamados direitos clássicos, de primeira ou segunda geração, como alguns direitos econômicos ou sociais resultaram amplamente reconhecidos. A eles estão vinculados todos os poderes, todavia, ainda faz falta uma maior sensibilidade dos juízes para a proteção efetiva dos direitos fundamentais. (grifo do autor)

Essa idéia pode ser ratificada e complementada pelas lições de Leal (2007, p. 1), para quem:

A jurisdição constitucional adquiriu, especialmente a partir da segunda metade do século XX – período que se identifica, por sua vez, com o final da II Guerra Mundial e com o conseqüente incremento do papel reservado aos direitos fundamentais dentro dos ordenamentos jurídicos (...) uma nova dimensão, mais ativa e mais ampla do que aquela que lhe era tradicionalmente reservada no contexto liberal, onde lhe cabia, tão somente, uma apreciação silogística e formal no sentido de preservação da Constituição.

O relevo que a Constituição passa a ter no exercício da atividade jurisdicional não só avoluma-se, mas também traz consigo uma categoria de normas com requintes de protagonista, é dizer, aquelas, de natureza principiológica, que definem os direitos fundamentais.

Esse caráter principiológico, por sua vez, traz uma importante noção na distribuição das tarefas do Estado entre os três poderes que o compõem, uma vez que a efetivação desses direitos “passa a ser uma tarefa não mais só da política, significa dizer, na verdade, esta continua sendo uma tarefa de natureza política, porém a ser desempenhada, também, em outros âmbitos de poder, incluindo-se aí a jurisdição” (LEAL, 2007, p. 107-108).

Dessa forma, “Mais que como argumento retórico, a questão dos direitos humanos deve estar amplamente presente como *telos* do alcance das preocupações contemporâneas em torno do direito” (BITTAR, 2005, p. 285), de tal sorte que as inúmeras e importantes conquistas em termos de direitos fundamentais positivadas na Constituição devem ser respeitadas e aplicadas pelo Poder Judiciário, influenciando a realidade brasileira de modo profundo.

Entretanto, conforme mencionado acima, existe um abismo entre o teor das normas constitucionais e esta realidade, o que constitui um dos maiores desafios à efetividade da prestação jurisdicional. Essa situação, contudo, longe de se constituir em óbice ou fonte de desânimo, representa verdadeiro desafio a todos os segmentos sociais e do poder, inclusive o Poder Judiciário, cuja superação impõe-se por força da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, como fator de legitimação da jurisdição, além de ser medida salutar nos tempos atuais, em razão dos preocupantes reflexos de cunho social que já são verificados e que ainda podem ser agravados pela dinâmica econômica da globalização.

Também sinalizando a necessidade de sanar essa discrepância entre o desenho legislativo-constitucional e a conjuntura social, Bittar (2005, p. 294) escreve:

Esta discrepância entre o discurso jurídico-normativo constitucional e as necessidades reais de uma sociedade marcada pela diferença social e pelo desprezo tradicional aos direitos humanos é, sem dúvida alguma, um dos maiores estigmas do constitucionalismo e da política contemporâneos. É deste desafio que se devem desvencilhar os exegetas do sistema, ao depurarem condições para a aplicabilidade judicial, administrativa, política e social dos grandes preceitos basilares dos direitos humanos gravados no texto constitucional.

Identifica-se, pois, o papel do juiz contemporâneo na aplicação da Constituição, como forma de efetivação das conquistas históricas obtidas ao longo da trajetória jurídica percorrida pelos direitos fundamentais, de forma a ser atingida a concretização do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha de raciocínio, veja-se o pensamento de Nogueira (2003, p. 446-447):

pretendemos – para fins de debate – que o papel do juiz contemporâneo é o de aplicar a Constituição, abrindo espaço para a plena concretização do Estado Democrático de Direito, entendido este como um salto a mais no sentido da liberdade, que se soma a todas as conquistas realizadas pelo homem no decorrer de uma longa e gloriosa alvorada jurídica. Tal o papel do juiz *contemporâneo*.⁵¹ (grifo do autor)

Marinoni (2006, p. 105), nos passos de Owen Fiss, observa que “a função da jurisdição (...) é atribuir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais”. Não se quer dizer, por óbvio, que sob essa nova perspectiva a jurisdição estaria autorizada a ignorar as demais regras infraconstitucionais, notadamente as disciplinadoras do processo e do procedimento, mas sim que a interpretação e aplicação dessas regras e instrumentos deve ser feita sempre sob a óptica desses valores e objetivando sua concretização.

⁵¹ Em outra passagem, Alberto Nogueira (2003, p. 442) traz interessante observação sobre a função do juiz ao longo dos tempos: “Ao longo da história, todos os juízes desempenharam a mesma função de julgar. Mas o papel que assumiram sempre se modificou de acordo com cada época. Segundo a lição de SÃO TOMÁS DE AQUINO, relativamente a essa questão, os juízes seriam escolhidos como pessoas quase divinas. Esse enfoque místico e mítico ao mesmo tempo intriga e assusta, se considerarmos o ato de fazer justiça. No seu Tratado da Justiça, indaga: é lícito julgar?, já que no Eclesiastes se diz: ‘Não julgueis porque sereis julgados’. Sua resposta vem de pronto: sim, mas fazendo justiça. Diante desse quadro de análise, vislumbramos nele o primeiro papel do juiz nos tempos remotos. Transportando-se esse mesmo papel para o plano contemporâneo e à luz das análises mais autorizadas, corta-se o vínculo divino do juiz, e este passa a ser visto como uma pessoa humana, um profissional, um operador do direito que tem a responsabilidade e o dever de encontrar a solução correta para cada caso. Isso não exclui (...) sua participação ativa em toda a vida social, expondo suas idéias, colaborando na elaboração das leis e até negando a aplicação às que considere injustas, pois de acordo com sua convicção íntima sempre encontrará uma fórmula legítima de realizar a justiça no contexto de um Estado Democrático de Direito.”

Ainda seguindo a linha de raciocínio desenvolvida por Fiss, é destacada a idéia de que, conferindo-se à jurisdição a incumbência de dar sentido aos valores constitucionais, ficaria sem sentido atribuir-lhe a função de representante das minorias, isso porque a descoberta do que é justo à luz do texto constitucional conduz automaticamente à consideração da história e dos ideais sociais (MARINONI, 2006, p. 106).

Na Constituição Federal de 1988 encontra-se consagrado um vasto rol de direitos fundamentais, existindo, ademais, uma disposição que reconhece a abertura do ordenamento brasileiro a outros direitos fundamentais que surjam ao longo do tempo. Se esses direitos resultam de um processo de evolução social que tende a fixar melhorias e reconhecer mais direitos básicos aos membros da sociedade, em consideração à sua condição humana, a partir do momento em que a jurisdição se ocupa a concretizar esses valores e princípios, o resultado natural será a promoção das melhorias prometidas e a minimização das desigualdades e da exclusão de minorias.

Dessa forma,

“os tribunais existem para dar sentido aos nossos valores públicos, não para resolver disputas. A jurisdição constitucional é a mais viva manifestação dessa função”. Dar sentido aos valores públicos, todavia, não é somente conferir significado específicos para esses valores – é, ademais, **dar-lhes conteúdo operacional.** (MARINONI, 2006, p. 107, grifo nosso)

Com isso, verifica-se ser imanente à noção contemporânea de jurisdição tanto a solução de conflitos intersubjetivos, como também a implementação dos valores públicos previstos na Constituição Federal, por meio de uma atuação que não limite esses valores à argumentação desenvolvida nas decisões, mas projete-os no seio da coletividade, de molde a calibrar as tensões sociais (PINTO, 2009, p. 22).

Esse direcionamento para a promoção da justiça social e realização dos direitos fundamentais por parte da jurisdição conduz ao questionamento a respeito de sua relação com os demais poderes estatais.

Nesse ponto, Moreira de Paula (2002, p. 82) observa que a jurisdição não deve submeter-se ao controle político dos Poderes Executivo e Legislativo, haja vista que os objetivos definidos pelo art. 3.º, da Constituição Federal de 1988, também cabem ao Poder Judiciário:

Neste aspecto, a atividade jurisdicional (...) deve tomar a postura de realizar a justiça social e não permitir ser controlada politicamente pelos outros poderes. Justificativa legal existe: a regra do tão cantado artigo 3.º, da CF, posto que, os objetivos lá delineados também são objetivos a serem cumpridos pelo Poder Judiciário.

E complementa:

Deve a jurisdição ter em conta que, face o caráter programático do artigo 3.º, da CF, a justiça social não é dever exclusivo dos Poderes Executivo e Legislativo, mas, e principalmente face ao momento histórico, também do Poder Judiciário. (MOREIRA DE PAULA, 2002, p. 83)

Leal (2007, p. 104-105), com base nas idéias de Böckenförde, observa, com inteligência ímpar, que a positivação dos direitos fundamentais no texto da Constituição criou um aparato principiológico e valorativo que requer concretização por parte dos Poderes e, por conta da abertura e flexibilidade inerentes a esses direitos, os Tribunais tiveram uma ampliação dos limites tradicionais de sua atividade. Nas palavras da autora:

A partir da qualificação dos direitos fundamentais como normas objetivas (...), toda a ordem jurídica é abarcada pela Constituição – entendida como ordem jurídica fundamental – em suas bases principiológicas e valorativas, carecendo, tão somente, de concretização (*Verwirklichung*). Com isso, abre-se um espaço enorme de atuação para o Tribunal, pois a imprecisão – seja do conteúdo dos direitos, seja da extensão de seus efeitos, em face das possibilidades e contingências do caso concreto – impõe à função jurisdicional novas tarefas e desafios, que acabam por impor o recurso a argumentos valorativas (tais como sopesamento e proporcionalidade) e, decorrentemente, por estender os limites tradicionais de sua atividade.

Dessa forma, “um caráter criativo, é indiscutível e inquestionável, e isto precisa ser assimilado como elemento integrante e característico da atuação jurisdicional” (LEAL, 2007, p. 105), a partir da promulgação das Constituições ditas democráticas, como é o atual modelo brasileiro. E quando se fala em maior criatividade, pode ser ela admitida tanto na aplicação dos direitos já consagrados normativamente, como também, diante das peculiaridades do caso concreto, forjar-se o melhor direito que as atenda – até porque o rol dos direitos fundamentais não se mostra fechado e completo, admitindo ampliações, por força

de imperativo constitucional – desde que em harmonia com os vetores principiológicos traçados pela Constituição Federal de 1988.

Não se pode olvidar, ademais, que a globalização produziu uma grave concentração de capitais nos países ricos, em detrimento dos demais, o que desencadeou, nestes últimos, um sério desequilíbrio socioeconômico e tecnológico, além de aumento da miséria, pobreza, epidemias e mais toda sorte de injustiças sociais, ao mesmo tempo em que – paradoxalmente – os direitos fundamentais foram galgados à dignidade constitucional e sua efetividade é clamada com vigor. E é mais que evidente que a produção legislativa não reúne condições de fazer frente a tal quadro e atender a contento as exigências da sociedade contemporânea. Diante disso, a função criadora da jurisdição ganha relevo e alicerce, conforme escreve Pinto (2009, p. 30):

O Judiciário, nos tempos atuais, não pode se propor a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, visto que é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude. (...) **Cabe ao juiz exercer atividade recriadora do Direito** pelo processo hermenêutico, bem como adaptar as regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social. (grifo nosso)

A importância dessa função criadora da jurisdição também é defendida por Rocha (2007, p. 38) que escreve:

A função criadora dos conceitos jurídicos ganha, a cada dia, maior relevo, bom como os princípios do Direito, que passam a ser vistos como normas jurídicas, o que explica, em parte, a reviravolta ocorrida na função jurisdicional, dando crescente importância à *criação* na solução do caso concreto. (grifo do autor)

Não se ignora, nesse ponto, a classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia e a tradicional idéia de que algumas normas da Constituição, por não serem classificadas como de aplicabilidade imediata, dependeriam da edição de legislação regulamentadora para que pudessem ser aplicadas. O problema é colocado por Sérgio Fernando Moro (2004, p. 255) nos seguintes termos:

A doutrina brasileira da aplicabilidade das normas constitucionais e seu dogma subjacente implicam, na prática, a cisão da Constituição em duas partes, uma aplicável e outra não, negando-se, na realidade, a condição de norma jurídica a essa segunda parte.

A barreira ainda é inflexível. Se a norma for qualificada como de aplicabilidade imediata, o juiz constitucional poderá invocá-la para a resolução de casos concretos. Se não for assim qualificada, pouco ou nada poderá ele fazer, restando-se apenas aguardar a ação do legislador.

Contudo, tal argumento não pode servir de fundamento para, na atividade da jurisdição, ser negada aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos fundamentais. Em primeiro lugar, por conta da disposição contida no parágrafo primeiro, do art. 5.º, da Constituição Federal de 1988, já analisada linhas acima, que pode ser utilizada, inclusive, como argumento favorável ao caráter criativo da jurisdição, no que tange à efetivação dos direitos fundamentais, defendido neste estudo.

Em segundo lugar, a fundamentalidade dessa categoria de direitos não tolera que sua proteção e efetivação condicionem-se à atividade legislativa, conforme bem pondera Moro (2004, p. 255):

Via de regra, tal postura é indefensável, pois contraria o princípio da supremacia da Constituição. Todavia, ela assume ares de acentuada gravidade quando estiverem em jogo direitos fundamentais.

Ou o direito é fundamental, e como tal deve ser protegido e efetivado, ou não o é, e então é aceitável que fique à disposição do legislador. É contraditório conceber direitos fundamentais como dependentes da ação legislativa. Não se aceita aqui, jurídica ou politicamente, categoria de direitos fundamentais destituída de aplicabilidade. (MORO, 2004, p. 255)

Por outro lado, essa postura mais ativa e dinâmica da jurisdição traz outro aspecto de considerável sensibilidade, assim formulado por Leal (2007, p. 1):

Dado o seu caráter aberto⁵², no entanto, que demanda, por seu turno, uma direta interação com a realidade, **a necessidade de sua concretização confere ao Judiciário uma atuação determinante e construtiva**, sendo que, em alguns casos, pressupõe-se o desenvolvimento de alguns recursos hermenêuticos e interpretativos que acabam por atribuir à jurisdição um papel valorativo de criação e de especificação de determinados conteúdos tidos como fundamentais, resultando daí algumas **críticas pautadas pelo**

⁵² A autora refere-se aos direitos fundamentais.

argumento de que tal situação implica uma violação do princípio clássico de separação dos poderes. (grifo nosso)

A separação dos poderes poderia, em tese, estabelecer limitações à atividade jurisdicional que coibiriam uma atuação permeada pela criatividade e labor construtivo, ainda que desenvolvidas a bem da efetividade dos direitos fundamentais.

Entretanto, essa primeira impressão deve ser desfeita, tendo-se em vista que a separação dos poderes, tal como concebida, foi de grande valia para, em sua época, promover um equilíbrio do poder. Ocorre que, como diz Clémerson Mérin Clève (2000, p. 43-44), ao longo da história houve uma mudança na sociedade, de forma que esta

não se constitui mais um conjunto de cidadãos iguais que, livres da ação estatal, tratam de cuidar de seus negócios e interesses privados. A mesma cadeia de dependência que une o cidadão e o poder igualmente une os cidadãos entre si. (...) A sociedade contemporânea é integrada por indivíduos, mas também por grupos. A sociedade identifica-se com o espaço onde circulam os indivíduos e atuam os mais diferentes grupos. (...) É preciso limitar o Estado, mas é preciso verificar que nem ele nem a sociedade correspondem às imagens oferecidas pelos séculos XVIII e XIX. (...) Se, nesse ponto da história, o princípio rígido e dogmaticamente interpretado da separação dos poderes não é funcional, cumpre lembrar que, como idéia racionalizadora do aparato estatal ou técnica de organização do poder para garantia das liberdades, não pode ser esquecido, nem se encontra superado. **Montesquieu criou para sua época um sistema de equilíbrio do poder** (que não corresponde necessariamente a um sistema de equilíbrio entre os poderes), oferecendo as bases para a constituição de um governo misto, moderado pela ação das forças dinamizadoras do tecido societário. **A missão atual dos juristas é adaptar a idéia de Montesquieu à realidade constitucional do nosso tempo.** (grifo nosso)

A pluralidade e exigências da sociedade moderna aliada ao modelo constitucional democrático e garantidor dos direitos fundamentais impõe, portanto, uma redefinição da teoria de Montesquieu harmonizada aos tempos atuais, em que a aplicação desta última nos exatos termos em que foi concebida figura-se antiquada e em desconformidade tanto em relação à conjuntura social, como também no que toca aos valores incorporados ao sistema jurídico brasileiro.

No mesmo sentido é a lição de Paulo Bonavides (1976, p. 162-163), para quem o princípio da separação dos poderes não possui mais o cunho dogmático de que era dotado outrora:

não temos dúvida por conseguinte em afirmar que a separação de poderes expirou desde muito como dogma da ciência. Foi dos mais valiosos instrumentos de que se serviu o liberalismo para conservar na sociedade seu esquema de organização de poder. (...) Contemporaneamente, bem compreendido, ou cautelosamente instituído, com os corretivos já impostos pela mudança dos tempos e das idéias, o velho princípio haurido nas geniais reflexões políticas de Montesquieu poderia, segundo alguns pensadores, contra-arrestar outra forma de poder absoluto para o qual caminha o Estado moderno: a onipotência sem freio das multidões políticas. Convertido numa técnica substancialmente jurídica, o princípio que se empregou contra o absolutismo dos reis, o absolutismo dos parlamentos e o absolutismo reacionário dos tribunais (...) não ficaria definitivamente posposto. Competiria pois a esse princípio desempenhar ainda, conforme entendem alguns de seus adeptos, **missão moderadora contra os excessos desnecessários de poderes eventualmente usurpadores, como o das burocracias executivas, que por vezes atalham com seus vícios e erros a adequação social do poder político, do mesmo passo que denegam e oprimem os mais legítimos interesses da liberdade humana.** (grifo nosso)

Desenvolvendo essa idéia, poder-se-ia até mesmo pensar que essa missão moderadora que a teoria da separação dos poderes deve desempenhar atualmente – caracterizada, segundo Paulo Bonavides, pela adequação que deve ser promovida entre o poder político e a sociedade e pelo atendimento de legítimos interesses da liberdade humana – sustenta uma atuação do Poder Judiciário voltada a retificar as posturas e omissões praticadas pelos demais poderes que se desviem ou inibam a consecução dos objetivos constitucionais.

Chamado o juiz contemporâneo a desempenhar funções antes típicas de outras instituições, natural que se vislumbre um aumento de seus poderes, ou, quando não, seja esse poder reconfigurado para que seja viabilizado o exercício dessas novas funções, como, de resto, escreve Picardi (2008, p. 5):

A verdade é que hoje o juiz é chamado a desenvolver funções que, ontem, pareciam reservadas a outras instituições. Registra-se, de fato, um considerável aumento dos poderes do juiz, tanto no confronto da legislação quanto da administração.

Assim, a jurisdição não mais pode ser vista como a função estatal responsável por tão somente aplicar o direito ao caso concreto. Aliás, até mesmo essa atividade demanda uma nova óptica, balizada por valores e princípios. O raio de sua atividade é dilatado por conta das exigências contidas na Constituição Federal de 1988, devidamente cotejadas com as modificações sociais, de forma que nessa nova concepção,

Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. **Garantir políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas um resíduo da atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça.** Assim, o juiz não aparece mais como “o responsável pela tutela dos direitos e das situações subjetivas, mas também como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrios entre interesses supra-individuais”. (CAMPILONGO, 2005, p. 49)

Admissível, sob esse prisma, que a jurisdição supra omissões do legislador, quando a proteção dos direitos fundamentais estiver em jogo, como defende Marinoni (2006, p. 95):

Como os direitos fundamentais devem ser protegidos ou tutelados pelo *Estado* e, assim, não apenas pelo legislador, é possível verificar, no caso concreto, se a omissão normativa implicou em negação de tutela ao direito fundamental, para, em caso positivo, admitir que o juiz supra a omissão de proteção devida pelo legislador.⁵³ (grifo do autor)

Também defendendo a possibilidade de uma atuação mais criativa da jurisdição, no tocante ao suprimento de omissões legislativas e executivas, Cambi (2003, p. 124), ponderando que a jurisdição deve “servir de fonte de definição dos rumos da sociedade politicamente organizada”, anota ainda que:

Estando o processo intimamente vinculado ao poder político, compete ao juiz suprir em sua atividade, as omissões do administrador e do legislador, bem como corrigir os rumos tomados por esses agentes de forma a contribuírem positivamente para a solução dos problemas sociais.

Aliás, Pinto (2009, p. 22), com muita propriedade, observa que

⁵³ Assim, na óptica do autor, “o mais importante, para uma nova concepção de jurisdição, é a possibilidade de o juiz controlar a inconstitucionalidade por omissão no caso concreto.” (MARINONI, 2006, p. 95)

A positivação dos direitos já não está, em última instância, nas mãos do legislador, senão nas do juiz, a quem cabe concretizar o significado dos enunciados constitucionais para julgar, a partir deles, a validade ou invalidade da obra do legislador, mediante uma atuação judicial criativa.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social modificou as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, desenvolvendo uma postura mais ativa, na prestação de serviços públicos, em oposição ao Estado ausente, liberalista. Este fato explica o aumento da competência normativa e da área de autonomia do Poder Executivo, a quem a lei concedeu maior discricionariedade. O uso abusivo de tal ampliação da autonomia daqueles poderes e a ofensa aos direitos fundamentais, no Estado Social, levaram a uma reação do Poder Judiciário contra os abusos dos administradores e legisladores.

Vê-se, assim, que a transição do Estado Liberal para o Estado Social alterou as relações entre os Poderes Executivo e Legislativo, o que, de resto, não é objeto de maiores insurgências, sendo esse fato até mesmo encarado como decorrência natural da trajetória política. Diante disso, pode se ponderar que nada mais natural, também, que o Poder Judiciário sofresse um reposicionamento, para assim responder à transformação verificada, o que se torna ainda mais justificado quando se observa que mesmo diante da maior autonomia conferida ao Poder Executivo, este revela-se falho na efetivação dos direitos fundamentais, deficiência esta que, de igual forma, não é sanada a contento pelo Poder Legislativo.

Um outro argumento que merece menção como fundamento à atuação do juiz como uma espécie de legislador positivo é o trazido por Moro (2004, p. 243), pelo qual esse dogma apenas faria algum sentido se existisse diferença substancial entre o controle de constitucionalidade por ação e o controle de constitucionalidade por omissão. Explica o autor citado, dando exemplo de julgado da Suprema Corte norte-americana:

Análise mais profunda revela que a invalidação de uma lei nem sempre constitui atividade puramente negativa, pois tal ato pode também inovar a ordem jurídica, hipótese em que ele não se diferencia, em essência, da atividade supletiva de vazios normativos. Quando, por exemplo, a Suprema Corte norte-americana invalidou leis estaduais que criminalizavam generalizadamente a interrupção voluntária da gravidez, ela traçou parâmetros do que seria normativamente aceitável em termos de proibição. (MORO, 2004, p. 243)

Sustenta, ainda, que a interferência do juiz nos demais poderes, ao exercer o controle de constitucionalidade, é menor quando supre omissões geradoras de

inconstitucionalidades que quando decreta a invalidade de leis ou atos normativos eivados de tal vício. Argumenta Moro (2004, p. 244):

Aliás, a intensidade da interferência parece ser maior no caso de invalidação de ato legislativo inconstitucional do que no de suprimento de omissão inconstitucional. No primeiro caso, o juiz estará sobrepondo sua interpretação da Constituição à interpretação legislativa, dizendo que a lei, ato positivo do legislador, é incompatível com a Carta Constitucional. No segundo, o juiz apenas atua supletivamente, censurando não uma ação do legislador, mas uma omissão, ou melhor, talvez apenas **desenvolvendo e efetivando a Constituição, independentemente do legislador e no âmbito de suas atribuições específicas, ou seja, no julgamento de casos concretos, sem que sequer se cogite de censura a outro poder constituído.** (grifo nosso)

No Brasil, ainda é tímida essa postura do Poder Judiciário, havendo até mesmo falta de reconhecimento explícito de que assim se age. Um caso que pode ser citado trata-se do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca do art. 594, do Código de Processo Penal⁵⁴, que traz a necessidade de o réu recolher-se à prisão ou prestar fiança para interpor recurso de apelação, entendendo que referido dispositivo não afronta o princípio da presunção de inocência; entretanto, a norma só terá aplicação quando estiverem presentes os requisitos que autorizem a custódia cautelar, não sendo prejudicado o conhecimento de apelo do réu que se encontra foragido.⁵⁵ Verifica-se, que o Tribunal, de certa forma, inova a ordem jurídica, ao acrescentar elemento não contido na disposição processual penal, além de promover seu abrandamento à luz da ordem constitucional, na qual se reconhece como direito fundamental o acesso à instância recursal.

⁵⁴ Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo ser for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

⁵⁵ “HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – RECURSO DE APELAÇÃO NÃO CONHECIDO – NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DO RÉU PARA APELAR – VIOLAÇÃO DO DIREITO AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO – CONFUSÃO COM O DIREITO A APELAR SOLTO – ORDEM CONCEDIDA.

1- O direito a apelar solto não se confunde com o do duplo grau de jurisdição, consagrado no Pacto de São José da Costa Rica e corolário do Princípio do Devido Processo Legal.

2- O STF já entende, como direito fundamental, o acesso à instância recursal, não sendo possível o não recebimento do recurso em função de o réu estar foragido.

3- A determinação de que o réu deve recorrer preso somente prevalece quando presentes os fundamentos da custódia cautelar, mas não impede que o recurso seja recebido, caso o réu esteja foragido.

4- Ordem concedida para anular a decisão que julgou transitada a sentença e determinar o imediato processamento do recurso de apelação interposto pela defesa, sendo mantida, contudo, a determinação de que permaneça preso, em função de estar presente nova fundamentação exarada na sentença condenatória.”

(HC 90.687/MS. 5.ª Turma. Rel.ª Min. Jane Silva. J. 25.10.2007, v. u. Fonte: www.stj.jus.br. Acesso em 28.10.2009)

Portanto, à vista do que até aqui se argumentou, pode-se concluir que certos argumentos tradicionais que corroboravam a isenção da jurisdição representam, atualmente, óbices à realização da justiça e efetividade dos direitos fundamentais, com manifestos prejuízos à sociedade, já tão cicatrizada pela desigualdade e exclusão. Assim é que a neutralidade judicial, o formalismo procedimental, o apego à lei, a desconsideração dos princípios e valores constitucionalmente previstos e a visão estática da teoria da tripartição dos poderes devem ser metódica e fundamentadamente secundarizados nessa redefinição da jurisdição, necessária para que os desafios que se lhe apresentem sejam superados e possa ser constatada sua legitimação e efetiva contribuição como agente transformador da realidade social.

3.6 A responsabilização do juiz

Pacífico na doutrina que o exercício da função jurisdicional pode ser reconhecido como a prestação de um serviço público. Por assumir tal feição, a atuação do juiz leva à indagação acerca da possibilidade de o eventual lesado, por conta dessa atividade, buscar a reparação pelos danos sofridos, principalmente quando se admite uma atuação mais ativa da jurisdição.

Na Constituição Federal de 1988, a matéria é disciplinada pelo parágrafo 6.º, do art. 37⁵⁶ que, segundo Zulmar Fachin (2001, p. 107), trata-se de preceito que não tolera exceções, abarcando a responsabilidade civil do Estado em todas as suas dimensões, não se incluindo apenas as atividades administrativas, mas também as legislativas e jurisdicionais.

Essa possibilidade de responsabilização, por sua vez, foi acolhida regendo-se pela teoria do risco administrativo, por ser autorizada a invocação de causa excludente ou atenuante da responsabilidade, (MORAES, 2004, p. 911), teoria esta que, como sabido,

⁵⁶ Art. 37. A administração pública, direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

§ 6.º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

estabelece a responsabilidade do agente por meio de um critério objetivo, é dizer, prescinde-se a demonstração de culpa. Na jurisprudência também é adotado esse entendimento, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal.⁵⁷

Na teoria do risco administrativo, verifica-se que:

A obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. (SILVA, 2001, p. 658)

E prossegue José Afonso da Silva (2001, p. 658), esclarecendo que, nessa teoria, o lesado

não tem que provar que o agente procedeu com culpa ou dolo, para lhe correr o direito ao ressarcimento dos danos sofridos. A doutrina do risco administrativo isenta-o do ônus de tal prova, basta comprove o dano e que este tenha sido causado por agente da entidade imputada.

Acerca do art. 37, § 6.º, da Constituição de 1988 vale mencionar, por fim, que alberga ele uma dupla relação de responsabilidade, assim descrita por Odete Medauar⁵⁸ (1998, p. 387):

⁵⁷ Veja-se, a título de exemplo, o teor da decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 109.615-2/RJ, D. J. de 02.08.96, que teve como relator o Ministro Celso de Mello, assim ementado:

“INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS DE DETERMINAÇÃO DESSA RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO CAUSADO A ALUNO POR OUTRO ALUNO IGUALMENTE MATRICULADO NA REDE PÚBLICA DE ENSINO – PERDA DO GLOBO OCULAR DIREITO – FATO OCORRIDO NO RECINTO DA ESCOLA PÚBLICA MUNICIPAL – CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO – INDENIZAÇÃO PATRIMONIAL DEVIDA – RE NÃO CONHECIDO.

(...)

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência do ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público.” (grifos no original). (Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 out. 2004)

⁵⁸ Também identifica essa dupla relação Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2002, p. 529), para quem, no art. 37, § 6.º, “estão compreendidas duas regras: a da **responsabilidade objetiva do Estado** e a da **responsabilidade subjetiva do funcionário**.” (grifo da autora)

o preceito estabelece *duas relações de responsabilidade*: a) a do poder público e seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, de caráter objetivo, baseada no nexo causal; b) a do agente causador do dano, perante a Administração ou empregador, de caráter subjetivo, calcada no dolo ou na culpa. (grifo da autora)

Dessa feita, na relação Estado-vítima, deverá ser observado o critério objetivo de imputação de responsabilidade, nos termos da teoria do risco administrativo, acatada pelo texto constitucional; já a relação Estado-agente, porventura formada por ocasião do exercício do direito de regresso, terá como princípio norteador a teoria subjetiva, com vistas a se apurar o dolo ou a culpa *strictu sensu* do causador do dano.

É bem verdade que diversos argumentos foram construídos para excluir a responsabilização do Estado por atos praticados no âmbito do Poder Judiciário, tais como a soberania do referido Poder, a falibilidade contingencial dos juízes e o risco assumido pelo jurisdicionado ao procurar os serviços judiciários.⁵⁹ Todos eles, contudo, sucumbiram ao longo do tempo, de sorte que não há mais dúvidas ao se afirmar que a atividade jurisdicional, uma vez configurados os pressupostos da responsabilidade civil, pode dar ensejo à obrigação estatal de indenizar os danos daí decorrentes.

Sinale-se, ademais, que a peculiaridade relativa à sujeição do juiz a outros regimentos, não exclui seu enquadramento como um agente estatal passível de responsabilização. Nesse sentido, Nanni (1999, p. 166) pondera que:

Efetivamente (...), cremos ser o juiz agente público que presta serviços ao Estado, não havendo elementos a indicar sua exclusão de tal categoria. Dada a peculiaridade da função exercida, possui um regime estatutário diferente dos demais agentes, pois sua atividade é regida pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional, ou, segundo determinação constitucional (art. 93, *caput*), futuramente pelo Estatuto da Magistratura (...).

Contudo, nos passos do mesmo autor, é de se observar, com relação à responsabilidade do juiz, o seguinte:

⁵⁹ Sobre a refutação desses argumentos, vejam-se as obra “Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais,” de Odoné Serrano Júnior, e “Responsabilidade do Estado por atos judiciais”, de Augusto do Amaral Dergint.

a responsabilidade civil do juiz no exercício da função jurisdicional distancia-se da responsabilidade dos demais agentes públicos, visto que possui disciplina especial.

Enquanto os agentes públicos são civilmente responsáveis em caso de dolo ou culpa, a responsabilidade civil do juiz decorre daquelas hipóteses previstas em lei. (NANNI, 1999, p. 201)

E assim é exatamente porque não se deve descurar

da particularidade que norteia a função jurisdicional (...), primordialmente a independência do juiz no resguardo de sua plena autonomia para julgar. Mas esta não pode impedir sua responsabilização, sob pena de instaurar a impunidade. Justamente o que se busca é conciliar a independência com a responsabilidade, mediante os próprios limites e hipóteses incidentes que a lei tipifica.

(...)

A doutrina quase que unanimemente inquina nesse mesmo sentido, uma vez que não poderia deixar estar o juiz exposto a qualquer insatisfação das partes litigantes, se, ao seu alvitre, tivessem a possibilidade de acioná-lo.

A autonomia, as prerrogativas e a peculiaridade da função requerem essa limitação, percutindo seus efeitos na estabilidade que deve nortear a atividade do juiz (...). (NANNI, 1999, p. 212-213)

Dessa forma, mesmo diante do destacado papel da jurisdição na efetivação dos direitos fundamentais, que demanda uma atuação mais criativa e que realmente tenha seus efeitos refletidos positivamente na sociedade, é certo que esse atuar, na sempre possível hipótese de serem causados danos, autoriza o lesado a socorrer-se do mecanismo da responsabilidade civil para buscar, perante o Estado, a respectiva reparação, respondendo o magistrado naquelas hipóteses legalmente definidas como passíveis de indenização.

Uma passagem a passos largos pela doutrina permite a menção de algumas hipóteses em que o magistrado poderia ser responsabilizado no exercício da jurisdição. Assim é que para Nanni (1999, p. 201), um primeiro caso em que se poderia cogitar a referida responsabilização do magistrado seria o previsto art. 133, do Código de Processo Civil⁶⁰, é dizer, o proceder com dolo ou fraude e a recusa, omissão ou retardamento injustificado de

⁶⁰ Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.

Parágrafo único - Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

providências que deveriam ter sido tomadas de ofício ou foram requeridas pelas partes, hipótese esta que é ratificada pelos termos do art. 49, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional⁶¹. Outra situação seria a descrita inc. I, do art. 1.744, do Código Civil⁶², caracterizada pela não nomeação de tutor a menor, ou nomeação não feita oportunamente.⁶³

Serrano Júnior (1996, p. 150-167), nominando os casos de responsabilização do juiz, enumera as hipóteses de erro judiciário civil, erro judiciário penal, prisão provisória de pessoa inocente, abuso de autoridade, denegação da justiça, demora injustificada na prestação jurisdicional e dolo e culpa do agente judiciário, cujo enfoque mais específico quer parecer que escaparia aos limites propostos na presente dissertação, sendo digno, contudo, de estudo apartado.

⁶¹ Art. 49. Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.

Parágrafo único - Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias.

⁶² Art. 1.744. A responsabilidade do juiz será:

I – direta e pessoal, quando não tiver nomeado tutor, ou não o houver feito oportunamente. Sobre esse artigo, vale a pena lembrar a dupla relação de responsabilidade mencionada linhas acima, no sentido de que o juiz só responderá perante o Estado, em direito de regresso, e segundo o critério subjetivo de responsabilização.

⁶³ Na obra do autor são mencionados os artigos 294, 420, 421 e 1552, do CC/1916, sendo que, dentre esses últimos, apenas o art. 421 tem disposição correspondente no Código Civil de 2002, qual seja, o inciso I, do art. 1744.

CONCLUSÃO

O advento do positivismo jurídico representou um grande avanço para a época, como forma de atendimento do deslocamento do eixo do poder do soberano para os parlamentos. Para acompanhar essa mudança, a jurisdição também passou por reformulações consistentes na eleição da norma jurídica como centro da preocupação e atividade dos juízes e estudiosos, cuja atividade resumia-se a descrevê-la e aplicá-la ao caso concreto, tendo-se como único norte o desvelamento da vontade do legislador. A norma positivada, portanto, traduzia a neutralidade axiológica que se coadunava com o modelo de Estado vigente à época, em que a esfera individual era detentora de proeminência em detrimento das necessidades sociais.

Essa conjuntura exerceu considerável influência nas concepções clássicas da jurisdição, que refletiam tal mentalidade ou, quando não, em muito nela se inspiravam. Em Chiovenda isso é verificado quando se elege como principal traço da jurisdição a substitutividade, significando que a solução dos conflitos se dá por meio da atuação de órgãos públicos, em substituição à atividade particular ou de outros órgãos públicos, por meio da imposição objetiva da lei.

Essa teoria, em que pese tenha o mérito de ter centralizado a jurisdição como atividade estatal diferenciada das demais desenvolvidas pelo Estado, apresenta um esvaziamento de valores na medida em que inflaciona a sujeição à lei objetiva como fundamento da atividade jurisdicional. Com isso, essa atividade ganha feições algébricas incompatíveis com qualquer tentativa de adaptação aos valores e mudanças que invariavelmente ocorrem no seio da coletividade ao longo do tempo.

De igual maneira, Carnelutti centra sua concepção na idéia de lide, condicionando a existência da função jurisdicional aos casos ela é verificada. O mestre italiano, contudo, insere um componente novo, ao eleger como função da jurisdição a justa composição da lide. Por meio dessa preocupação ética com a finalidade do processo, Carnelutti se afasta, em certo ponto, da visão estritamente legalista da jurisdição, mas mantém-se fiel à relegação desta última como uma atividade puramente jurídica e descomprometida com finalidades sociais.

Já Hans Kelsen, considerado o pai do positivismo jurídico, articulou uma teoria em que o alijamento de elementos outros que não a norma jurídica, como centro de preocupação da ciência jurídica, atingiu seu apogeu, objetivando, dessa maneira, conferir ao Direito autonomia, objetividade e neutralidade. Verifica-se, em Kelsen, que a decisão proferida no exercício da jurisdição nada mais é que reprodução da norma ao caso concreto, como forma de continuidade do processo de produção do Direito, sem qualquer ingerência de aspectos sociológicos e axiológicos.

Na segunda metade do século XX, novos ventos sopraram e os rumos da concepção da jurisdição começaram a principiar por uma mudança. Em primeiro lugar, merece destaque o acesso à justiça, fruto da percepção de que a mera admissão ao processo ou ingresso em juízo não satisfaz aos princípios e garantias existentes na ordem jurídica, principalmente nas Constituições. O sistema judiciário deve ser capaz de garantir participação efetiva de todos os segmentos sociais e efetividade de suas decisões, que devem ser pautadas por critérios de justiça.

Uma segunda idéia de destaque é a instrumentalidade do processo, que trouxe importante ingrediente consistente na definição dos escopos da atividade jurisdicional. Por essa teoria, a resolução da pendência no caso concreto não esgota o objetivo da prestação jurisdicional, que deve objetivar a paz social ao aplicar o Direito, a partir do que se vislumbram os escopos sociais, políticos e jurídicos do processo. Sublinha-se, dessa forma, o ângulo externo do processo e define-se que a tutela processual deve abrigar pessoas e não direitos.

A par disso, as transformações ocorridas a partir de então não mais eram respondidas a contento pelo modelo de jurisdição então vigente, positivista e desvinculado de aspectos sociais, políticos, econômicos e culturais. Forte se tornou o clamor por uma aproximação da jurisdição com a conjuntura da sociedade, assim como ganhou relevância as normas constitucionais, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a disciplina por ela trazida quanto aos direitos fundamentais.

Aliás, essa maior aproximação da jurisdição com a realidade, bem como a constitucionalização dos direitos fundamentais nos moldes em que foi feita pelo constituinte de 1988 revelam-se medidas salutares para que o Poder Judiciário possa enfrentar a contento os efeitos da globalização verificados, principalmente, a partir do século XX, pelos quais a sobreposição do valor capital sobre os valores humanos apresenta forte potencial de incremento de desigualdades e exclusão de grupos considerados economicamente fracos e

outras consequências sociais preocupantes. Desse modo, à luz das incertezas pós-modernas e da redefinição do próprio espaço e força do Estado diante das forças econômicas globais, a reflexão a ser feita deve ter como fio condutor o potencial humanizante da Constituição Federal de 1988 e o tratamento que foi por ela dispensado aos direitos fundamentais.

No que tange a esses direitos, por sua vez, o estudo desenvolvido revelou, em primeiro lugar, que sua inserção dos textos constitucionais derivou de um processo de lutas e conquistas sociais que culminou em seu reconhecimento destacado dentro dos ordenamentos constitucionais, inclusive o brasileiro, no qual sua consagração deu-se de modo a conferir-lhe natureza principiológica e forte carga valorativa.

A Constituição Federal de 1988 também atribui aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata, além de ter sufragado todas as gerações desses direitos, ao longo de seu texto, admitindo, ademais, o caráter aberto do rol por ela albergado, o que, portanto, autoriza a admissão, no sistema brasileiro, de outros direitos que possuam traços de fundamentalidade, ainda que não tenham sido objeto explícito desse reconhecimento constitucional.

Para a exata compreensão da constitucionalização dos direitos fundamentais, contudo, mister abandonar a tese de que representam eles mera intenções ou promessas a serem satisfeitas ocasionalmente, mas antes reconhecer-lhe plena força normativa, até mesmo por conta da identificação desses direitos com os objetivos definidos no art. 3.º da Constituição Federal.

Por conta desse tratamento constitucional, deve ser reconhecida a vinculação dos Poderes Públicos com o compromisso de efetivação dos direitos fundamentais, firmando-se, definitivamente, o papel da jurisdição como agente transformador da realidade social e concretizador dos direitos fundamentais.

Com isso, como a concepção de jurisdição deve espelhar os valores e as idéias das épocas, de forma que as concepções clássicas não podem ser ditas equivocadas, sob pena de se incidir em erro derivado de uma falsa compreensão de história, certamente elas devem ser reformuladas quando a evolução passa a oferecer novos valores e exigências, como é o que acontece com essa nova perspectiva trazida pela Constituição Federal acerca dos direitos fundamentais, somada às transformações advindas da globalização e da pós-modernidade.

Dessa maneira, se o acesso à justiça deve ser vivenciado; se o processo deve servir como ferramenta para a obtenção de escopos sociais, políticos e jurídicos; se existe a necessidade de aproximação entre a realidade social e a jurisdição; e, por último, se a efetivação dos direitos fundamentais consiste em exigência de primeira ordem no Estado brasileiro até mesmo como forma eficaz de combate aos efeitos nocivos da globalização, cristalina a necessidade de remodelação do conceito de jurisdição, cujas linhas mestras devem primar exatamente pela consecução desses objetivos.

Nesse sentido, é de se admitir que, para o trato dos direitos fundamentais, não se concebem fórmulas prontas ou escala de graus ou relevância, devendo a solução ser construída a partir dos elementos da situação concreta ponderados entre si, por meio de um trabalho hermenêutico segundo as premissas da moderna hermenêutica constitucional – reconhecida a insuficiência dos métodos tradicionais a tanto – as quais se aplicam inclusive às normas regentes do processo, uma vez que pouco adiantam institutos bem definidos se a sua utilização não explora corretamente todo o seu potencial de propiciar a efetividade da tutela jurisdicional.

Defende-se, pois, uma concepção de jurisdição que imprima ao Poder Judiciário uma postura mais ativa no enfrentamento do paradoxo entre a vasta consagração constitucional dos direitos fundamentais de um lado, e os abismos sociais de outro lado.

Dado o incremento do papel do Poder Judiciário na atualidade e a textura principiológica dos direitos fundamentais, justificável se mostra o reconhecimento de que uma maior atividade e criatividade no exercício da jurisdição, necessária até mesmo para que ela se legitime à luz dos objetivos do Estado brasileiro, não sendo cabível falar-se em eventual déficit democrático do Poder Judiciário, eis que a Constituição Federal consagra, em igualdade de condições, duas formas de legitimação dos Poderes e a deste último atrela-se a um aspecto material consistente no desempenho satisfatório de seu dever de transformar a realidade sobre a qual atua. Essa legitimação, portanto, deve ser buscada de maneira constante, a cada caso que é submetido à apreciação jurisdicional.

Mostra-se perfeitamente defensável, portanto, a possibilidade de o exercício da função jurisdicional pressupor maior liberdade no trato das ferramentas processuais postas à disposição dos julgadores, bem como uma postura mais participativa e comprometida no descortinamento das particularidades dos casos concretos, assim como a viabilidade de se atribuir à jurisdição um espaço criativo maior, seja na aplicação do Direito ou até mesmo em sua criação, tudo à vista das características dos direitos fundamentais e da abertura de seu rol

consagrada constitucionalmente. No Brasil, felizmente, já podem ser verificados alguns sinais dessa postura, quando se volta os olhos, a título de exemplo, para a concessão de ofício da antecipação de tutela levada a efeito por alguns Tribunais e para a mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao Mandado de Injunção.

Não são olvidados os desafios que se apresentam para a perfeita assunção dessa postura garantista dos direitos fundamentais. Mas mesmo eles, sejam materiais, filosóficos e de promoção da inclusão social, só poderão ser superados e vencidos a partir do momento em que a jurisdição passe ter como bússola a concretização de valores públicos e não a resolução de conflitos pontuais, abandonando-se, para tanto, qualquer ranço da postura dogmática por tanto tempo sustentada.

Dessa maneira, a obtenção de efetividade da jurisdição exige uma maior politização, no sentido de ser concedida maior abertura os órgãos jurisdicionais no esforço de efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, sendo certo, ademais, que o ordenamento não relegou essa função tão apenas aos poderes Executivo e Legislativo.

Longe de constituir afronta à separação dos poderes, essa nova proposta de configuração da jurisdição nada mais reflete que a necessária adaptação dessa teoria ao Estado contemporâneo, no sentido de que o relacionamento entre os Poderes deve ser permeado pelo equilíbrio, tendo-se por finalidade precípua a legitimação desse poder perante a sociedade pelo atendimento dos legítimos interesses de seus membros. Nesse passo, tendo em conta o fato de que a Constituição Federal consagrou direitos fundamentais e impôs aos poderes o dever de tutelá-los, forçoso afastar o cunho dogmático dessa teoria e admitir uma atuação do Poder Judiciário voltada a retificar as posturas e omissões praticadas pelos demais poderes que se desviem ou inibam a consecução dos objetivos constitucionais.

Sustenta-se, assim, que a noção de jurisdição contemporânea vincula-se fortemente com a efetivação dos direitos fundamentais, reconfigurando-se esse poder para que seja viabilizado o exercício dessa missão precípua que lhe confere a Constituição e lhe exige a sociedade, que não se esquece e clama cada vez mais pela antiga promessa de que “Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque eles serão saciados” (Mateus 5, 6).

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: RT, 2000.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: RT, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. Trad. Marcus Penchel.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Trad. Carlos Nelson Coutinho.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. **Código Civil**. In *Vade Mecum Saraiva*. Organização Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código de Processo Civil.** *In* Vade Mecum Saraiva. Organização Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código de Processo Penal.** *In* Vade Mecum Saraiva. Organização Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** *In* Códigos Tributário, Processo Civil e Constituição Federal. Organização Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942.** *In* Vade Mecum Saraiva. Organização Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979.** *In* Vade Mecum Saraiva. Organização Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus – Tráfico de entorpecentes – Recurso de apelação não conhecido – Necessidade de recolhimento do réu para apelar – Violação do direito ao duplo grau de jurisdição – Confusão com o direito a apelar solto – Ordem concedida. HC 90.687/MS. Impetrantes: Marco Antonio do Amaral Filho e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Relatora: Ministra Jane Silva. 25 de outubro de 2007. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 28 de outubro de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Indenização. Responsabilidade objetiva do Poder Público. Teoria do risco administrativo. Pressupostos primários de determinação dessa responsabilidade civil. Dano causado a aluno por outro aluno igualmente matriculado na rede pública de ensino. Perda do globo ocular direito. Fato ocorrido no recinto da escola pública municipal. Configuração da responsabilidade civil objetiva do município. Indenização patrimonial devida. RE não conhecido. Recurso Extraordinário n. 109.615-2. Recorrente: Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. Recorrida: Nelma de Castro Dias de Oliveira. Relator Ministro Celso de Mello. 28 de maio de 1996. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 18 de outubro de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. Art. 5º, LXXI da Constituição do Brasil. Concessão de efetividade à norma veiculada pelo artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil. Legitimidade ativa de entidade sindical. Greve dos trabalhadores em geral (art. 9º da Constituição do Brasil). Aplicação da lei federal n. 7.783/89 à greve no serviço público até que sobrevenha lei regulamentadora. Parâmetros concernentes ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos definidos por esta corte. Continuidade do serviço público.

Greve no serviço público. Alteração de entendimento anterior quanto à substância do mandado de injunção. Prevalência do interesse social. Insubsistência do argumento segundo o qual dar-se-ia ofensa à independência e harmonia entre os poderes (art. 2º da Constituição do Brasil) e à separação dos poderes (art. 60, § 4º, III, da Constituição do Brasil). Incumbe ao Poder Judiciário produzir a norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos, consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. MI 712/PA. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. 25 de outubro de 2007. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 28 de outubro de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. Garantia fundamental (cf, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (cf, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da Justiça Federal e da Justiça Estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nºs 7.701/1988 e 7.783/1989. MI 708/DF. Impetrante: SINTEM – Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 25 de outubro de 2007. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 28 de outubro de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção. Garantia fundamental (cf, art. 5º, inciso LXXI). Direito de greve dos servidores públicos civis (cf, art. 37, inciso VII). Evolução do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da Justiça Federal e da Justiça Estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CF. Em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989. MI 670/ES. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Relator para o acórdão: Gilmar Mendes. 25 de outubro de 2007. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 28 de outubro de 2009.

_____. Tribunal de Justiça de Rondônia. TUTELA ANTECIPATÓRIA – Admissibilidade – Previdência Social – Pensão por morte – Presença dos requisitos legais à concessão do benefício – Formalismos da legislação processual vigente que não podem obstar a concessão da medida judicial *ex officio* – Verba de caráter alimentar que é garantidora da dignidade humana – Inteligência do art. 201, V, da CF. Apelação n.º 100.010.2004.004155-7. Apelante: instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Apelados: Laureci Welmer e outros. Relator: Desembargador Renato Mimessi. 03 de junho de 2008. *In* RT 877/330.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região. MANDADO DE SEGURANÇA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ABUSO OU ILEGALIDADE. A concessão de tutela antecipada em ação civil pública, quando se afiguram, de plano, presentes os pressupostos fixados em lei, não se reveste de ilegalidade ou abuso. Se o julgador vislumbra os requisitos de que trata o art. 273 do CPC e 12 da Lei 7.347/1985, é perfeitamente legítima a concessão da medida de urgência. Dilação probatória não é procedimento que se afina com ação de segurança. Mandado de segurança denegado. TRT-PR-00182-2009-909-09-00-7. Impetrante: Irmãos Muffato e Cia. Ltda. Impetrados: Juíza em exercício na 1.^a Vara do Trabalho de Foz do Iguaçu e Ministério Público do Trabalho. Relatora: Juíza Marlene T. Fuverki Suguimatsu. 20 de julho de 2009. Disponível em: www.trt9.jus.br. Acesso em 28 de outubro de 2009.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9.^a Região. TUTELA ANTECIPADA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE DE ADESÃO A NOVO PLANO DE SAÚDE SEM RENÚNCIA A DIREITOS. LEGALIDADE. ABUSO NÃO CONFIGURADO. Não se reveste de abuso ou ilegalidade a concessão de tutela antecipada para permitir a migração da empregada para o novo plano de saúde implantado pela empresa, sem que para tanto precise renunciar a uma série de direitos. Há que se ponderar que, além de encontrar respaldo no ordenamento jurídico, posto que atendidos os requisitos do art. 273, a medida homenageia princípios peculiares ao Direito material do Trabalho, em especial o de que só se considera verdadeira transação a permuta de um direito duvidoso por uma vantagem certa e concreta. Mandado de segurança denegado. TRT-PR-00422-2006-909-09-00-0. Impetrante: Fundação dos Economiários Federais – FUNCEF. Impetrados: Juiz em exercício na 18.^a Vara do Trabalho de Curitiba e Helenita Marzall. Relatora: Juíza Marlene T. Fuverki Suguimatsu. 02 de abril de 2007. Disponível em: www.trt9.jus.br. Acesso em 28 de outubro de 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 3.^a Região. Previdenciário. Aposentadoria por idade. Rurícola. Preliminar de nulidade da sentença. Início de prova material corroborada por prova testemunhal. Inexigibilidade da comprovação de recolhimento de contribuições. Honorários advocatícios. Custas processuais. Tutela antecipada. Apelação n.º 2000.03.99.031709-0. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrida: Zulmira Rodrigues Machado. Relator: Desembargador Federal Santos Neves. 04 de outubro de 2004. Disponível em: www.trf3.gov.br. Acesso em 16 nov. 2005.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CABRAL, Marcelo Malizia. Concretização do direito humano de acesso à justiça: imperativo ético do Estado Democrático de Direito. *In Coletânea de trabalhos de conclusão de curso apresentados ao Programa de Capacitação em Poder Judiciário – FGV Direito*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2009, p. 09-87.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Trad. Eduardo Brandão.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição crítica e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Jurisdição no processo civil**: compreensão crítica. Curitiba: Juruá, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. *In* FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30-49.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional** e teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, s. d.

CÁRCOVA, Carlos María. **Direito, política e magistratura**. São Paulo: LTr, 1996. Trad. Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dornelles Coelho.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Lejus, 2000. Trad. Antônio Carlos Ferreira.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. Vol. II. Trad. Paolo Capitanio.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio; GOMES, Rogério Zuel. **Princípios constitucionais e direitos fundamentais**: contribuições ao debate: Curitiba: Juruá, 2006.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: RT, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
DIMOULIS, Dimitri. Elementos e problemas da dogmática dos direitos fundamentais. *In*
SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria
do Advogado, 2006, p. 71-98. Vol. I. Tomo II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo:
Malheiros, 1995.

_____. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: RT, 1994.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: RT, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 7. ed. São Paulo:
Saraiva, 1995.

_____. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DIP, Ricardo. **Tradição, revolução e pós-modernidade**. Campinas: Millennium, 2001.

DIREITO, Carlos Gustavo Vianna. **Do controle disciplinar do juiz: à luz da jurisprudência**
do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional**. Rio de
Janeiro: Renovar, 2001.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades
sociais. *In* FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São
Paulo: Malheiros, 2005, p. 52-67.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão**
dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito humanos fundamentais**. 8. ed. São Paulo:
Saraiva, 2006.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. **A prestação jurisdicional** o ideal idealíssimo, o ideal
realizável e o processo de resultados. Campinas: Millennium, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991. Trad. Raul Fiker.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura: no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. 16. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. Trad. Luís Afonso Heck.

HOBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. Trad. José Viegas.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. vol. 4.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada: e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. 5. ed. Barueri: Manole: 2004.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

_____. A educação permanente de juízes. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, vol. 718, p. 326-331, ago. 1995.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. [s. l.]: Max Limonad, 1999.

NOGUEIRA, Alberto. **Jurisdição das liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de Paula. **A Jurisdição como elemento de inclusão social: Revitalizando as regras do jogo democrático**. São Paulo: Manole, 2002.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. **Constituição e ineficácia social**. Curitiba: Juruá: 2003.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Considerações sobre o desafio da magistratura contemporânea na implementação dos direitos humanos fundamentais. **Revista CEJ**, Centro de estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n. 45, p. 21-31, abr./jun. 2009.

ROCHA, César Asfor. **A luta pela efetividade da jurisdição**. São Paulo: RT, 2007.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coord.). **Reforma do Judiciário** primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.º 45/2004. São Paulo: RT, 2005. p 283-292.

ROTHENBURG, Walther Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

_____. **Direitos fundamentais e suas características**. Fonte: www.juridica.com.br. Acesso em 15 ago 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: RT, 1997.