



FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO

---

## **PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

# **JURISDIÇÃO CRÍTICA COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**DANIEL MARQUES DE CAMARGO**

**Orientador: Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi**

---

**JACAREZINHO (PR) - 2006**



FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO

---

## **PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

# **JURISDIÇÃO CRÍTICA COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

***DANIEL MARQUES DE CAMARGO***

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

**Orientador: Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi**

---

**JACAREZINHO (PR) – 2006**

## RESUMO

O trabalho começa pela abordagem dos direitos fundamentais e a necessidade não somente de sua proclamação ou afirmação, mas especialmente de sua implementação ou efetivação. Ao Estado Democrático e Social de Direito e aos protagonistas do direito da atualidade cumpre tornar vivos e pulsantes aqueles direitos essenciais, imprescindíveis, básicos para uma convivência ordenada, sadia minimamente, em que a cidadania se faça presente, em que haja inclusão social e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana seja verdadeiramente a maior, a mais importante e a grande diretriz orientadora da interpretação jurídica. Para a execução de tal missão, quem realiza o direito precisa dar mais atenção à principiologia, trabalhar o acesso à justiça de modo eficaz e célere, entender que o direito precisa de socialização, eticidade, operabilidade, humanismo e visão crítica. Além disso, o processo necessita de efetividade e instrumentalidade, funcionando de tal modo a destinar a cada um dos indivíduos aquilo e exatamente aquilo que lhe pertence ou é de direito. A importância de uma atividade jurisdicional crítica, atenta às diretrizes constitucionais, axiológicas e de justiça, bem como aos princípios norteadores de nosso ordenamento jurídico, como veículo para tornar efetivos e pulsantes os direitos fundamentais. Os limites relacionados ao exercício crítico da jurisdição, as suas possibilidades e relevância, visando um processo e uma ordem legal que cumpram de modo pleno e eficaz o seu mister. As formas de interpretação das normas jurídicas e a metodologia, os direitos fundamentais e a sua efetivação completa, através da prestação jurisdicional desvinculada de formalismos e tecnicismos exagerados.

Palavras-chave: Jurisdição. Crítica. Direitos fundamentais. Efetividade. Interpretação e aplicação jurídica.

## **ABSTRACT**

The paper starts with the approach of the fundamental rights and the necessity not only of its proclamation or affirmation, but especially of its implementation and effectivity. The Law Social and Democratic State and the protagonists of the nowadays law behoove to turn alive and pulsating those essential rights, indispensable, basic for an orderly acquaintance, minimally, healthy, in which the citizenship is present, in which there is a social inclusion, after all, where the fundamental principle of the human person dignity is truly the biggest, the most important and the great guideline of judicial interpretation. To execute that mission, who performs the law needs to give more attention to the principling, to work for the access to the justice in an effective and eminent way, to understand that law needs socialization, ethicism, functioning, humanism and critical view. Beyond that, the process needs effectivity and instrumentally, functioning in such a way to apply to each one of the individuals what, and exactly what is pertained or of right. The importance of a critical jurisdictional activity, attentive to the constitutional guidelines, axiological and of justice, as well as to the guideness principles of our juridical order, as a vehicle to turn the fundamental rights effective and pulsating. The limits related to the critical exercise of jurisdiction, its possibilities and relevance, aiming at a process and legal order that accomplish its purpose in a complete and effective way. The juridical norms ways of interpretation and the methodology, the fundamental rights and its absolute effective rendering through the jurisdictional installment apart from formalisms and exaggerated technicism.

Key-words: Jurisdiction. Critic. Fundamental rights. Effectivity. Legal interpretation and application.

"Deus é muito treteiro. Faz as coisas de forma tão recôndita e disfarçada que precisamos ir tirando os véus, a fim de revelar a obviedade do óbvio" (Darci Ribeiro)

"Quem decide pode errar. Quem não decide já errou" (Herbert Von Karajan, maestro alemão)

"Deve o direito ser interpretado inteligentemente; não de modo a que a ordem legal prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis" (Carlos Maximiliano)

**Ao meu pai Osny e à minha mãe Marília, que me passaram as bases para a compreensão e integração de parâmetros éticos essenciais.**

**Às minhas irmãs, Ana Carolina e Mariana, pela doçura, carinho e inteligência.**

**À Viviane, minha noiva, mulher pela qual tenho amor profundo.**

## **AGRADECIMENTOS**

A todos os professores do Programa de Mestrado, cujos ensinamentos, conhecimentos jurídicos e sensibilidade social trouxeram os fundamentos básicos para uma melhor compreensão do direito e da justiça social, especialmente ao meu orientador, Prof. Dr. Eduardo Cambi, pela contribuição inestimável para o bom andamento e conclusão do trabalho.

Ao Prof. Dr. Vladimir Brega Filho, que me iniciou na vida acadêmica, pela sua transparência, objetividade, sinceridade e comportamento ético.

Ao Prof. Dr. Reinéro Antonio Lérias, professor de corpo e alma, pessoa nobre e profundo conhecedor do direito, da História e do espírito humano.

A todos os colegas de Mestrado, em especial àqueles que se transformaram em grandes companheiros: Marcelo Gonçalves Saliba, Romualdo Flávio Dropa, Mateus Faeda Pelizari, Elidia Aparecida de Andrade Correa, Marcelo Miguel Conrado, Roald Contrucci e Maria da Glória Navarro.

Aos meus sócios Eduardo Mattar, Osny e Anna, pelo auxílio e compreensão.

À Deborah Carvalho, minha secretária, estagiária, colaboradora e amiga.

Aos funcionários da Fundinop, especialmente à Natalina Costa, pessoa doce, competente, prestativa e valorosa.

Aos amigos, que tornaram a jornada mais amena e que me apoiaram de modo direto ou indireto.

A todos os meus alunos das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO, pelo respeito, carinho e aprendizado recíproco em todos estes anos.

A Deus, pela saúde a mim destinada, pelo favorecimento do Universo e pelo imponderável que torna a vida mágica, apaixonante, cheia de encantos e desencantos, encontros e desencontros.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	iii
<b>ABSTRACT</b> .....	iv
<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	vii
<b>SUMÁRIO</b> .....	viii
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>CAPÍTULO I</b> .....	11
1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
1.1. Proclamação.....	17
1.2. Efetivação: desfrute real e concreto.....	21
1.3. A importância do respeito aos princípios constitucionais.....	27
<b>CAPÍTULO II</b> .....	37
2. ACESSO À JUSTIÇA.....	37
2.1. Socialização do direito e cidadania.....	44
2.2. Função política do direito.....	51
2.3. Instrumentalidade e efetividade do processo.....	56
2.4. Novos paradigmas jurídicos e inclusão social.....	59
<b>CAPÍTULO III</b> .....	69
3. JURISDIÇÃO CRÍTICA E EMANCIPATÓRIA COMO VEÍCULO PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	69
3.1. Aspectos teóricos e práticos.....	72
3.2. Crítica ao dogmatismo excessivo.....	78
3.3. O poder discricionário do magistrado.....	82
3.4 A interpretação, a aplicação jurídica e a efetividade.....	90
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	100
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	102
<b>ANEXOS</b> .....	108

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais estão no topo da pirâmide de nosso ordenamento jurídico, exatamente em virtude de sua imprescindibilidade e importância para uma coexistência em sociedade com parâmetros mínimos de eticidade, juridicidade, respeito mútuo e inclusão social.

Não é suficiente, no entanto, a previsão, ainda que completa, acerca dos direitos fundamentais. Faz-se também premente a sua efetivação, ou seja, que eles existam e se agreguem à vida das pessoas no sentido material (substancial). O primeiro capítulo trata de tais aspectos, somados à importância do respeito aos princípios constitucionais.

O segundo capítulo aborda questões ligadas ao acesso à justiça, à socialização e à função política do direito, bem assim a instrumentalidade e a efetividade do processo, a fim de estabelecer novos paradigmas jurídicos e inclusão social.

Uma das formas para tal realização é uma prestação jurisdicional temporânea, completa, atenta às diretrizes e exigências necessárias a tornar efetivos os direitos fundamentais, o que é não só possível e desejável, mas necessário.

É sabido que se faz fundamental para a existência de um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito um Poder Judiciário absolutamente independente. No entanto, necessário ir além, porque também imprescindível que, hodiernamente, a função jurisdicional seja exercida de modo crítico e atento à materialização dos princípios políticos e jurídicos estabelecidos constitucionalmente, em especial os que se relacionam direta ou indiretamente com os direitos fundamentais e a dignidade humana.

As possibilidades de prestação jurisdicional, tanto dogmática quanto emancipatória, são tratadas no terceiro capítulo, que também aborda questões relativas à possibilidade e aos limites do exercício crítico da jurisdição, especialmente naquilo que se refira à efetivação de direitos fundamentais, ou seja, a passagem dos direitos conquistados no plano jurídico-político para a plena

concretização. Para tanto, também imperiosa a análise das formas de interpretação das normas jurídicas e da metodologia da hermenêutica.

É incontroverso que a mera afirmação de um rol de direitos pode nada significar, se não houver a implementação de condições para a realização e substancialização dos direitos proclamados.

## CAPÍTULO I

### 1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um resumo seqüencial dos direitos fundamentais, posicionando-os historicamente e levando em conta os ciclos que lhes são inerentes, de forma global, pode ser visualizado pelas seguintes etapas: 1 – uma pré-história, que se estende até o século XVI; 2 – uma fase intermediária, que se liga ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; 3 – a fase de constitucionalização, que se inicia em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

As idéias relacionadas às liberdades fundamentais, ensejadoras dos direitos fundamentais como hoje vistos, têm sua base na seguinte idéia, resumida por Otfried Hoffe:

As liberdades fundamentais devem definir para cada ser humano certos espaços de liberdade, em que não devem intervir os outros e no qual pode fazer e deixar de fazer o que bem lhe parece. Para que tais espaços de liberdade se tornem realidade, cada um deve saber exatamente até onde alcançam e onde terminam; e o saber correspondente deve ser comum a todos, já que as liberdades fundamentais somente se realizam através da renúncia à liberdade por parte de todos (HOFFE, 2001: p. 366-7).

Trata-se de uma proteção não só contra a interferência indevida de outro particular em nossas vidas, bens ou interesses, mas também uma barreira para evitar abusos e ingerências de parte do próprio Estado e entes organizados.

A verdade é que a justiça sem um mandato coletivo para o exercício da coerção não se torna uma realidade, porque não consegue existir legitimamente, com efetividade e bom direcionamento. Daí surge a idéia do contrato social.

E o respeito a tal mandato é incondicional e a ofensa a ele grave, pois nas palavras de Otfried Hoffe:

...os poderes do Estado não existem por própria perfeição de poder, mas graças à renúncia do direito daqueles que são primeiros e originários os aliados no direito. Somente porque são vantajosas para cada um deles as renúncias à liberdade que fazem parte das liberdades fundamentais e porque cada um deles assim se situa melhor diante da hipótese se um

poder coletivo é responsável pelas liberdades fundamentais, por isso e somente por isso os poderes do Estado são legítimos. Hobbes simbolizou a pretensa carta branca do Estado na figura do Leviatã (HOFFE, 2001: p. 393).

As normas jurídicas, portanto, com o consentimento de todos e visando proteger os anseios, reivindicações e interesses gerais, regulamentam o convívio em sociedade, e as constitucionais estão no topo da pirâmide de nossa ordem legal. O ordenamento jurídico existe levando em consideração as relações necessárias que surgem da natureza dos fatos e valores em jogo.

Louis Assier-Andrieu, ao tratar da ordenação humana e do conteúdo das leis, posiciona-se:

As mais variadas causas governam a ordem dos homens: o clima, o relevo, a economia, a demografia, as idéias religiosas e, enfim, elemento fundamental, o “espírito geral da nação” determinam a fisionomia das regras da vida humana e, como esses fatores mudam de um lugar para outro, de uma cultura para outra, é legítimo que as leis mudem. Essa é a primeira das grandes novidades. Quem a expressaria melhor do que seu próprio autor...”As leis são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas (ASSIER-ANDRIEU, 2000: p. 101).

De tais relações, que confirmam o tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale, emergem as normas jurídicas fundamentais, a resguardar aqueles direitos chamados fundamentais, especialmente estabelecidos na Constituição Federal, com o fito de guardar a unidade e a harmonia do direito e da ordem social e legal, além de proteger os bens da vida mais importantes à coexistência em sociedade.

Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A supremacia do Direito espelha-se no primado da Constituição. Esta, como lei das leis, documento escrito de organização e limitação do Poder, é uma criação do século das luzes. Por meio dela busca-se instituir o governo não arbitrário, organizado segundo normas que não pode alterar, limitado pelo respeito devido aos direitos do Homem.

A Declaração de 1789 exprime essa idéia no art. 16: ‘A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos (fundamentais) nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição (FERREIRA FILHO, 2005, p. 3).

Os direitos fundamentais, normas jurídicas positivas constitucionais que são, devem ser vistos como a categoria instituída com o objetivo de proteção à dignidade, à liberdade e à igualdade humanas em todas as dimensões. O termo fundamental, é certo, deixa clara a imprescindibilidade desses direitos à condição humana e ao convívio social.

De acordo com a precisa lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo (SARLET, 2005: p. 70)

Classificar direitos como fundamentais significa tirá-los da esfera de disponibilidade do legislador ordinário, agregando-lhes força, imperatividade absoluta, cogência e garantia tão intensas, que não é mais possível qualquer restrição, limitação, flexibilização ou não incidência deles.

Inexiste norma constitucional completamente destituída de eficácia, apesar da inescandível presença de uma graduação de carga eficaz das mais diversas normas constitucionais. No entanto, quando se fala em direitos fundamentais, referida carga eficaz deve ser vista, tida e realizada de modo integral.

A diferença entre direitos e garantias repousa na circunstância de que estas não resguardam bens da vida propriamente ditos, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança, mas sim fornecem instrumentos ou caminhos jurídicos aos indivíduos para exatamente garantir referidos direitos.

As garantias, por conseguinte, são os veículos, os meios, os modos, as formas que conferem eficácia aos direitos fundamentais; são direitos de ordem processual, permissões para ingressar em juízo para obter uma medida judicial com uma força específica ou com uma celeridade não encontrável nas ações ordinárias.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior tecem a seguinte consideração ao abordar o tema:

Rui Barbosa foi um dos primeiros a abordar a questão. Disse que da leitura do texto constitucional poder-se-iam separar as disposições declaratórias, que estariam a imprimir existência legal aos direitos reconhecidos, das disposições assecuratórias, que atuariam na proteção desses direitos fundamentais, limitando o poder (...)

Logo, para diferenciar *direitos* de *garantias*, a interpretação do texto constitucional deve ter em foco o conteúdo jurídico da norma, se declaratório ou assecuratório, e não a forma redacional empregada (ARAUJO, 2003, pp. 86-7)

A bem da verdade, feitas as distinções acima e sem o intuito de estabelecer o caos, é possível assinalar que os direitos são garantias, e que as garantias são direitos.

Das características relacionadas aos direitos fundamentais, importa elencar:

1 - Historicidade: têm eles caráter histórico como qualquer direito, ou seja, se formos rebuscar suas origens, encontraremos uma cadeia evolutiva, no pico da qual eles se situam.

2 - Universalidade: são destinados a todos os seres humanos, indistintamente, constituindo uma preocupação geral da humanidade.

3 – Individualidade, que não se contrapõe à universalidade, pois está relacionada ao fato de que cada pessoa é um ente perfeito e completo, mesmo que considerado de forma isolada e ainda que se leve em conta a gregariedade inerente ao ser humano.

4 - Limitabilidade: não são absolutos, porque podem ocorrer situações em que o exercício de um direito fundamental coloca o seu titular em choque com quem exerce um outro direito fundamental, havendo então uma colisão de direitos, resolvida não pelo aspecto da validade, mas sim pela preponderância de um ou outro direito, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

A contraposição de direitos fundamentais igualmente valiosos se resolve, por conseguinte, através daquilo que se denomina relação de precedência condicionada, que se explica pelo fato de que, sob determinadas condições e em

atenção ao caso concreto, um direito prevalecerá em detrimento do outro, que não deixa de ser da mesma forma importante e pleno.

5 - Concorrência: os direitos fundamentais podem ser acumulados num mesmo titular, ou cruzar-se vários deles.

5 - Irrenunciabilidade: os indivíduos não podem deles dispor. É possível que deixem de exercer alguns dos seus direitos fundamentais, mas não renunciar a eles.

Ainda seguindo os passos de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Junior, no que concerne à especial proteção que nossa Constituição Federal de 1988 outorgou aos direitos fundamentais, foram ressaltados os seguintes aspectos:

- a) nível singular de proteção de suas normas, exteriorizada pela inserção de seus dispositivos na Constituição, o que implica um processo mais gravoso de reforma e, desse modo, um dever de compatibilidade vertical entre o conjunto legislativo ordinário e a sua textura normativa;
- b) direitos e garantias individuais, como espécie dos direitos fundamentais, erigidos em limites materiais à própria competência reformadora, conforme enunciado no art. 60, § 4º, IV, da Constituição;
- c) comando de aplicabilidade imediata de seus preceitos, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. (ARAUJO, 2003, pp. 92-3)

De modo sucinto, pode-se classificar os direitos fundamentais em três gerações já conhecidas pela doutrina, somada a mais uma que surge, ou seja:

1 - primeira geração: direitos individuais e políticos, de defesa do cidadão contra a indevida intromissão estatal, devendo o Estado atuar de tal modo que se abstenha de se imiscuir na vida particular dos cidadãos, tais como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, completados por um leque de liberdades, tais como as de expressão coletiva (liberdades de imprensa, de expressão, de manifestação, de reunião e de associação), bem assim pelos direitos de participação política, como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva;

2 - segunda geração: direitos sociais, econômicos e culturais para a satisfação das necessidades mínimas relacionadas à dignidade dos indivíduos, exigindo uma atuação positiva do Estado, ou seja, assistência social, saúde, educação, trabalho e as chamadas liberdades sociais, que são a liberdade de

sindicalização, o direito de greve, às férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo e a limitação da jornada de trabalho;

3 - terceira geração: são direitos de titularidade difusa, ligados à solidariedade e fraternidade (direito à paz, do consumidor, ao desenvolvimento econômico, à comunicação, ao meio ambiente saudável, direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural);

4 - finalmente, de quarta geração: são os denominados direitos à democracia, à informação, ao pluralismo, o direito de ser diferente (que não pode servir de escusa à intolerância de outros direitos), a biotecnologia, a bioengenharia, direito ao exercício da plena cidadania.

A classificação ajuda historicamente e o propósito de sistematização e facilitação do entendimento é sempre válido. No entanto, há de se ter cuidado com formalismos e a vontade constante de se reconhecer novos direitos fundamentais, o que pode ser nocivo, de conformidade com a resumida análise de Ingo Wolfgang Sarlet:

No que diz com o reconhecimento de novos direitos fundamentais, impende apontar, a exemplo de Perez Luño, para o risco de uma degradação dos direitos fundamentais, colocando em risco o seu “*status* jurídico e científico”, além do desprestígio de sua própria “fundamentalidade”. Assim, fazem-se necessárias a observância de critérios rígidos e a máxima cautela para que seja preservada a efetiva relevância e prestígio destas reivindicações e que efetivamente correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal (SARLET, 2005: p. 62)

De relevo anotar que se utilizou o termo “geração”, ao invés de “dimensão”, ao classificar os direitos fundamentais, sem a conotação que alguns constitucionalistas pretendem lhe dar, isto é, fugindo da idéia de uma geração de direitos substituindo a outra, mas sim com a convicta conclusão de que as categorias de direitos se complementam e se harmonizam.

Qualquer dicotomia que se pretenda estabelecer ou se possa imaginar, concernente aos direitos fundamentais e suas gerações, deve ser superada levando-se em conta que são eles indivisíveis e interdependentes.

Distinção que é digna de menção é aquela entre direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material, exposta por Ingo Wolfgang Sarlet:

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de K. Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais (SARLET, 2005: p. 93).

Além de todos os aspectos antes mencionados, os direitos fundamentais, normas incorporadoras de determinados valores e decisões essenciais que são, têm também o propósito de servir, na sua qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como diretriz para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais.

É certo que os direitos fundamentais fornecem impulsos e parâmetros para a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional. Têm, pois, importante efeito irradiante.

### 1.1 Proclamação

Apesar do grande relevo que teve e ainda tem, a mera proclamação, enunciação ou afirmação dos direitos fundamentais, não mais é suficiente à conclusão de que se está diante de um Estado Democrático e Social de Direito. Uma breve seqüência histórica de alguns importantes momentos relacionados à proclamação de direitos segue adiante.

Antigamente dominava a ilimitação do poder estatal. As liberdades públicas não existiam e o processo de sua aquisição foi bastante lento.

O cristianismo, trazendo a idéia de que as pessoas são criadas à imagem e semelhança de Deus, teve uma contribuição importante, na medida em que

indicou a igualdade como um dos pressupostos fundamentais, alçando o ser humano a um novo patamar de dignidade e relevância.

O poder absoluto monárquico começou a sofrer as primeiras fissuras quando os reis da Idade Média pactuavam com seus súditos acordos mediante os quais estes últimos se conformavam com a supremacia monárquica, enquanto o rei, por sua vez, fazia algumas concessões a determinados estamentos sociais.

A mais célebre destas Cartas, a *Magna Carta Libertarum*, foi extraída pela nobreza inglesa do Rei João Sem Terra, em 1.215.

Entretanto, somente no Século XVII é que houve conquistas substanciais e definitivas.

Quando trata da coordenação, da proclamação de direitos fundamentais e do pacto social, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim se posiciona:

O pacto social, para estabelecer a vida em sociedade de seres humanos naturalmente livres e dotados de direitos, há de definir os limites que os pactuantes consentem em aceitar para esses direitos. A vida em sociedade exige o sacrifício que é a limitação do exercício dos direitos naturais. Não podem todos ao mesmo tempo exercer todos os seus direitos naturais sem que daí advenha a balbúrdia, o conflito (FERREIRA FILHO, 2005: p. 4).

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1.789 teve enorme importância, especialmente pelo fato de que tinha como características a universalidade e o racionalismo. Serviu verdadeiramente como modelo a ser seguido pelo constitucionalismo liberal.

Deste período vem a importância de Rousseau, com a sua obra *Contrato Social*, que partiu do postulado fundamental da Escola de Direito Natural: a existência de um Estado de natureza no qual o homem é livre e a conclusão de um contrato social pelo qual o homem funda a sociedade. No primeiro vigoraria a liberdade plena, no segundo surgiria o poder que limita as liberdades individuais.

A fonte última do poder, portanto, é o próprio indivíduo, que continuará no gozo de todas as prerrogativas das quais não abriu mão por ocasião do contrato social.

Rousseau fundamenta sua posição lembrando que os homens, ao celebrarem o contrato social, comprometem-se a obedecer à vontade geral, que se expressa pela maioria, e não exatamente pela unanimidade.

Montesquieu, por sua vez, teve grande importância em virtude de sua desconfiança fundamental em face do poder e o princípio daí decorrente da separação de funções.

Voltaire também se fez presente, não só na invocação liminar ao Ser Supremo, como principalmente no espírito de tolerância religiosa que impregna toda a declaração.

Nos Estados Unidos da América tiveram importância todas as Declarações Americanas, ocorridas a partir da independência das colônias em 1.776.

A mais importante delas é a de Virgínia, que proclama em seu artigo 1º:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

Louva-se tanto a declaração francesa quanto as americanas em virtude da característica que lhes é essencial: a inspiração jusnaturalista, vinculada à idéia de que os seres humanos têm direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis e invioláveis, e que são direitos de todas as pessoas, não somente de um grupo, casta ou estamento.

As liberdades públicas, hoje, têm uma configuração muito mais complexa do que nos fins do século XVIII. O Iluminismo exerceu notável influência ao estabelecer algumas idéias, tais como a individualidade dos seres humanos; a razão como medida do justo; a natureza, cujas leis conduzem ao melhor dos mundos possíveis; a felicidade como meta primordial das pessoas; e, finalmente, o progresso, que exige um encaminhamento constante para patamares melhores e mais qualitativos.

As Constituições modernas, por exemplo, já não mais falam em direito de propriedade de forma ilimitada, mas agora muito se fala em função social da propriedade, o mesmo se dando em relação aos contratos.

As Constituições passaram também a proteger não somente os indivíduos, mas também os grupos: sindicatos, igrejas, associações profissionais, culturais e recreativas.

A proclamação de direitos de âmbito transnacional mais importante é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi votada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1.948, texto que foi aprovado por 40 votos e 8 abstenções.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem preocupa-se, especialmente, com quatro ordens de direitos individuais.

1 - direitos pessoais do indivíduo.

Exemplos: direito à vida, à liberdade, à segurança

2 - direitos do indivíduo em face das coletividades.

Exemplos: direito à nacionalidade, direito de asilo para toda pessoa perseguida (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior quanto no exterior, e direito de propriedade.

3 - liberdades públicas e os direitos políticos.

Exemplos: liberdade de pensamento, de consciência e de religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação, e o princípio da eleição, segundo o qual todos têm direito de participar na direção dos negócios públicos.

4-direitos econômicos e sociais: direitos ao desenvolvimento, à paz, ao trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação.

No aspecto estritamente jurídico, a Declaração é uma Resolução cujo conteúdo não se torna obrigatório para os Estados, a não ser quando ele é retomado sob a forma de uma convenção ou pacto. Trata-se, a bem da verdade, de uma solene declaração de princípios, com significação mais moral que jurídica.

A sua jurisdicionalização, portanto, depende da celebração de pactos que venham a lhe conferir eficácia.

No que concerne especificamente aos tratados, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim se posiciona:

A Emenda nº 45/2004 veio esclarecer a situação dos direitos advenientes de tratados. Decorre dela deverem-se distinguir duas situações. Uma, a dos tratados que, de acordo com o novo § 3º do artigo 5º (parágrafo

acrescentado por essa Emenda), tiverem sido aprovados pelas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus respectivos membros (procedimento equivalente ao de adoção de Emenda Constitucional – v. artigo 60, § 2º, da Lei Magna); outra, a dos tratados que não foram assim aprovados. No primeiro caso, os direitos decorrentes do tratado têm *status* constitucional, equiparam-se aos direitos fundamentais enunciados pela Constituição (arts. 5º, 6º etc). Claro está que ato que contrariar tais direitos incidirá em inconstitucionalidade. No segundo, o seu *status* é a lei infraconstitucional (FERREIRA FILHO, 2005: p. 101).

A Declaração de 1948 serviu à codificação das esperanças dos excluídos e das minorias/maiorias desprivilegiadas, proporcionou diretrizes legislativas para as lutas políticas pela liberdade, e ajudou a semear a positivação e implementação dos direitos da cidadania.

Lançou também as bases para a aferição da legitimidade dos governos, substituindo a eficácia da força pelo peso da ética, e deu impulso, de modo geral, a uma atuação governamental e não-governamental, especialmente da sociedade civil, visando mais solidariedade e inclusão.

## 1.2. Efetivação: desfrute real e concreto

Não mais nos é suficiente a proclamação, o anúncio, a afirmação ou enunciação de direitos fundamentais. Exige-se, hodiernamente, a efetivação, a implementação, fazê-los vivos e pulsantes para as pessoas e grupos, enfim, que sejam verdadeiramente agregados à vida dos cidadãos.

É necessário estabelecer a distinção desejada entre a eficácia jurídica e social das normas. O sentido de efetividade que se pretende alcançar é o da eficácia não só jurídica (aplicabilidade das normas jurídicas), mas especialmente o da eficácia social, a fim de que o círculo da efetividade, da realização do direito, do desempenho concreto de sua função social se complete. Aqui se está a falar, portanto, da materialização, no mundo dos fatos, das normas jurídicas e da aproximação maior possível entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.

Não é mais possível aceitar o distanciamento existente entre a proclamação e o desfrute concreto e real dos direitos fundamentais, até porque a modernidade ainda não chegou a cumprir as suas promessas, de forma cabal, em

nenhum lugar do mundo, e para execução e sedimentação de tais direitos há de se ter em vista novos caminhos e garantias e, enfim, mais cidadania e ferramentas democráticas.

Otfried Hoffe é oportuno ao afirmar categoricamente:

Por esta positivação, os direitos humanos não têm mais o significado de idéias, esperanças e postulados que podem ser até justificados, mas que em face da realidade dominante permanecem importantes. Também os direitos humanos não são mais simplesmente solenes declarações de intenção, mas, muito antes, uma parte obrigatória da ordem do direito e do Estado. Eles perderam o caráter de simples princípios de legitimidade e se tornaram princípios de legalidade (...).

Os direitos humanos são padrões morais, aos quais uma ordem jurídica se deveria submeter. Os direitos fundamentais ao contrário são os direitos humanos, na medida em que efetivamente são reconhecidos por uma ordem jurídica dada. Lá se trata de postulados ético-políticos, os quais, do ponto de vista do tempo e do espaço, são universais. Aqui se trata de normas jurídicas que, limitadas à respectiva coletividade, têm vigência positiva (HOFFE, 2001: p. 416-7).

Por óbvio que tais direitos só passam a ser realidade jurídica quando o monopólio do poder está com o todo, com a generalidade das pessoas, bem assim quando ninguém, nenhuma pessoa, instituição ou órgão estatal possui poder ilimitado, mas sim uma múltipla articulação, unindo-se numa rede de poderes públicos que se controlam reciprocamente.

Clara a distinção acima entre direitos humanos e direitos fundamentais, a crítica de José Augusto Lindgren Alves tem bastante pertinência, e vale para ambos:

Filhos legítimos da modernidade e herdeiros presuntivos da Ilustração, os direitos humanos vivem situação contraditória nesta fase de “pós-modernidade”. Adquiriram inusitada força discursiva, mas são ameaçados de todos os lados. Afirmaram-se como baliza da legitimidade institucional, mas sofrem rudes golpes da globalização econômica. Fortaleceram-se na ciência política e são quase que descaracterizados pela filosofia epistemológica. Receberam, na Conferência Mundial de Viena de 1993, o selo governamental do universalismo em época de grande exacerbação dos particularismos (ALVES, 2005: p. 9)

Cumprir lembrar que a Conferência Mundial de Viena desempenhou importante papel, pois os direitos fundamentais passaram a ter um grau de importância jamais visto.

Desta forma, cabe ao pesquisador, ao jurista e ao operador jurídico trazer o direito para a realidade das pessoas, buscar a efetivação dos direitos fundamentais e não mais aceitar que sejam meras aspirações da alma humana, mas sim permissões concedidas por meio de normas jurídicas e mais, que possam ser desfrutados de forma plena e justa.

Para tanto, urge reconhecer e proteger os direitos fundamentais, harmonizando-os com o Estado de Direito e dando impulso ao efetivo exercício da cidadania, isto é, participação política dos indivíduos nos negócios do Estado e nas outras áreas de interesse público e geral, fazendo valer as prerrogativas que defluem de um Estado Democrático.

Induvidoso que sem democracia e sem respeito absoluto aos direitos e garantias individuais e coletivos, não se consegue criar um ambiente minimamente saudável e propício à solução pacífica dos conflitos.

Necessária, pois, a diminuição do abismo existente entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações no campo dos direitos fundamentais.

Especialmente quando se trata de matéria constitucional, assim se posiciona Sergio Fernando Moro, ao abordar a aplicabilidade das normas:

Decorridos mais de dez anos da promulgação da Constituição de 1988, acredita-se que já se passou tempo suficiente para a assimilação do seu conteúdo democrático, sendo necessário conferir força de norma jurídica a todas as suas disposições, sem exceção.

Por essa razão é que não podem ser aceitas construções doutrinárias ou jurisprudenciais que neguem aplicabilidade a parte das normas constitucionais. Seus defensores mais hábeis argumentam que, apesar das distinções entre elas, inexistiria disposição constitucional destituída de eficácia. Qualquer uma delas teria, pelo menos, a eficácia mínima de coibir comportamentos contrários à Constituição por parte dos poderes públicos ou de exercer a função de integração ou de interpretação do ordenamento jurídico.

Todavia, isso é pouco, e não satisfaz àqueles que pretendem que a Constituição deve ter função diretora na vida política e social do país. Para tanto, é necessário que os poderes públicos estejam comprometidos com o desenvolvimento e a efetivação de todas as normas constitucionais, não sendo suficiente a aludida 'eficácia mínima'. (MORO, 2004: p. 233).

O Estado não é nem pode ser um fim em si mesmo. Existe para resolver os problemas sociais, garantir segurança, inclusão social, fazer justiça, promover a

comunicação entre as pessoas, oferecer-lhes paz, progresso e realização de direitos, do melhor modo possível, por todas as esferas.

Também de indeclinável importância, além de uma atuação incisiva do Poder Judiciário, a pressão da sociedade civil, da imprensa, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil, das organizações não-governamentais e associações em geral, a fim de que o Estado Democrático e Social de Direito e todas as suas premissas e características vigorem de forma plena e eficaz.

Ao exigirem a observância de referidos direitos fundamentais por todos, especialmente pelos agentes estatais no exercício de suas funções, entre as quais está a de manutenção da ordem legítima, está-se a monitorar democraticamente o Estado de Direito, protegendo-o também contra abusos de quem atua em nome do poder. Estado de Direito se configura muito mais pelo exercício diuturno da Justiça, em defesa de toda a cidadania, do que exatamente por eleições livres e pluralistas.

É preciso que todas as instituições antes mencionadas saiam da inércia e da passividade para uma atuação pró-ativa em busca da efetivação e da plenitude dos direitos fundamentais. Imperioso abandonar aquela idéia de que a pobreza é algo natural, inerente ao fenômeno social e humano. A pobreza é algo criado pela vida civilizada, pelo nosso ordenamento jurídico, pela ordem legal.

Ao abordar a pobreza na pós-modernidade, José Augusto Lindgren Alves assinala:

Na modernidade de ontem, o pobre era vítima de um sistema reconhecidamente iníquo, que procurava ou deveria auxiliá-lo. Na “pós-modernidade” contemporânea, ávida de eficiência e dinheiro, os pobres de sempre e os novos pobres são responsabilizados pela própria pobreza, não lhes devendo o Estado qualquer forma de apoio. Este fica por conta, quando existe, da magnanimidade individual e da filantropia organizada da sociedade civil. Os direitos humanos, tão valorizados no discurso, voltam a ser apenas aqueles “de primeira geração”, civis e políticos, malgrado as asserções internacionais da indivisibilidade, interdependência e inter-relação de todos: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (ALVES, 2005: p. 12).

As leis que regulam a propriedade, a assistência social, a educação, o contrato, a responsabilidade civil, a tributação, a política monetária e a ordem social, e a forma de interpretá-las e aplicá-las é que determinam a distribuição de riqueza na sociedade.

Conforme anota John Rawls:

A distribuição natural não é justa nem injusta; nem é injusto que pessoas nasçam em alguma posição particular na sociedade. Esses são simplesmente fatos naturais. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos. As sociedades aristocráticas e de castas são injustas porque fazem dessas contingências a base de referência para o confinamento em classes sociais mais ou menos fechadas ou privilegiadas. A estrutura básica dessas sociedades incorpora a arbitrariedade encontrada na natureza. Mas não é necessário que os homens se resignem com essas contingências. O sistema social não é uma ordem imutável acima do controle humano, mas um padrão de ação humana (RAWLS, 1997, p. 109).

Não pode haver óbices, obstáculos ou impedimentos à fruição dos direitos fundamentais, que ou são fundamentais, e assim devem ser vistos, protegidos e efetivados, ou não são, e então possibilitado está que fiquem à disposição do legislador, dos governantes, indivíduos e grupos. Não é aceitável a existência de direitos fundamentais dependentes de nova regulamentação legislativa e, por conseguinte, destituídos de aplicabilidade plena.

Assim deve pensar o Poder Judiciário quando da prestação da tutela jurisdicional, sem flexibilizações, restrições, impedimentos ou relativizações daquilo que foi considerado fundamental. Desta maneira é que se faz incidir verdadeiramente não só a democracia em sentido formal, mas especialmente a democracia substancial ou material, qual seja um ambiente, uma ordem constitucional que se baseie no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é expressa ao estabelecer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

E tais prescrições merecem respeito. Edson Barroso (*apud* Fabio Nadal) afirma que:

Sintetizando, faz-se preciso, porque imperioso e ínsito ao Estado de Direito, o estabelecimento – ou restabelecimento – do primado da Constituição Federal, acima de quaisquer pessoas e como base da convivência pacífica e harmônica da sociedade. Do contrário, dir-se-á existir, neste País, uma Constituição, rígida em seus princípios, conquanto passível de cumprimento ao sabor da conveniência de seus destinatários;

ou seja, uma fantasmagoria – falsa aparência de lei (a um só tempo, uma realidade formal e uma fantasia real). (NADAL, 2006: p. 123)

Muitos constitucionalistas pregam que tal prescrição, isto é, a aplicação imediata de referidas normas, não soluciona todas as questões, porque alguns direitos, como por exemplo os sociais, dependem de normas definidoras e regulamentadoras e, por conseguinte, têm caráter programático.

Discordamos de tal pensamento. O que se espera é uma exegese emancipatória, ainda mais quando envolvido está o princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial da hermenêutica constitucional.

Conforme ensina João Pedro Gebran Neto, assim deve ser analisada a questão:

O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao do restante dos preceitos da Constituição (GEBRAN NETO, 2002, p. 151)

O intérprete e protagonista jurídico precisa extrair o máximo de efetividade dos comandos relacionados aos direitos fundamentais, devendo o princípio da dignidade da pessoa humana funcionar como diretriz e limite à atuação do Estado, além de último reduto da hermenêutica.

Por tais caminhos, os direitos fundamentais deixarão gradativamente de ser meras aspirações da alma humana e dos juristas comprometidos com a justiça social, passando a fazer parte do mundo concreto das realizações.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao abordar o tema da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais dá conta de posicionamento de relevo:

Outra posição merecedora de destaque e que já foi objeto de menção, situando-se já no extremo mais otimista, advoga a tese da inexistência, em nossa Constituição, de normas programáticas, na medida em que, além da norma que consagrou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o Constituinte cuidou para que fossem criados instrumentos processuais aptos a combater também a omissão por parte do legislador e dos demais órgãos estatais, nomeadamente o Mandado de Injunção (art. 5º, inc. LXXI, da CF) – ele mesmo constituindo um autêntico direito-garantia fundamental

– e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF) (SARLET, 2005: p. 263)

Induvidoso que precisam também estar à disposição dos cidadãos mecanismos para a realização dos direitos fundamentais. A este respeito, os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

...em primeiro lugar, o fato de que a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível, ou no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental; além disso, importa considerar que importantes liberdades pessoais somente atingem um grau de efetiva realização no âmbito de uma cooperação (no sentido de atuação conjunta e ordenada) por parte de outros titulares de direitos fundamentais, implicando prestações estatais de cunho organizatório e coordenatório, em regra de natureza normativa. É com base nestas constatações que se verifica a necessidade dos assim chamados direitos de participação na organização e procedimento (ou direitos à organização e ao procedimento), na qualidade de posições jurídico-prestacionais fundamentais. Retoma-se aqui a idéia já referida de que a organização e o procedimento de um modo geral (e não apenas no aspecto prestacional) se encontram a serviço dos direitos fundamentais e, neste sentido, pode ser considerada até mesmo uma das condições de sua efetivação (SARLET, 2005: p. 215-6).

Independentemente da geração ou dimensão de direitos que se esteja a tratar, o importante é a adoção de uma postura ativa não somente no que concerne à afirmação, mas principalmente à efetivação dos direitos fundamentais de todas as gerações, numa ambiência necessariamente heterogênea e multicultural.

### 1.3. A importância do respeito aos princípios constitucionais

Os princípios constitucionais, apesar de vagos, indeterminados, subjetivos, amplos e abrangentes, são as diretrizes máximas de nossa ordem legal, cabendo a eles todos funcionar como parâmetros indispensáveis ao funcionamento da Justiça e à realização do Estado Democrático e Social de Direito.

Walter Claudius Rothemburg explica de forma completa os princípios constitucionais:

Os princípios constitucionais não são outros que os princípios gerais de Direito: preceitos que consagram os valores mais importantes (ou cuja chancela jurídica é reputada mais conveniente) num determinado contexto histórico, e que só podem fazê-lo adequadamente por meio de enunciados vagos e ajustáveis.

Devem os princípios jurídicos ser reconhecidos como autênticas normas jurídicas, comandos vazados em linguagem deôntica (prescritiva), ainda que não se identifiquem com as outras espécies jurídico-normativas.

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 mediamente, 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 apenas para o caso concreto; as regras incidindo direta e exclusivamente, constituindo aplicação integral – conquanto nunca exaustiva – e estrita dos princípios, e eliminando outras conflitantes) e pela funcionalidade ou utilidade (que é estruturante e de fundamentação nos princípios, enquanto as regras descem à regulação específica). Traduzem ambos – princípios como regras – expressões distintas ou variedades de um mesmo gênero: normas jurídicas.

O reconhecimento da natureza normativa dos princípios implica afastar definitivamente as tentativas de se 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 (ROTHERBURG, 1999: p. 81-2).

É plenamente possível deduzir uma pretensão específica e resolver uma questão concreta com supedâneo somente em princípios jurídicos.

Outrossim, os princípios servem de parâmetro excelente à constitucionalidade das normas. Como mostram o norte axiológico do ordenamento jurídico, os princípios reclamam retomada e aperfeiçoamento através de atividade normativa integradora, dotados que são os princípios de uma eficácia impeditiva de retrocesso.

A racionalidade que constrói e permite compreender o ordenamento jurídico insere os princípios numa concepção sistêmica do Direito, porém aberta e compreensiva, ou seja, não exclusiva, admitindo também uma abordagem e respostas tópicas dos problemas concretos, bem como uma apreensão “metaconsciente” (psicológica, sentimental) do fenômeno jurídico.

De qualquer sorte, o caráter conflituoso inerente à estampa de valores díspares, múltiplos como são os vetores sociais, não deve ser negado aos princípios, mas arranjado com vistas a alcançar uma composição de soluções de compromisso democrático, distantes de imposições unilaterais, de falsos consensos maquinados ou de pretensões intransigentes de (falsa) coerência e completude. A unidade e a harmonia não são dados naturais: constituem antes tarefas a empreender.

A negação da transcendência dos princípios e de sua vinculação a valores supremos e absolutos; a afirmação da radicação dos princípios no próprio ordenamento jurídico contingente – seja explicitamente (através de fórmulas normativas) seja implicitamente, mas sempre inferidos da realidade jurídica atual – e, finalmente, o reconhecimento de que a sede mais adequada e digna para os princípios é a Constituição (compreendida esta num sentido material integral, envolvendo as dimensões normativa, fática e axiológica), permitem revelar com clareza e segurança o suposto acordo social de Estado que legitima tais valores e princípios.

Os princípios jurídicos são o alicerce da ordem legal e, constitucionalizados, indicam os valores em que se assenta e para onde se orienta uma comunidade, sempre ao encontro de uma nova redenção.

É de se fazer menção ao princípio federativo, que se expressa na conjugação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos com autonomia própria (não soberania) para o exercício de suas competências públicas.

Também elencado no Título I de nossa Constituição Federal o princípio republicano, relacionado a uma forma de governo centrada na figura do Presidente, que exerce a chefia de Estado e a chefia de Governo.

Do princípio do Estado Democrático de Direito importa asseverar que se constitui no império da lei, a distribuição do poder do Estado, o elenco dos direitos fundamentais, das garantias respectivas, além dos fundamentos estabelecidos nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

O princípio anterior difere do princípio democrático, que se refere ao fato de que todo o poder emana do povo, que o exercerá através de representantes eleitos ou indiretamente, de conformidade com as prescrições da Constituição.

Há que se falar também do princípio da tripartição de poderes, segundo o qual temos os poderes legislativo, executivo e judiciário, cada qual com funções peculiares.

Para efetivação dos direitos fundamentais, além do respeito indeclinável e irrestrito aos pressupostos, premissas, regras e princípios fundamentais que compõem toda a ordem legal, faz-se modernamente necessário que haja atenção, compreensão, interpretação adequada e completa, visando ao respeito e à efetivação daquele princípio que é e deve ser a grande diretriz orientadora da interpretação jurídica: a dignidade da pessoa humana, cujo núcleo primacial parece estar ligado à autonomia e ao direito de autodeterminação de cada ser humano. Está relacionado, certamente, à possibilidade de uma existência que permita a integral fruição dos direitos fundamentais e o pleno desenvolvimento da personalidade.

Para bem delinear o princípio e direito fundamental da dignidade da pessoa humana, pertinente, completo e incisivo o ensinamento de João Pedro Gebran Neto:

...a violação desse princípio ocorre sempre que a pessoa humana for rebaixada a objeto, a mero instrumento, coisificada; sempre que restar descaracterizada como sujeito de direitos. Por isso que o princípio engloba, por exemplo, em sua dimensão individual, a igualdade de tratamento, a proteção à integridade física, a liberdade de pensamento e expressão, a autodeterminação. Na dimensão social, envolve a garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, abrangendo alguns direitos sociais e direitos a prestações materiais por parte do Estado.

Trata-se de direito individual indisponível, intimamente ligado à autonomia e autodeterminação de cada pessoa, mas também relacionado à igualdade entre os homens e à garantia de um mínimo vital. Trata-se de limite e tarefa de persecução estatal porque, ao mesmo tempo em que estabelece a defesa dos direitos individuais, especialmente da liberdade física e intelectual, a dignidade da pessoa humana, também funciona como dever do Estado guiar-se visando garantir a cada um o pleno exercício da dignidade e o mínimo para viver.

Embora a dignidade da pessoa humana constitua reduto intangível e inalienável de cada indivíduo, poderá sofrer restrições ante a colisão de direitos, mas sempre respeitando o princípio da proporcionalidade (...)

Nessa perspectiva é que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser lido como o núcleo essencial da hermenêutica. Ao tempo das primeiras Constituições, que procuravam limitar o poder absoluto dos soberanos, os direitos fundamentais eram concessões aleatórias do Estado de direitos e garantias individuais. Agora, com a primazia dos direitos humanos, essa

perspectiva se inverte, sendo o Estado transformado em instrumento desses direitos vitais mínimos. Aqui reside a exegese emancipatória, porque o intérprete deve tomar a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da Constituição, funcionalizando-se o Estado ao cumprimento desta tarefa (GEBRAN NETO, 2002: p. 49-50).

A partir do momento em que o ser humano é respeitado, os seus direitos e garantias verdadeiramente implementados, é que passa a ter sentido e importância a dignidade das pessoas. A concepção da pessoa-objeto, por conseguinte, constitui justamente a antítese da dignidade da pessoa humana.

Ingo Wolfgang Sarlet estabelece as mais diversas relações entre o referido princípio e a realização dos direitos fundamentais:

Por derradeiro, há que tecer algumas considerações sobre a íntima vinculação entre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, importa salientar, de início, que o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo considerado fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados. Entre nós, sustentou-se recentemente que o princípio da dignidade da pessoa humana exerce o papel de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, dando-lhes unidade e coerência. Não se pode desconsiderar, neste contexto, que a liberdade e a igualdade são noções indissociáveis da dignidade de cada pessoa humana, justificando – como já visto – o reconhecimento de direitos fundamentais diretamente vinculados à proteção das liberdades pessoais e da isonomia. Que o direito à vida e à integridade física e corporal garante, em última análise, o substrato indispensável à expressão da dignidade também já ficou evidenciado e pode ser tido como incontroverso. O mesmo, lembre-se, ocorre relativamente à proteção da intimidade e da esfera privada dos indivíduos. Neste sentido, há que compartilhar o ponto de vista de que os direitos e garantias fundamentais (ao menos a maior parte deles) constituem garantias específicas da dignidade da pessoa humana, da qual são – em certo sentido – mero desdobramento. Em relação aos direitos fundamentais, a posição do princípio da dignidade da pessoa humana assume a feição de *lex generalis*, já que, quando suficiente o recurso a determinado direito fundamental (por sua vez já impregnado de dignidade), inexistente razão para invocar-se autonomamente o princípio da dignidade da pessoa humana, que não pode propriamente ser considerado de aplicação meramente subsidiária, até mesmo pelo fato de que uma agressão a determinado direito fundamental simultaneamente pode constituir ofensa ao seu conteúdo de dignidade (SARLET, 2005: p. 126).

Dignidade da pessoa humana merece respeito por todo particular, pelo Estado, pelos entes coletivos e em especial pelos que passam a “protagonizar”, ao

invés de “operar” o direito. A crítica negativa deve ser dirigida de forma enfática ao Poder Executivo, talvez o maior descumpridor do princípio em questão.

Quando se aborda os abusos cometidos, exemplificativamente, pelo Poder Executivo, bastante pertinente a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Na vivência prática dos direitos fundamentais, é o Poder Executivo, ou melhor, o administrador público que tem o papel de vilão. E isto alcança a todos, dos mais altos – o chefe do Poder, os Ministros – até os menos elevados na hierarquia, como o policial e outros agentes. De fato, são eles que encarnam esse poder que prende, censura, confisca, nega matrícula na escola, ou ingresso no hospital, não raro conspurca o meio ambiente, ou seja, viola as liberdades públicas, não satisfaz os direitos sociais, não respeita os direitos de solidariedade.

Ora, o reconhecimento de que esses agentes do Estado pecam freqüentemente contra os direitos do povo que aquele deve tutelar leva ao paradoxo de o próprio Estado contemporâneo organizar contra a atividade precípua de um dos seus Poderes todo um complexo sistema de proteção, para isso mobilizando outro Poder, ou pelo menos órgãos nisso especializados (afora todo um sistema preventivo destinado a evitar ilegalidades).

O direito comparado revela serem vários os sistemas de proteção, voltados essencialmente para manter o Poder Executivo, e especialmente os seus agentes, no caminho do respeito aos direitos fundamentais. Um é o sistema ‘judicial’, outro, o sistema – na falta de termo melhor – ‘administrativo’, um terceiro – recente e até certo ponto anômalo – o do ‘ombudsman’, do qual se aproxima a ‘procuratura’ soviética (FERREIRA FILHO, 2005: p. 85-6).

Uma jurisdição crítica pode e deve trabalhar de tal modo a fazer realizar as premissas antes mencionadas, sem dúvida nenhuma. A principiologia revela sua extrema importância na medida em que traz a amplitude, a abrangência e o conteúdo mais nobre e essencial para a realização de um Estado, uma sociedade e um ordenamento jurídicos melhores, mais qualitativos. Indicam os princípios constitucionais os trilhos que devem os protagonistas do direito seguir irremediavelmente.

É imperioso pensar pois, em efetividade da Constituição e dos princípios constitucionais, não obstante as dificuldades que envolvem referido acontecer. Lenio Luiz Streck fala da baixa constitucionalidade em nosso País:

No Brasil a “baixa constitucionalidade” que atravessa os séculos é fato preponderante para a inefetividade da Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A falta de uma pré-compreensão acerca da revolução copernicana por que passou o constitucionalismo contemporâneo engendrou uma tradição inautêntica acerca do valor representado pela Constituição. O acontecer (*Ereignen*) da Constituição não foi tornado visível, porque, no prévio des-velamento – que é condição de possibilidade deste tornar visível – impregnado pelo sentido comum teórico, não foram criadas as condições propiciadas da abertura (clareira) necessária e suficiente para a manifestação do ente “Constituição” (e de seus desdobramentos jurídico-políticos, como a igualdade, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza, a função social da propriedade, o direito à saúde, o respeito aos direitos fundamentais, etc.) (STRECK, 2004: p. 836).

Dos princípios do Estado de Direito, que integram o rol dos direitos e garantias fundamentais, com relação aos quais cabe ao Poder Judiciário zelar e fazer realizar, necessário salientar os da legalidade, da igualdade e da justicialidade.

Segundo o princípio da legalidade, ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Restrições a direitos fundamentais, por conseguinte, têm proteção legislativa positivada.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Não faz dúvida que a lei está sujeita à condição de constitucionalidade. Só é válida se se coaduna formal e materialmente com o preceituado pela Constituição.

Assim, a validade da lei depende, por um lado, de um condicionamento formal. Este resulta das normas que regem o processo de sua elaboração (competência, prazos etc.).

Mas igualmente de um condicionamento material. De fato, o conteúdo da lei tem de estar sintonizado com as regras materiais que edite a Constituição. Isto quer dizer que, havendo a Constituição preordenado o conteúdo da lei, esta não pode contradizê-lo sob pena de invalidade.

Este último ponto concerne de perto aos direitos fundamentais. Com efeito, para preservá-los é que mais freqüentemente a Constituição pré-orienta a lei. Ademais, quanto a eles são estipuladas garantias específicas, cuja violação importa inconstitucionalidade (FERREIRA FILHO, 2005: p. 110-1).

Referentemente ao princípio da isonomia, fazê-lo incidir significa dar tratamento igual aos desiguais e destinar tratamento desigual àqueles que são desiguais, sem se esquecer de respeitar o grau de desigualdade existente entre eles (desiguais).

De tal princípio se pode extrair também o da proporcionalidade, que indica a necessária proporção que deve existir entre os meios e os fins almejados, nas medidas legais ou administrativas. Também dele provém o da razoabilidade e adequação, a estabelecer que deve preponderar o bom senso e aptidão para que se atinjam os objetivos pretendidos.

Ao abordar o princípio da razoabilidade, assim se manifesta Luis Roberto Barroso:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar (BARROSO, 2004: p. 224)

Finalmente, o princípio da justicialidade ou da judiciedade está vinculado à idéia e ao fato de que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A posição brasileira se baseia na norte-americana, segundo a qual é peça essencial a sujeição de todos, inclusive das autoridades, às decisões dos juízes e tribunais.

Ao tratar dos princípios constitucionais, Manoel Messias Peixinho assim se manifesta:

Os princípios constitucionais libertaram-se das concepções jusnaturalistas de idéias de justiça esparsas e assistemáticas, ultrapassando, também, as limitações do positivismo, chegando ao neopositivismo para assumir uma visão de normas-chave do ordenamento jurídico. O primeiro dogma que se tem de afastar é que os princípios são unicamente normas programáticas. Antes, é pressuposto de uma Nova Hermenêutica afirmar que todas as normas jurídicas são, por definição, preceptivas e, portanto, os princípios constitucionais, que, não sendo outra coisa senão normas jurídicas, ainda que com algumas características especiais, são necessariamente, eles todos, preceptivos (PEIXINHO, 2003: p. 134-5).

Os princípios fundamentais não mais podem ser vistos como aspirações da alma humana e do direito, na busca pela efetivação da justiça. Desde o acadêmico até o profissional do direito, passando necessariamente pelos cientistas

jurídicos, ainda que no sentido mais técnico da palavra, há de se respeitar de maneira indeclinável os princípios fundamentais, que conforme Manoel Messias Peixinho:

...ocupam o mais alto posto na escala normativa. *Dirigem a missão de interpretação e integração do direito, indicam 'onde o direito se localiza e donde o direito procede. Transformam-se no alfa e no ômega do ordenamento jurídico'*. Os princípios fundamentais se identificam com os valores supremos previstos em todas as constituições, expressos em valores culturais, poéticos que se traduzem nas intenções que formam o núcleo material da Constituição. São as dimensões normativo-materiais fundamentais da Constituição, o *húmus fecundo de que se alimenta todo o projeto constitucional* (PEIXINHO, 2003: p. 136).

Significa dizer que toda atividade hermenêutica e concretizadora do direito tem que se valer dos princípios fundamentais. Por tal razão é que o poder de criação do protagonista do direito não é ilimitado, na medida em que há de respeitar os limites impostos pelos princípios fundamentais informadores e valorativos.

De acordo com as precisas lições de Manoel Messias Peixinho:

O preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 garante a construção de um Estado democrático, plasmado para assegurar o pleno gozo dos direitos individuais e sociais, garantidor de uma sociedade fraterna, que arreda o preconceito, jungindo o cidadão à plenitude da harmonia social. Este preâmbulo traduz o desejo maior do constituinte, fincando solidamente as raízes dos direitos fundamentais que são preambularmente condensados.

Nos princípios fundamentais reside a fonte primária de concretização do Direito. Não se diga, porém, que esta vinculação aos princípios ensejará uma clausura ao hermeneuta, exatamente porque a textura dos princípios produz sempre uma interpretação aberta da Constituição, amoldando-se essas diretrizes às contingências temporais.

A garantia de obediência aos princípios constitucionais fundamentais é o consectário da plena segurança jurídica, fazendo com que o julgador, no afã de fazer justiça, não se valha de critérios unicamente pessoais para formalizar sua decisão (PEIXINHO, 2003: p. 141-3).

Importantes parâmetros principiológicos são os comandos inculpidos no artigo 5º da Carta Magna, que além de direitos positivados com plena eficácia e aplicabilidade imediata, servem como imprescindível diretriz orientadora da interpretação jurídica.

De conformidade com a crítica análise de José Murilo de Carvalho:

José Bonifácio afirmou, em representação enviada à Assembléia Constituinte de 1823, que a escravidão era um câncer que corroía nossa vida cívica e impedia a construção da nação. A desigualdade é a escravidão de hoje, o novo câncer que impede a constituição de uma sociedade democrática. A escravidão foi abolida após 65 anos da advertência de José Bonifácio. A precária democracia de hoje não sobreviveria a espera tão longa para extirpar o câncer da desigualdade (CARVALHO, 2004: p. 229).

Os princípios, por conseguinte, são e devem ser considerados, vistos e aplicados como os mandamentos nucleares de um sistema, exatamente pela razão de que definem a lógica, a unidade, a harmonia e a racionalidade do sistema normativo.

Ofender um princípio é muito grave, pois se constitui na subversão dos valores fundamentais da ordem legal e política, representando insurgência contra todo o sistema normativo.

## CAPÍTULO II

### 2. ACESSO À JUSTIÇA

Justiça tem conceituações abertas, é tratada por autores das mais diversas formas, uns resumindo no aspecto subjetivo como uma qualidade ou perfeição subjetiva do indivíduo, e no aspecto objetivo como uma qualidade da ordem social; outros tratando-a com base no critério da igualdade, liberdade ou dignidade. Fórmulas de justiça existem das mais distintas e mesmo opostas. Justiça existe porque houve o reconhecimento da noção de humanidade e pelo fato de que as pessoas reconheceram semelhantes em todos os seus semelhantes.

Chaim Perelman exemplifica as concepções possíveis de justiça da seguinte forma:

1. A cada qual a mesma coisa.
2. A cada qual segundo seus méritos.
3. A cada qual segundo suas obras.
4. A cada qual segundo suas necessidades.
5. A cada qual segundo sua posição.
6. A cada qual segundo o que a lei lhe atribui (PERELMAN, 1996: p. 9).

Não há dúvida, no entanto, de que se relaciona a dar a cada uma das pessoas o que lhe pertence, destinar aos indivíduos aquilo que lhes é de direito, trazer concretude à idéia de igualdade, fazer incidir o ideal e o propósito mais nobre do direito, impedir que a liberdade de um ser humano interfira no pleno exercício da liberdade do outro e, na hipótese de ter havido tal ingerência, fazer com que o ofensor arque com as conseqüências pelo inadimplemento da regra ou princípio jurídico.

Chaim Perelman define “a justiça formal ou abstrata como *um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma*” (PERELMAN, 1996: p. 19).

É certo que para que tal justiça formal (estática) não seja uma fórmula vazia e destituída de sentido, é indispensável que se elimine, tanto quanto possível, a arbitrariedade das normas que ela deve aplicar ou realizar. Também incontroverso

que um sistema de justiça perfeito é irrealizável, até porque justiça apresenta subjetivismos e confusões inevitáveis, apesar de ser um valor universal. O ato mais justo, portanto, é aquele que coincide com o maior número de valores, de crenças e de princípios norteadores de um determinado convívio social e em cujo nome o poder político é exercido. O ato justo é aquele conforme à regra de justiça, que não pode ser arbitrária. Há de se verificar uma justificação racional para a consecução da justiça.

O mesmo Perelman fala da caridade como a virtude mais contrária à justiça, pois aquela se exerce espontaneamente, sem reflexão prévia, seu objetivo é aliviar o sofrimento, seja ele qual for. A caridade verdadeiramente não se preocupa com os méritos de cada pessoa, pois é um ideal incondicional e constitui um imperativo categórico. É universal, instintiva, direta, indiscutível, e dispensa qualquer elemento discursivo.

Já a justiça não pode ser concebida sem regras, tem que ser obediente ao sistema, não é espontânea. A justiça não pode amar, pois lhe é vedado favorecer; deve ser estritamente calculada, medida, proporcionada, supõe reflexão, discernimento, um juízo, um raciocínio, é a manifestação da razão na ação.

Ao se falar de justiça, a atividade do magistrado deve ser enfatizada. Chaim Perelman assim descreve alguns dos aspectos relacionados à atuação do juiz:

Um juiz não é um espectador objetivo e desinteressado, cujo julgamento seria justo porque, descrevendo fielmente o que vê, se amoldaria a uma realidade exterior dada. Com efeito, ele não pode contentar-se em deixar os próprios fatos falarem: deve tomar posição a respeito deles. O juiz justo será imparcial: não tendo vinculação com nenhum daqueles que lhe submetem seu ponto de vista, aplicará a todos as regras jurídicas prescritas pelo sistema de direito a que pertencem os indivíduos sujeitos à jurisdição. O juiz não é um mero espectador, pois tem uma missão, que é a de dizer o direito: com suas decisões, deve fazer que se respeitem as normas da comunidade (PERELMAN, 1996: p. 196).

Em sua acepção mais concreta e com caracteres de juridicidade, a justiça brota como fruto da atividade jurisdicional, envolve também o acesso ao Poder Judiciário, o direito subjetivo público de ação, mas não se resume a tais aspectos, por ser mais ampla.

De acordo com o entendimento de Maria Elisabeth de Castro Lopes:

Assim, encontramos entre os principais processualistas tentativas de revisitação do conceito de jurisdição, empenho em defender a constitucionalização do processo civil e defesa da efetividade, agilização e informalidade do processo, além da superação do binômio cognição-execução e preocupação com o fortalecimento dos poderes de direção e de instrução conferidos ao juiz (LOPES, 2006: p. 64-5).

O que deve existir é a garantia do acesso à ordem jurídica justa, que representa não somente uma garantia formal, mas também um verdadeiro direito à prestação tempestiva, efetiva e completa da tutela jurisdicional.

E a realização da justiça envolve grande responsabilidade. Ao tratar das estratégias da justiça política e suas perspectivas, Otfried Hoffe anuncia:

...para ajudar a justiça a se tornar realidade, o poder jurídico público recebe o monopólio do poder. Quem possui o monopólio do poder não tem apenas suficiente poder para impor a justiça; ele também possui suficiente poder para recusá-la. Para ficarmos com a imagem da Justiça: a espada que a Justiça carrega é apenas uma espada, portanto, um instrumento do poder que não está obrigado à justiça, propriamente falando. Como qualquer instrumento de poder, a espada possui dois gumes; ela tem caráter técnico e pode servir à justiça, mas também pode pô-la em risco. Mas a espada se converte em um instrumento da justiça quando perde sua duplicidade e, desde o início, está obrigada com a justiça. A tentativa de levar a sério esta obrigação prévia é o Estado prático, no projeto político da modernidade (HOFFE, 2001: p. 411).

Justiça tem a ver com realização de direitos. A partir do momento em que houve renúncias recíprocas à liberdade, e a transposição de um estado de natureza para um estado de sociedade civil, conclui-se que deve haver proteção aos direitos humanos, correspondentes mesmo àqueles primeiros princípios de moralidade, mas que agora se tornaram direito positivado, embora mantenham diretrizes axiológicas fundamentais a resguardar, e necessitam, pois, de uma efetivação crítica e emancipatória.

Otfried Hoffe desenvolve o seguinte raciocínio:

Os direitos humanos assim fundamentados fazem parte de um grupo de direitos humanos, os direitos da liberdade dos quais se atesta facilmente atomismo e preconceito liberalista. Pois a livre pessoa de direito, assim diz a crítica, é a ficção de um ser isolado que, em sua solidão individualista e

tranqüilidade imperturbada, “traça seus próprios círculos”; na verdade, porém, cada homem se situa numa trama de relações sociais, sem a qual ele não poderia nem sobreviver, nem viver de modo agradável e bom. A crítica procura reabilitar o modelo cooperativo e nisso, do ponto de vista da teoria *social*, sem dúvida nenhuma, tem razão. Mas para a perspectiva relevante do teoria da *legitimação*, ela não pode esquecer que a trama social de relações não pode dispensar elementos de coerção e que estes somente são justificados quando, como no exemplo dos direitos à liberdade, se mostram vantajosos para cada atingido pela coerção (HOFFE, 2001: p. 360).

Dar a cada um o que é seu, destinar a cada um dos indivíduos aquilo que lhe pertence ou diz respeito, pode se realizar por diversos caminhos, de conformidade com o momento histórico, filosófico, político, econômico e social que prevaleça. Justiça, portanto, apesar de se tratar de conceito eterno e com bases imutáveis, sempre esteve ligada às condições fáticas e axiológicas que se fazem presentes ou que predominam.

Conforme Hoffe, justiça pode ser vista de conformidade inclusive com as aceções políticas, econômicas e sociais vigorantes:

”A cada um conforme sua produção”, diz o liberalismo econômico; “a cada um conforme seus direitos legais”, diz-se no Estado de direito; “a cada um conforme seus méritos”, em uma aristocracia; e o socialismo exige que deve-se tratar “cada um segundo suas necessidades” (HOFFE, 2001: p. 27).

Estabelece o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Afirmado e garantido, pois, que todos os indivíduos podem fazer atuar o direito tanto preventiva quanto repressivamente.

Todos têm o direito (permissão) de exercer uma pretensão sua com base naquilo que se constitui o direito objetivo, buscando a realização da justiça, em última instância. É atuar para evitar a ocorrência de um dano, de um prejuízo, ou ainda tomar as providências visando a reparação por uma ofensa infligida, mas sempre a fim de respaldar algo de concreto, plausível juridicamente.

José Roberto dos Santos Bedaque afirma:

Pode-se dizer, neste primeiro momento, que o direito, poder ou faculdade de provocar a jurisdição refere-se sempre a determinada situação concreta

da vida. Não tem sentido ou qualquer relevância para o ordenamento, nem mesmo para efeito de meras elucubrações acadêmicas, imaginar a possibilidade de alguém pleitear a atuação jurisdicional sem deduzir situação de direito substancial a ser solucionada. Assim, quando a Constituição assegura o amplo poder de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), refere-se a um direito, isto é, a uma faculdade que emerge da proteção da regra material a determinada situação da vida. Não existe garantia constitucional do mero ingresso, ou pelo menos não é nesse sentido que se fala da inafastabilidade da jurisdição. A proteção diz respeito a lesão ou ameaça a direito. O princípio da demanda está necessariamente vinculado a uma situação da vida, de direito material. Trata-se de assegurar, em sede constitucional, a existência de um meio para retirar a jurisdição de sua inércia. E a jurisdição não atua senão diante de situações concretas (ressalvadas, obviamente, as hipóteses excepcionais em que a atividade jurisdicional emite provimento sobre a lei em tese, como no controle direto de constitucionalidade). Necessário, portanto, que o interessado, ao pleitear a tutela jurisdicional, reporte-se a determinada situação concreta (BEDAQUE, 1999: p. 68-9).

E deve haver, indubitavelmente, facilitação para que as pessoas exerçam legitimamente seus direitos subjetivos, em todas as esferas, inclusive como um saudável hábito de cidadania e fazendo viva e plena aos indivíduos a idéia e a práxis de que todos têm direito a ter e exercitar, fazer reais seus direitos, com o acesso à justiça.

José Roberto dos Santos Bedaque sintetiza novamente:

A facilitação do acesso à Justiça, a fim de torná-lo efetivo, foi objeto de preocupação dos processualistas do mundo inteiro, que passaram a propor soluções. Resultou daí verdadeiro movimento destinado a eliminar as barreiras do acesso, que prestigiosa doutrina separou em três momentos: as três ondas renovatórias. Inicia-se pela assistência judiciária aos menos favorecidos, passa-se à representação jurídica para os interesses meta-individuais e se encerra com o *novo enfoque do acesso à Justiça* (BEDAQUE, 1999: p. 48).

Acesso à justiça deve ser visto na prática, em sua concretude, como resultado inevitável do convívio em sociedade e dos atritos daí advindos. Realização e acesso à justiça não são somente aspectos técnicos, mas que envolvem a própria socialidade humana e aspectos de realização efetiva dos direitos.

Otfried Hoffe explica a práxis social envolvida:

Determinando mais cuidadosamente a questão, na justiça trata-se de ações socialmente relevantes ou relações sociais; Robinson solitário talvez

possa ser valente ou controlado, mas não pode agir com justiça. No contexto da práxis social, são sobretudo situações de conflito que surgem no dar e receber, exigir e recusar, na distribuição e ajuda de bens e encargos (HOFFE, 2001: p. 36).

As garantias de acesso à justiça devem ser plenas, e não podem existir óbices ao exercício regular dos direitos e garantias constitucionalmente previstos. É preciso haver uma prestação jurisdicional completa e tempestiva, até porque justiça tardia não é senão injustiça.

Ao abordar as questões práticas relacionadas ao acesso à justiça, é sabido que de nada adianta se falar em titularidade de direitos, se não houver instrumentos colocados à disposição das pessoas e grupos para a sua efetiva reivindicação.

Mauro Capeletti e Bryant Garth falam que:

O acesso à justiça pode, portanto, 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 (CAPELETTI; GARTH, 2002: p. 12).

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 do próprio 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).

É bastante criticável aquela idéia que vez por outra brota no sentido de que a representação por advogados é um dos aspectos que precisa ao menos ser relativizado para a justiça “fluir” melhor. A experiência das lides forenses mostra de forma indubitosa: os litigantes em geral não têm capacidade nem competência para apresentar seus casos de modo claro, técnico e completo, e acabam sendo muito mais prejudicados do que beneficiados com medidas deste jaez.

O auxílio e a orientação de um advogado são essenciais para que se possa decifrar o emaranhado de normas, para o bom encaminhamento do suposto direito subjetivo que a parte alega ser detentora, para o entendimento dos

procedimentos e necessidades relacionadas ao ajuizamento de uma demanda ou mesmo para o exercício eficiente da composição extrajudicial.

Das soluções que se pode vislumbrar para melhoria do acesso à justiça estão as seguintes, de um elenco apenas exemplificativo: assistência jurídica integral e gratuita aos pobres, conforme estabelecido constitucionalmente; remuneração digna aos profissionais; dispensa de autenticação de cópias, eliminação do reexame necessário em algumas causas, reconhecimento por completo da legalidade do protocolo integrado, admissibilidade de julgamento de mérito pelos tribunais nas hipóteses de extinção do processo, representação adequada e ampla dos interesses difusos, inclusive com a possibilidade de defesa deles pelo advogado particular e pelo advogado público; aperfeiçoamento dos mecanismos de interferência apaziguadora, tanto judicial quanto extrajudicialmente, mas sempre com assessoria profissional; atuação pró-ativa do Ministério Público; finalmente, envolvido que está diretamente com o tema desenvolvido, atuação mais ativa dos juízes, maximizando a realização da justiça e as oportunidades em geral para um resultado justo.

Finalmente, há de se fazer presente o reconhecimento de que reformas processuais, legislativas e judiciais jamais serão substitutos eficientes de reformas que venham da base, a exemplo do pesado investimento em educação, em especial, e reformas políticas e sociais em geral.

Mauro Capeletti e Bryant Garth finalizam assim sua obra:

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 de 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 (CAPELETTI; GARTH, 2002: p. 165).

As idéias antes aventadas mostram alguns dos procedimentos, mecanismos, incentivos e investimentos necessários à criação e consolidação de uma justiça tempestiva e efetiva, que depende de modo prioritário e essencial dos

seres humanos e de seu desenvolvimento em termos de educação, visão crítica, planejamento, vontade política, engajamento geral e também justiça no sentido subjetivo, ou seja, pessoas justas, o que se configura no oposto do egoísmo. Impossível se criar um ambiente social e legal minimamente justo onde não haja seres humanos imbuídos da realização da idéia do justo.

### 2.1. Socialização do direito e cidadania

O conteúdo do direito deve ser pulsante, vivo, efervescente em termos de realização e efetividade social.

Das características e aspectos que interligam o direito ao social, pertinentes as ponderações de Louis Assier-Andrieu:

O direito é uma realidade social. É um componente das atividades humanas marcado, como todas as atividades humanas, pela cultura e pelas formas de organização de cada sociedade. Mas é uma realidade singular. Ele é a um só tempo o reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela, um dado básico do ordenamento social e um meio de canalizar o desenrolar das relações entre os indivíduos e os grupos. O direito adere, assim, intimamente ao estado da sociedade por ele representada, mas dela se distingue para exercer sua missão de organização, sua tarefa normativa. Se o direito é uma realidade social, é também uma teoria ativa da sociedade, uma avaliação do que existe cuja meta é determinar o que deverá existir. Portanto, o direito é uma realidade social de feição dupla. Como teoria, como modo de encarar as relações sociais, ele produz grande quantidade de saberes apropriados. Como forma de organização, produz instituições e especializa a seu serviço certo número de membros da sociedade (ASSIER-ANDRIEU, 2000: p. XI).

É bem verdade que o direito assume diversas feições, ora como ciência da interpretação, ou ciência das sistematizações, ou ainda como ciência da elaboração normativa, e finalmente também e especialmente como ciência sociológica, vinculada que está necessária e indispensavelmente ao parâmetro social e aos valores que protege.

O direito serve para regular a coexistência em sociedade, estabelecendo regras e princípios orientadores do dever-ser da conduta humana, e por isso mesmo deve simbolizar a solidariedade social. Partindo da premissa básica de que o direito

não é nem pode ser um campo fechado, é preciso um direito socializado, em que o coletivo prepondere sobre o individual, o geral sobre o particular, o mais sobre o menos. Um direito patrimonialista, egoísta e individualista não mais deve preponderar, a não ser como menção nas obras científicas.

A esse respeito, Louis Assier-Andrieu:

A diacronia é substancial à idéia do direito, na medida em que provém de sua constituição dialética. Se o direito simboliza ou representa um estado das relações sociais, sua atribuição principal é transformá-las, ainda que as fixando, e, transformando-as, transforma no mesmo movimento as condições e o conteúdo da representação que efetua. A juridicidade, dessa perspectiva, nunca é “pura”: nem separada a tal ponto da sociedade que possa conceber-se como um corpo autônomo, nem mecanicamente sujeita às suas flutuações. Ela está em *definição* nas relações sociais que encarna, bem como estas, que sempre constituem porções várias da sociedade, sofrem sua influência normativa (ASSIER-ANDRIEU, 2000: p. XXVIII-XXIX).

Na medida em que o direito está sempre e inevitavelmente a regular relações intersubjetivas, é palpável a influência dele a todo instante em nossas vidas. Mesmo antes do nascimento o direito já irradia sua força sobre os indivíduos, e tal influência deve se dar de modo justo.

Otfried Hoffe descreve o seguinte:

Numa ordem de direito e de Estado, mesmo numa ordem inteiramente justa, somente se decide sobre possibilidades da aspiração humana à felicidade enquanto a escolha e o aproveitamento das possibilidades permanece entregue aos indivíduos e grupos. Aquilo por que por fim se vive – a felicidade, a autorealização ou a humanidade pessoal – resulta apenas do enfrentamento ativo ou também criativo com as condições que se encontram pela frente. Esta circunstância não significa certamente que as condições do direito e de Estado sejam sem importância em face da aspiração humana à felicidade. Ao contrário, elas decidem sobre suas condições e limites, a saber, sobre os possíveis empecilhos e barreiras, talvez até sobre espaços nos quais se tornam possíveis formações de identidade, vínculos afetivos e relações pessoais, nos quais se torna possível o aperfeiçoamento da formação e da eticidade humanas, em suma: nas quais se torna possível uma existência com sentido. Mas mesmo quando uma ordem jurídica e de Estado põe à disposição até espaços de ação para a felicidade, auto-realização e solidariedade humanas, estamos apenas diante de suas condições básicas limitadoras e não de uma realização efetiva (HOFFE, 2001: p. 424).

Sem resquício de dúvida que o direito se distingue do social do qual, no entanto, emana e o qual regulamenta, mas precisa também de eticidade, socialidade qualitativa, operabilidade, princípios orientadores da elaboração do Código Civil de 2002, que sofreu grande e importante influência de Miguel Reale.

O tridimensionalismo jurídico do autor antes mencionado, respeitado que é mundialmente, estabelece de maneira clara que onde houver vida jurídica, necessariamente se farão presentes o fato, o valor e a norma, representando os aspectos relacionados à eficácia social, ao fundamento e ao ordenamento jurídico ou ciência jurídica, respectivamente. Com maior ou menor intensidade, onde houver fenômeno jurídico tais elementos, aspectos ou características existirão inevitavelmente.

Há de se tomar cuidado com a pura e neutra identificação entre a ordem social e a ordem legal, como se o Estado inevitavelmente servisse de amparo aos anseios coletivos. É o que deveria ocorrer, sem dúvida, mas a boa-fé não se pode transformar em ingenuidade.

Ao identificar tal problema e discorrer sobre o tema, José de Deus Luongo da Silveira é incisivo:

Essa falsa identidade entre a ordem social e a ordem legal esconde interesses sub-reptícios e inconfessáveis. Por meio desse pseudo equilíbrio, o Estado se arvora no único intérprete das aspirações sociais, como se houvesse um consenso entre a vontade do Estado e a *vontade geral*.

Para manter o controle dominante e esvaziar a idéia de qualquer manipulação política, o Estado encampa o princípio retórico da neutralidade ideológica do direito, como se os valores jurídicos da justiça social, paz social, segurança social e bem comum, bem como os valores tutelados pelo direito não se contaminassem com a ideologia defendida pelo Estado. Passa-se a imagem de que essa neutralidade ideológica do direito é a garantia maior das liberdades individuais, chegando-se a afirmar que o Estado não possui o monopólio jurídico, porque permite que os diferentes grupos sociais se organizem livremente dentro do organismo estatal. Tudo isso, como se o gigantismo do Estado não estivesse presente e não interferisse na regulação de todas as atividades da vida social.

O primado do direito estatal reconhece, como o único direito legítimo, aquele produzido pelo Estado. Trata-se da implementação do paradigma defendido pelo positivismo jurídico-dogmático em que todo o direito passa a ser um conjunto de normas promulgadas, oficializadas pelos governantes, sob o pretexto de que o Estado legisla para atender aos anseios, às aspirações do grupo social (SILVEIRA, 2001: p. 72-3).

O esgotamento do atual modelo brasileiro fica às escâncaras quando se percebe o descompasso entre a ordem jurídica e a vontade social, ou no momento em que o Estado se divorcia da sua função básica e primordial (prestar serviços aos cidadãos), ou ainda quando o direito realiza a justiça para poucos.

Os indivíduos necessitam também do respaldo estatal para crescer, para evoluir, para não ser massa de manobra, para cobrar direitos e a realização deles.

A dominação em geral também afeta o mundo jurídico. A mediocridade entra em cena no momento em que as pessoas são coisificadas pelo próprio Estado, pelos grandes conglomerados econômicos e por um direito individualista. Nos tempos atuais, a tecnologia supera os pensamentos, e o mistério parou de nos fazer pensar. O direito segue infalivelmente o ritmo da sociedade e da tecnologia. Não há um único caminho a seguir nem um farol que indique o trilho, mas abrir uma clareira significa cultivar novas formas de conduta e idéias originais, sem a padronização nociva do pensamento único globalizante.

Na visão de Gilberto Dupas:

O preço da dominação não é só o da alienação dos homens em relação aos objetos dominados, mas também é o da coisificação do espírito. O animismo havia dotado os seres inanimados de uma alma; o capitalismo industrial, por seu lado, coisifica suas almas. Os agentes econômicos e sua propaganda transformam em mercadoria e fetiche os valores que decidem sobre o comportamento dos homens. Quem não está conectado à *internet* ou a um celular é um pária, um excluído. Assim como também não pode ser feliz quem não tem uma tevê de tela de plasma. Utilidade *versus* fetiche, eis a questão. O processo técnico, pelo qual o sujeito se coisificou após eliminada sua consciência, está livre do pensamento mítico e de toda a significação porque ele mesmo se transformou em mito, e a razão se tornou um instrumento universal da economia que tudo engloba (DUPAS, 2006: p. 100).

O direito é feito para a sociedade. Nada mais razoável, lógico e coerente que atenda aos anseios, interesses e reivindicações gerais do corpo social. O direito precisa se despirmo do manto da vestal, pois não é em si e por si mesmo um veículo neutro de realização da ordem social, ou a expressão máxima da racionalidade humana. O sentido da justiça não se encontra exatamente na norma. No momento em que o direito não mais gerar questionamentos, estará morto, será uma palavra esvaziada de toda a compreensão e valores.

Novamente Louis Assier-Andrieu bem define a interdependência entre direito e o convívio social:

Profusão e dissonância explicam-se facilmente. Abramos um código, um repertório de decisões de justiça, uma obra de doutrina, leiamos no dia-a-dia as leis e os regulamentos: o direito fala de nós, organiza-nos, arruma nossas mais benignas e mais abstratas relações. Da venda de cigarros ao estatuto da vida, nada do que é humano é *a priori* alheio ao direito. Não há atividade social que não se reporte mais ou menos diretamente a um âmbito jurídico, e não existe encaminhamento intelectual que não passe, por uma ou outra de suas indagações, pela relação com a lei (ASSIER-ANDRIEU, 2000: p. 3).

Referida socialização do direito deve se dar de tal maneira que faça encorpar o Estado Democrático e Social de Direito, que no Brasil ainda caminha a passos lentos, apesar de uma legislação em muitos aspectos completa e de iniciativas e práticas louváveis de parte a parte.

É certo que a reconstrução da democracia no Brasil ganhou ímpeto após o fim da ditadura militar, em 1985. Até a Constituição foi chamada de Cidadã.

A socialização do direito não pode ser imposta, mas sim conquistada. Cidadania e inclusão social não se ganha, mas se conquista. E para que referido “prêmio” exista deve vir da base, sendo imperiosa a existência de pessoas educadas, com formação que lhes permita buscar com força e boa direção a construção da cidadania e de uma melhor coexistência em sociedade.

José Murilo de Carvalho descreve de modo crítico:

Dito de outra maneira: a liberdade e a participação não levam automaticamente, ou rapidamente, à resolução de problemas sociais. Isto quer dizer que a cidadania inclui várias dimensões e que algumas podem estar presentes sem as outras. Uma cidadania plena, que combine liberdade, participação e igualdade para todos, é um ideal desenvolvido no Ocidente e talvez inatingível. Mas ele tem servido de parâmetro para o julgamento da qualidade da cidadania em cada país em cada momento histórico (CARVALHO, 2004: p. 8-9).

Cidadania conquistada se consolida, se enraíza, se estrutura de modo perene. “Cidadania” dada de presente ou como esmola é suscetível a qualquer tempestade, sujeita às variações políticas, aos abusos e desmandos dos

representantes que não se colocam com o objetivo de atender e respeitar os interesses da coletividade.

A fim de servir como elemento que consolida aquilo que já foi tratado quando da abordagem dos direitos humanos fundamentais, importante a análise crítica de José Murilo de Carvalho acerca do tema:

Direitos civis são os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei. Eles se desdobram na garantia de ir e vir, de escolher o trabalho, de manifestar o pensamento, de organizar-se, de ter respeitada a inviolabilidade do lar e da correspondência, de não ser preso a não ser pela autoridade competente e de acordo com as leis, de não ser condenado sem processo legal regular. São direitos cuja garantia se baseia na existência de uma justiça independente, eficiente, barata e acessível a todos. São eles que garantem as relações civilizadas entre as pessoas e a própria existência da sociedade civil surgida com o desenvolvimento da capitalismo. Sua pedra de toque é a liberdade individual.

É possível haver direitos civis sem direitos políticos. Estes se referem à participação do cidadão no governo da sociedade. Seu exercício é limitado a parcela da população e consiste na capacidade de fazer demonstrações políticas, de organizar partidos, de votar, de ser votado. Em geral, quando se fala de direitos políticos, é do direito do voto que se está falando. Se pode haver direitos civis sem direitos políticos, o contrário não é viável. Sem os direitos civis, sobretudo a liberdade de opinião e organização, os direitos políticos, sobretudo o voto, podem existir formalmente mas ficam esvaziados de conteúdo e servem antes para justificar governos do que para representar cidadãos. Os direitos políticos têm como instituição principal os partidos e um parlamento livre e representativo. São eles que conferem legitimidade à organização política da sociedade. Sua essência é a idéia de autogoverno.

Finalmente, há os direitos sociais. Se os direitos civis garantem a vida em sociedade, se os direitos políticos garantem a participação no governo da sociedade, os direitos sociais garantem a participação na riqueza coletiva. Eles incluem o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, à aposentadoria. A garantia de sua vigência depende da existência de uma eficiente máquina administrativa do Poder Executivo. Em tese eles podem existir sem os direitos civis e certamente sem os direitos políticos. Mas, na ausência dos direitos civis e políticos, seu conteúdo e alcance tendem a ser arbitrários. Os direitos sociais permitem às sociedades politicamente organizadas reduzir os excessos de desigualdade produzidos pelo capitalismo e garantir um mínimo de bem-estar para todos. A idéia central em que se baseiam é a justiça social (CARVALHO, 2004: p. 9-10).

Cidadania, modernamente, é ter direito a ter direitos. Um direito socializado é aquele que acaba por atingir parcelas importantes da população e que

faz incidir o princípio da igualdade em seu sentido material (conteúdo), e não somente no aspecto formal (igualdade de direitos reconhecida pela lei).

Se historicamente o direito já foi a proteção para poucos, a socialização que se exige tem rumado para novos delineamentos.

Um retorno histórico, pelas considerações de José Murilo de Carvalho, importa à consolidação do assunto:

Os dependentes dos coronéis não tinham outra alternativa senão colocar-se sob sua proteção. Várias expressões populares descreviam a situação: “Para os amigos, pão; para os inimigos, pau”. Ou então: “Para os amigos, tudo; para os inimigos, a lei”.

A última expressão é reveladora. A lei, que devia ser a garantia da igualdade de todos, acima do arbítrio do governo e do poder privado, algo a ser valorizado, respeitado, mesmo venerado, tornava-se apenas instrumento de castigo, arma contra os inimigos, algo a ser usado em benefício próprio. Não havia justiça, não havia poder verdadeiramente público, não havia cidadãos civis. Nessas circunstâncias, não poderia haver cidadãos políticos. Mesmo que lhes fosse permitido votar, eles não teriam as condições necessárias para o exercício independente do direito político (CARVALHO, 2004: p. 57).

Atualmente, o Brasil se encontra numa importante fase de transição e de progressão, no que respeita à cidadania e ao seu exercício efetivo. Não se chegou nem se chegará em curto espaço de tempo àquilo que se deseja em termos democráticos, de realização de direitos, de justiça social, de inclusão e de respeito às normas e parâmetros axiológicos de nossa ordem legal. Mas alguns lampejos de evolução bem consolidada se fazem brilhar.

Numa análise percuciente e sintética da situação atual e do ocorrido especialmente a partir de 1985, José Murilo de Carvalho esclarece:

Apesar da tragédia da morte de Tancredo Neves, a retomada da supremacia civil em 1985 se fez de maneira razoavelmente ordenada e, até agora, sem retrocessos. A constituinte de 1988 redigiu e aprovou a constituição mais liberal e democrática que o país já teve, merecendo por isso o nome de Constituição Cidadã. Em 1989, houve a primeira eleição direta para presidente da República desde 1960. Duas outras eleições presidenciais se seguiram em clima de normalidade, precedidas de um inédito processo de impedimento do primeiro presidente eleito. Os direitos políticos adquiriram amplitude nunca antes atingida. No entanto, a estabilidade democrática não pode ainda ser considerada fora de perigo. A democracia política não resolveu os problemas econômicos mais sérios, como a desigualdade e o desemprego. Continuam os problemas da área

social, sobretudo na educação, nos serviços de saúde e saneamento, e houve agravamento da situação dos direitos civis no que se refere à segurança individual. Finalmente, as rápidas transformações da economia internacional contribuíram para pôr em xeque a própria noção tradicional de direitos que nos guiou desde a independência. Os cidadãos brasileiros chegam ao final do milênio, 500 anos após a conquista dessas terras pelos portugueses, e 178 anos após a fundação do país, envoltos num misto de esperança e incerteza (CARVALHO, 2004: P. 199-200).

Que a esperança (quicá transformada em realidade) supere as incertezas e que o direito, através de seus protagonistas que buscam a realização de justiça em todas as suas acepções, socialize-se e atinja as camadas excluídas e desprivilegiadas no curso da História, pois a falta de efetividade, a desigualdade e a desarmonia não podem mais imperar.

## 2.2. Função política do direito

O direito se constitui numa ordenação coercível, heterônoma e bilateral-atributiva das relações de convivência, de conformidade com uma integração normativa de fatos e de valores.

Coercível pois existe uma compatibilidade entre o direito e a força, garantida pelo Estado. Heterônoma porque a ordenação jurídica é reconhecida, posta e imposta por terceiros (em atenção aos interesses gerais), e a ela todos devem respeito. Bilateral-atributiva porque nas relações jurídicas intersubjetivas sempre existem direitos e deveres recíprocos garantidos.

O direito inevitavelmente se refere a fatos e protege valores, o que nos dá segurança à afirmação de que institucionaliza modelos e instrumentaliza mudanças sociais, mas deve respeitar limites. A esse respeito, Roberto Freitas Filho se manifesta:

É certo que o uso instrumental do Direito permite aos operadores produzir mudança social induzida. As mudanças são atos orientados de vontade dos operadores jurídicos e supõem a eleição de certos valores-fins. A inexorável politização do Direito vem do fato de que vivemos em um contexto histórico onde a realidade social é de complexidade das estruturas e dos papéis sociais e o Direito funciona, em larga medida, como instrumento de realização dos fins do Estado, como um mecanismo

de controle premonitivo e solucionador de conflitos por via da institucionalização dos mesmos. Existem, entretanto, limites para tal utilização do Direito. O alargamento dos limites legais das decisões e a produção de novos padrões decisórios acabam, em última análise, por comprometer a coerência do discurso jurídico, fundado no primado da certeza, da segurança e da ordem (FREITAS FILHO, 2003: p. 75).

A seqüência do conceito de direito, na idéia imorredoura de Miguel Reale, mostra que a ordem legal não é fria e o direito não é somente objetividade, porque regula fatos sociais, políticos, demográficos, geográficos, ambientais, econômicos, técnicos, esportivos, culturais, históricos, filosóficos etc, mas sempre com o propósito de proteção a algum valor que tenha importância para a coexistência social.

Daí que Otfried Hoffe assim formula sua idéia a respeito do assunto:

Decisivo é um contexto sistemático que é formulado na seguinte *hipótese tripartite*: se a convivência humana deve assumir a figura legítima, então deve ser, primeiro, o caráter do direito e deve, em segundo lugar, o direito atingir a realidade da justiça e, em terceiro lugar, deve assumir o direito junto à proteção de uma ordem jurídica pública, por conseguinte, a figura de um Estado (justo). A tese-guia tripartite da filosofia política também pode ser lida numa outra seqüência:

- (1) o Estado está obrigado à justiça;
- (2) a justiça política forma a medida normativo-crítica do direito; e
- (3) o direito justo é a forma legítima da convivência humana (HOFTE, 2001: p. 13).

E o direito não pode nem mesmo deve ser visto como coação, norma, lei, numa idéia fria e exageradamente normativista-positivista.

É certo que cada um dos poderes tem suas competências específicas, mas também é correto afirmar que se tem assistido a um certo exagero na concessão de atribuições ao Executivo, a fim de que se dê a ele agilidade para governar.

Quaisquer abusos desembocarão no Judiciário, como é de se desejar num Estado de Direito.

O direito possui indubiosamente função política, ética, e os casos que são colocados à apreciação do Poder Judiciário, ainda que envolvam direitos legais de uma pessoa, de caráter público ou privado, com maior ou menor intensidade,

sempre trazem alguma carga de elementos exteriores, políticos mesmo na acepção da palavra.

Também é fato que o Poder Judiciário se depara com óbices e dificuldades das mais variadas para o exercício pleno da jurisdição.

A morosidade do Judiciário, a lentidão na tramitação dos processos, a dificuldade de solução a um conflito de interesses em tempo razoável, bem como a dificuldade de cumprimento das decisões; o uso desmesurado e protelatório dos recursos existentes, a falta de visão administrativa e de racionalidade nos procedimentos; a frustração causada pelos desatendimentos, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, às normas constitucionais, em alguns casos; a insuficiência de mecanismos e material tecnológico; a ausência de uniformização dos procedimentos diversos, a falta de visão de vanguarda e de justiça presente em muitos operadores do direito; a inexistência de uma defensoria pública de forma geral bem estruturada; o reduzido número de organizações destinadas à litigância em prol dos direitos fundamentais, vícios que não cessam, promiscuidade processual que persiste, falta de visão humanística, socializada, ética e operacional dos profissionais, tudo isso precisa ser ao menos diminuído para que a atividade jurisdicional possa ser exercida em toda a plenitude desejada.

Louis Assier-Andrieu, ao tratar dos desígnios normativos e do direito, assim se posiciona:

Sobretudo, mediante a escrita de seu conteúdo, o direito adquire a faculdade de escapar tanto ao cunho social de suas condições de elaboração quanto à marcação particular devida ao contexto de sua aplicação. Quando um enunciado é posto por escrito, pode ser examinado com muito mais detalhes, tomado como um todo ou decomposto em elementos, manipulado em todos os sentidos, extraído ou não de seu contexto, entregue à análise, à exegese e a todas as técnicas de interpretação especialmente aperfeiçoadas para assegurar seu desígnio normativo. Pode, enfim, isso é o essencial, ir além de sua época, permanecer ao longo dos séculos e produzir conseqüências absolutamente não premeditadas por seus autores. A letra da lei sobrevive admiravelmente ao espírito de seu autor (ASSIER-ANDRIEU, 2000: p. 23).

A função política do direito confirma a fuga que deve ocorrer da força dos códigos, da literalidade da norma, da interpretação matemática. Função política do direito que se faz presente quando o ordenamento jurídico não tem cunho somente

legalista, mas sim procura respaldar e efetivar direitos fundamentais. Função política que é exercida quando se tem visão crítica, socializada e humanística do direito e de suas interações.

Louis Assier-Andrieu, ao abordar algumas das funções do direito e como deve ele ser visto, escreve:

Ato de palavra, o direito exprime em sua própria forma a essência de sua função: dar o ritmo, oferecer o compasso. O *nomos* grego do século VI antes de nossa era é uma norma concreta de distribuição de terras, noção cuja autoridade servirá para designar o próprio princípio que consiste em distribuir justiça. A princípio o direito é declamado, é cantado. “Antes do doutores, os rapsodos”, escreveu um jurista romântico do século XIX, cansado do racionalismo exacerbado de sua época, do culto da lei e da adoração dos códigos. “O maior dos poetas é ainda o primeiro dos juriconsultos”, acrescenta ele, sem refrear seu próprio lirismo. Antes de ser escrito, o direito é recitado. Apresenta-se sob a forma de máximas, de provérbios ou de adágios elaborados de modo que fiquem gravados nas memórias, que passam facilmente “de boca em boca, de século em século”, que expressem a medida das coisas, sendo construídos como o compasso musical de uma expressão verbal. O ritmo, a assonância, a aliteração, a harmonia imitativa, a concordância fônica proporcionam às sentenças um caráter normativo antes mesmo de se considerar o sentido das palavras que as compõem (ASSIER-ANDRIEU, 2000: p. 153).

No momento em que se está a tratar da função política do direito e da ordem legal, imperioso lembrar que tal finalidade está respaldada pelas premissas sociais e axiológicas do próprio sistema, bem assim pela principiologia e pela interpretação jurídica que atenta para a diretriz da dignidade da pessoa humana.

Na obra de Louis Assier-Andrieu se vê conclusão singela e importante da função do direito em sociedade, e da amplitude que lhe é inerente:

Neste percurso sucinto, quisemos evocar a um só tempo a estrutura e a riqueza da idéia de direito. De uma como da outra, as ciências do homem e da sociedade não devem menosprezar nem a força nem a diversidade. O objeto jurídico não se reduz a um dos traços que uma sociedade, conforme sua história, realçará. Sua especificidade e o interesse que ele apresenta residem precisamente na variedade de suas manifestações sensíveis, em sua capacidade de encarnar a experiência humana a ponto de refletir seus aspectos mais profundos, de projetar suas tensões e de enunciar suas aspirações (ASSIER-ANDRIEU, 2000: p. 163).

É certo que se está a falar aqui do direito e das soluções processuais, mas obviamente que o direito estatal não exclui, pelo contrário incentiva soluções alternativas. A maneira estatizada de organização da sociedade aceita com tranqüilidade o pluralismo interno do direito, e o simples fato de uma pendência ser solucionada fora do tribunal não significa que foi solucionada fora do Estado ou fora do ordenamento jurídico que ali tem validade em seus aspectos normativo, fático e axiológico.

Como corolário do quanto antes assinalado, deve ser incentivado por todas as instâncias e modos o uso da liberdade contratual, impulsionando-se os cidadãos a solucionar seus conflitos de interesses em todos os círculos, familiares, pessoais e profissionais, de maneira informal e aplicando-se o senso de justiça que é parte integrante de todas as pessoas, ou seja, que haja uma importante renegociação do famoso contrato fundamental.

Direitos fundamentais, finalmente, têm íntima correlação com Estado de Direito e as premissas que lhe dizem respeito. Referida vinculação vem bem delineada por Ingo Wolfgang Sarlet:

Ainda no que diz com a íntima correlação dos direitos fundamentais com a noção de Estado de Direito, socorremo-nos das palavras de Pérez Luño, de acordo com o qual “existe um estreito nexó de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e garantia do Estado de Direito.

Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre mestre de Coimbra, Joaquim José Gomes Canotilho, em autêntica “reserva de justiça”, em parâmetro de legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal. Segundo as palavras do conceituado jurista lusitano, “o fundamento de validade da constituição (=legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da colectividade, da sua bondade intrínseca (SARLET, 2005: p. 69)

De tais assertivas é possível concluir acerca da intensa interdependência entre Estado de Direito, legitimidade, função política do direito e realização de direitos fundamentais.

O direito, é certo, deve mesmo ter função política, a ser exercida especialmente em consonância com as diretrizes constitucionais que lhe dão resguardo e orientação.

### 2.3. Instrumentalidade e efetividade do processo

O direito processual estabelece o conjunto de regras e princípios que regulam o exercício jurisdicional, da ação, da defesa e do processo.

O processo é caminho que deve ser percorrido e integra os procedimentos que não de ser respeitados para que se solucione pendências entre os indivíduos, grupos e entres estes e o Estado. O processo, pois, necessita de formas e de procedimentos, mas não de formalismo exacerbado, o que passa a ser deformação.

De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque:

A pretensão processual só tem sentido em função da pretensão fundada no direito material.

Processo e direito existente não caminham necessariamente juntos. É possível que a relação processual termine sem que o juiz chegue a emitir provimento sobre a situação da vida trazida para sua apreciação.

A afirmação de um direito, de uma relação jurídica substancial, constitui elemento imprescindível ao processo. A jurisdição atua sempre em função de um direito afirmado. A ação não pressupõe direito existente, mas exige-se a afirmação de um direito material para seu exercício. A defesa volta-se contra a existência desse direito (BEDAQUE, 1999: p. 12).

Daí que instrumentalidade e efetividade do processo estão ligadas à proteção bem dirigida, a tempo e modo justos, de um direito material. E o processo deve bem funcionar para todos os envolvidos, o que dá credibilidade ao órgão jurisdicional e aos profissionais jurídicos de modo geral.

Até mesmo a inadequação das leis pode e dever ser resolvida pela tarefa criativa dos magistrados e dos profissionais encarregados de conduzir os processos democráticos, o que nos leva a crer que a própria concepção processual não pode prescindir de juízos de substância.

De conformidade com Louis Assier-Andrieu:

Toda decisão de justiça é a conclusão de um silogismo que se costuma denominar de ‘silogismo judiciário’: a premissa maior é a regra de direito, a menor compreende o conjunto dos fatos que condicionam a aplicação dessa regra, a conclusão que decorre daí é então a sentença”. Este trecho de um manual de direito, bíblia, entre outros diplomados, dos aprendizes franceses da profissão de juiz, define o ato de julgar acima de tudo como uma forma de raciocínio, uma forma lógica, até mesmo uma lógica de pura forma. A filosofia situa sua função na economia geral das atividades na inteligência. O julgamento é um posicionamento, não só com relação a um conteúdo de pensamento, mas com relação a seu ou a seus destinatários aos quais é transmitida uma crença e solicitada uma adesão. Ele efetua uma triagem entre o verdadeiro e o falso, o possível e o impossível, o ser e o necessário. O julgamento pode ser puro, unicamente destinado à unificação e à compreensão do real – diremos que se trata de um juízo de “valor”. Pode, em compensação, mergulhar na realidade e efetuar a seguinte operação: reportar uma situação de fato a uma norma ou a uma ordem preestabelecidas. Forma de raciocínio, a sentença dada em nome do direito a fim de resolver casos precisos procede ao mesmo tempo da lógica abstrata do procedimento e das contingências particulares da função jurídica. À lógica do entendimento, a sentença deve ser a fórmula dita do silogismo que constitui sua estrutura. Das servidões da função procede a variedade de seus conteúdos (ASSIER-ANDRIEU, 2000: p. 214-5).

Justiça é a justa medida, mas para ser feita precisa ser incorporada pelos juízes e tribunais. O processo moderno, que tem o propósito de solucionar conflitos de interesses existentes no convívio em sociedade, dando a cada um aquilo e exatamente aquilo que lhe pertence, deve ser dotado de algumas características.

Daquilo que se passou a chamar processo justo, surgem dois aspectos de grande relevo, conforme já assinalado, quais sejam a instrumentalidade e a efetividade. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende. Aliado a isto, realização dos direitos.

José Roberto dos Santos Bedaque assinala a tal propósito:

Não há uniformidade de escopos entre as partes e o juiz, no tocante ao processo. Aquelas não buscam a atuação da vontade concreta da lei e a pacificação social; pleiteiam a proteção a seus interesses, que será consubstanciada na tutela jurisdicional. Já, o juiz não atua com o objetivo de prestar essa tutela a qualquer deles, mas com o escopo de atuar a lei. A pacificação é consequência necessária.

Tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. A técnica processual a serviço de seu resultado (BEDAQUE, 1999: p. 25).

A instrumentalidade e a efetividade do processo são objetivos maiores, portanto. A tutela jurisdicional será tão mais valiosa quanto mais se aproximar da solução espontânea do conflito. É premissa básica do direito processual hodierno: aquele que tem direito à tutela jurisdicional deve receber, tanto quanto possível, exatamente aquilo que receberia se tivesse havido acatamento voluntário, natural, espontâneo da norma de direito material.

Instrumentalidade porque o processo, apesar da autonomia da ciência jurídica processual, não é nem deve ser um fim em si mesmo, mas um caminho, um veículo, um meio, um modo para a realização dos direitos, quiçá os fundamentais.

Efetividade porque deve funcionar, deve ter eficácia prática, tem que levar a resultados úteis, na medida daquilo que é possível praticamente.

Aristóteles, na *Ética a Nicômano*, citado por Louis Assier-Andrieu, fala do juiz e do fim do processo:

...quando ocorre alguma pendência entre os homens, eles recorrem ao juiz. Ir ao encontro deste significa apresentar-se perante a justiça, pois o juiz pretende ser, por assim dizer, a justiça encarnada. Na pessoa do juiz procura-se um terceiro imparcial e alguns chamam os juízes de árbitros e de mediadores, querendo assinalar com isso que, quando se tiver encontrado o homem da justa medida, conseguir-se-á obter justiça. Portanto, a justiça é a justa medida, pelo menos quando o juiz for capaz de incorporá-la. O juiz mantém a balança equilibrada entre as duas partes. Façamos uma comparação: tendo uma linha sido cortada em duas partes desiguais, o juiz toma o que, na parte maior, ultrapassa a metade e, o que é assim tomado, é acrescentado à parte menor (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. 134).

Com tais considerações se chega à idéia de processo justo e moderno, que ajude a fazer incidir as premissas inerentes ao Estado Democrático e Social de Direito.

Novamente José Roberto dos Santos Bedaque:

A principal missão do processualista é buscar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos. Não se pode prescindir, evidentemente, da técnica. Embora necessária para a efetividade e eficiência da justiça, deve ela ocupar o seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como fim em si mesmo. Não se trata de desprezar os aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo. A técnica deve servir de

meio para que o processo atinja seu resultado. Critica-se não o dogmatismo, mas o dogmatismo puro, o formalismo indiferente aos reais problemas a serem solucionados no processo (BEDAQUE, 1999: p. 43).

Claro fica, por conseguinte, que o processo deve ser um caminho para a realização de direitos, e que o apego às formas, de maneira cega e exacerbada, transforma o profissional do direito em verdadeiro operador, mas não protagonista do direito e da justiça.

#### 2.4. Novos paradigmas jurídicos

Até mesmo o direito natural serve-nos à análise crítica do direito e ao estabelecimento de novos paradigmas orientadores e perspectivas emancipatórias de moralidade jurídica e de justiça política.

Em contraste com o Juspositivismo, o Jusnaturalismo pode nos servir para uma (re)humanização do direito, fazendo valer os ícones axiológicos que orientam uma convivência ordenada e o respeito à liberdade alheia, restabelecendo o conceito de justiça, explicitando as ideologias e contextualizando historicamente a prática jurídica. O simples fato de trazer à baila o conceito de justiça material, substancial, em sua essência, tendo em vista que o paradigma vigente não nos oferece tal possibilidade de forma plena, já nos faz louvar o resgate do Direito Natural.

A explicação do jusnaturalismo por Otfried Hoffe nos ajuda:

E assim, como a justiça política, o direito natural significa uma instância pré-positiva, que reivindica o primado sobre a instância positiva e ainda, via de regra, não é compreendido técnica e pragmaticamente, mas eticamente. O pensamento jusnaturalista (crítico) consiste na tentativa em assumir uma perspectiva moral em face do direito e do Estado (HOFFE, 2001: p. 77).

Estudar na academia os primeiros princípios de moralidade, aquelas diretrizes axiológicas básicas que passaram a se infiltrar no mundo jurídico, tem extrema importância a partir do momento em que dá ao estudante do Curso de

Direito visão ampla, abrangente e consciência da transposição daqueles direitos para o fenômeno positivado.

O Direito Natural nos serve à compreensão de que os paradigmas jurídicos trazidos por um positivismo extremado são nocivos, apesar de sua importância histórica. Mas pode mesmo é ter havido, em muitos momentos, uma supervalorização proposital das idéias juspositivistas, de acordo com a narrativa de Otfried Hoffe:

De outro lado, existem, sem dúvida, teóricos do direito tão influentes como Kelsen que efetivamente rejeitam a perspectiva da justiça e o pensamento jusnaturalista. Mas esta rejeição poderia repousar num argumento secundário que pode ser separado do argumento teórico-jurídico principal. É por isso que não é suficiente distinguir diferentes formas de positivismo. É preciso perguntar, além disso, se a forma radical, o amoralismo jurídico, faz, como tal, parte do núcleo do positivismo jurídico. Talvez a aceitação de um positivismo radical de direito e de Estado seja no fundo um mito: uma invenção que, em parte, se deve atribuir aos filósofos da justiça que estão à procura de um adversário facilmente refutável, em parte, fica por conta dos positivistas do direito que fazem suposições adicionais que nem são necessárias para a intenção fundamental teórico-jurídica (HOFFE, 2001: p. 92).

Quando se fala em novos paradigmas jurídicos, há de se esclarecer que os elementos para um trabalho e resultados emancipatórios no mundo jurídico, com suas inevitáveis repercussões sociais, econômicas, políticas e técnicas, estão quase todos eles em nossa Constituição Federal e dispersos pela ordem legal, faltando àqueles que operam o direito a visão crítica, humanística, socializada e ética imprescindíveis.

Conforme Fabio Nadal:

A pós-modernidade, nascida da desilusão dos homens com o racionalismo que caracterizou a modernidade e “cujos frutos não foram alentadores”, impõe, ao Direito Constitucional, o desafio de combinar os aportes trazidos pela consciência crítica do Estado com a tarefa de elaborar uma dogmática capaz de transferir para a linguagem da juridicidade os pressupostos de legitimidade que lhe sirvam de suporte (NADAL, 2006: p. 20).

É certo, pois, que além de todo o conteúdo jurídico e normativo do Estado e da Constituição, ambos estão também imbricados à realidade social, a uma

fundamentação histórica e social, porque a todo fato jurídico corresponde uma instituição social, econômica ou ideológica subjacente.

O conhecimento da realidade precisa ser trabalhado de forma racional e adequada, através de uma construção que objetive interpretar, criticamente, as relações causais. O direito precisa ser conhecido e transposto do mundo da experiência para a construção dos conceitos apropriando-se do correto e justo sentido das coisas, ainda que se corra o risco de algumas indeterminações. Regra básica é a de que o modelo teórico não pode assumir feições estáticas ou dogmáticas, na medida em que a construção da teoria é o resultado daquilo que se observa, com todas as suas mutações e especificidades.

A esse respeito, expressivas as lições de José de Deus Luongo da Silveira:

Não há dúvidas, deve haver um alto grau de compatibilidade entre o modelo teórico e a realidade social; o direito deve se submeter a um processo de re/construção permanente, a fim de atender ao ideário de pacificar com justiça a sociedade. A sua teorização deve implicar num modelo que represente/satisfça as mais legítimas aspirações do povo, sem os exclusivismos odiosos que reacendem as figuras do “*sobrecidadão*” e do “*subcidadão*”, tão freqüentes na realidade brasileira (SILVEIRA, 2001: p. 9).

A Constituição Federal de 1988 precisa ser tomada e aplicada em toda a sua substancialidade e essencialidade. É necessário dizer o óbvio: precisamos constitucionalizar o direito infraconstitucional, fazer com que a Constituição seja realmente o fundamento de validade das normas infraconstitucionais, caminhar na direção de um direito promovedor-transformador, e não mais só de um direito ordenador.

Lenio Luiz Streck coloca a Constituição no seu devido lugar:

É nesse exato contexto que, considerando a Constituição não somente como o/um documento para organizar o Estado, mas, sim, a própria explicitação do contrato social e o espaço de mediação ético-política da sociedade, ou, como diz Bonavides, “é a expressão do consenso social sobre os valores básicos, tornando-se o alfa e ômega da ordem jurídica, fazendo de seus princípios, estampados naqueles valores, o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema”, *é necessário ter claro que o cumprimento do texto constitucional é condição de possibilidade para a implantação das promessas da*

*modernidade*, em um país em que a modernidade é (ainda) tardia e arcaica. Para que se cumpra a Constituição e viabilize-se a dignidade da pessoa humana – e só *para isto tem sentido um Estado organizado e uma Constituição* – necessitamos, primeiro, superar esse paradigma normativista, próprio de um modelo de Direito liberal-individualista, hegemônico no plano das práticas judiciais, no qual os próprios mecanismos para viabilizar os direitos sociais e fundamentais, passados treze anos da promulgação da Constituição, têm permanecido ineficazes (STRECK, 2004: p. 844).

Mudanças substanciais e estabelecimento de novos paradigmas são difíceis porque a modificação precisa ser estrutural, provir da base. Trata-se de transformação da substância, do conteúdo e que deve ocorrer desde o nascedouro da cultura jurídica. Ao abordar referida dificuldade, Lenio Luiz Streck assinala:

Dito de outro modo, quando o operador do Direito fala do Direito ou sobre o Direito, fala a partir do seu “*desde-já-sempre*”, o *já-sempre-sabido* sobre o Direito, enfim, como o Direito *sempre-tem-sido* (é como ele “é” e tem sido estudado nas faculdades, reproduzido nos manuais e aplicado quotidianamente). O mundo jurídico é, assim, pré-dado (e *predado*) por esse sentido comum teórico, *que é, assim, o véu do ser autêntico do Direito!*

O sentido comum teórico é, pois, uma manifestação inautêntica do ser do Direito, uma vez que provoca o ocultamento/velamento, nesse jogo de ambivalência entre velamento e desvelamento, das possibilidades da manifestação de um Direito de índole transformadora (neoconstitucionalismo), condizente com o novo modelo proporcionado pelo Estado Democrático de Direito que, superando a tradição própria de um constitucionalismo de outro viés, introduz a noção de Constituição enquanto constituidora de um Direito voltado à promoção da justiça social e ao respeito dos direitos sociais-fundamentais (STRECK, 2004: p. 217)

Relevante também que se tenha a devida consciência de que há uma necessária ligação entre Estado, Constituição e Política, e que a Constituição também compõe a realidade histórico-social. Sergio Fernando Moro afirma que:

A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciais, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve-se preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preferida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes.

Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo: segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que,

quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juizes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são (MORO, 2004: p. 128-9).

Constatação importante é a que se refere ao seguinte: fossem as normas todas elaboradas em atendimento aos nobres, reais, legítimos e efetivos anseios da coletividade, e houvesse aplicação ou execução delas de modo adequado, muitos problemas latentes seriam resolvidos. Mas não é o que ocorre. Por tal motivo, justifica-se a atuação jurisdicional, especialmente a constitucional, que seja emancipatória e em prol dos direitos fundamentais, impedindo a tomada de decisões que contrariem algumas minorias, promovendo o correto funcionamento das instituições democráticas, assegurando a abertura dos canais de participação e de mudanças políticas.

É fato que a jurisdição crítica não soluciona todos os problemas. De acordo com a menção feita por Sergio Fernando Moro:

O que se deve ter em mente é que a Constituição pretende disciplinar o fenômeno político, estabelecendo as bases do Estado e da sociedade. Ela traça, pelo menos, regras básicas acerca da relação entre o Estado e o cidadão, e entre os próprios cidadãos. Em uma democracia pluralista, há discussão profunda acerca dessas relações e dessas regras básicas. Não se pode esperar que uma Constituição ou um método de interpretação da Constituição elimine, qual passe de mágica, tais controvérsias. O juiz constitucional não é o *Deus ex machina* do pensamento político (MORO, 2004: p. 159).

Novos paradigmas jurídicos devem orientar a criação do direito e a atividade interpretativa e aplicadora das normas em geral. Lenio Luiz Streck nos fala com pertinência e profundidade da necessidade de modificação de paradigmas e de novos delineamentos no comportamento dos trabalhadores jurídicos, assim se posicionando sobre o tema:

Mais do que procedimentos, a Constituição instituidora do Estado Democrático de Direito apresenta, a partir de uma revolução copernicana do direito constitucional, a determinação da *realização substantiva dos direitos sociais, de cidadania e aqueles relacionados diretamente à terceira dimensão de direitos*. Para tanto, o Direito assume uma nova feição: a de transformação das estruturas da sociedade.

Por isso, mais do que a superação das crises do Estado, torna-se imprescindível superar a crise do Direito, calcada em uma crise de paradigmas de dupla face: de um lado, o velho modelo de Direito liberal-individualista-normativista teima em obstaculizar as possibilidades do novo modelo representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito; de outro, uma crise de cunho hermenêutico, a partir da qual os juristas continuam submersos num imaginário metafísico-objetificante, no interior do qual ainda ocorre a separação sujeito-objeto, refratário à viragem linguística ocorrida no século XX. *Essa crise de dupla face obstaculiza o acontecer da Constituição*, perdendo-se dia a dia a especificidade do Direito, tão cara aos propósitos da idéia de Estado Democrático de Direito (STRECK, 2004: p. 87)

É certo que a segurança jurídica é um imperativo e tem sua parcela importante de contribuição no asseguramento de uma coexistência social sadia, regulada pelo direito de modo a garantir efetivamente.

Otfried Hoffe trata da segurança jurídica e faz a crítica à sua insuficiência:

No caso da norma jurídica, sua realização confiável consiste na *segurança jurídica*. Pressuposto que se revele uma regulação social e sua forma jurídica como legítima, a segurança jurídica é um princípio irrenunciável de legitimação e pode ter então conseqüências significativas do ponto de vista da realidade jurídico-constitucional, exigindo, por exemplo, uma clara divisão de poderes. Uma entidade de direito e de Estado que tira as conseqüências correspondentes e que garante a segurança jurídica é legítima, num primeiro sentido, o normativo, o mais fraco (HOFFE, 2001: p. 56).

Fala-se da fraqueza do sentido normativo na exata medida em que é preciso estabelecer parâmetros éticos e de justiça política ao direito e às suas efetivações. Direito que não atenda às inclinações genéticas de uma coletividade, que não faça incidir os importantes parâmetros axiológicos que lhe dão respaldo, enfim, que não coincida com a proteção à liberdade humana em toda a sua abrangência, não pode ser considerado verdadeiro direito, mas sim contrafação do direito.

Louis Assier-Andrieu finaliza sua obra afirmando que:

No direito, não se pode fazer tudo, nem mandar fazer tudo. Se ele não é uma moral, nem uma política, cabe a cada qual fazer sua política tratar moralmente dele, com a mais viva consciência possível das questões que ele suscita (ASSIER-ANDRIEU, 2000: p. 318).

Justiça necessita de realização, de paradigmas nobres e eficazes, de operabilidade. O direito precisa ser impulsionador e efetivador de transformações sociais qualitativas e quantitativas, até porque normalmente as realidades de hoje são as utopias de ontem. Conforme Otfried Hoffe:

Também através da harmonia e confluência dos dois tipos de estratégia, das estratégias da posituação e das estratégias de deliberação, não se pode garantir a plena realização da justiça política. A convicção de que nenhum Estado natural pode chamar-se, num sentido irrestrito, “Estado da justiça”, permanece válida. Através da articulação destes elementos: os princípios positivados da justiça com a racionalidade científica, com o consenso experimental e as relações de cooperação entre ciência e política, recebem a coletividade uma chance competente de também encontrar e reconhecer, sob as condições atuais de sociedades complexas, as formas concretas de justiça política, em suma: de realizá-las historicamente (HOFFE, 2001: p. 437).

O novo de que se quer falar na verdade já se faz presente em nossa Constituição, ainda que obscurecido por práticas individualistas, normativistas, egoístas e formalistas. O direito precisa atuar de tal forma que consiga ao menos amenizar os efeitos deletérios da globalização, que aumenta o número de marginalizados, mecaniza e exclui desenfreadamente, racionaliza a produção e empurra os pobres para a marginalidade completa, torna o desemprego estrutural, desmonta a previdência pública, incentiva o consumismo e fortalece os privilégios, a dominação e a opressão, enfim, transforma a exclusão em contrapartida aceitável da competitividade nacional.

José Augusto Lindgren Alves resume as ocorrências e características da pós-modernidade:

Na pós-modernidade, o eterno passa a ser contingente; o universal, ilusório, e a metafísica, uma invenção sem sentido. Esboroa-se, portanto, a idéia de fundamentos para a política, o direito, a ética e as relações sociais. Tudo passa a ser relativo, localizado e efêmero. É nessa situação que se desenvolvem – ou se esmaecem – os confrontos político-sociais, tendo por pano-de-fundo uma tecnologia “performática”, um conhecimento elusivo e uma globalização excludente (ALVES, 2005: p. 32).

A globalização tem causado modificações importantes nas idéias de soberania e cidadania vigentes no mundo ocidental, criando o risco de anular os

direitos humanos e a própria cidadania, na medida em que os agentes econômicos transestatais e as tecnologias da comunicação instantânea praticamente inviabilizam o exercício da soberania. Num contexto como este, o discurso dominante pretende criar a metáfora da sociedade ideal, o mito da globalização, o simulacro de um mundo perfeito, como se não houvesse os excluídos, ou pior, como se aos excluídos faltasse competência para a aguardada inclusão.

Como paliativo aos resultados nefastos da globalização, o Estado transfere às organizações não-governamentais e à iniciativa privada a responsabilidade pela inclusão social, até porque não consegue operar políticas públicas adequadas, atuando como mero administrador do funcionamento da sociedade para o sucesso das empresas, nacionais e transnacionais, vendo-se cada dia menos capazes de zelar pelo bem-estar geral, cabendo aos pobres a responsabilidade pela sua pobreza, aos marginalizados a miséria absoluta, e à sociedade ficar refém das leis do mercado e da eficiência econômica que estabelece o desmanche da segurança social.

Lenio Luiz Streck fala da índole construtivista e intervencionista de nossa Carta Magna, além de criticar o neoliberalismo:

Dito de outro modo, as políticas neoliberais são absolutamente antitéticas ao texto da Constituição brasileira. Não é difícil perceber que, enquanto o neoliberalismo aponta para desregulamentação, a Constituição brasileira nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivistas, questão que exsurge claramente da dicção do art. 3º do texto magno. Desse modo, a noção de Constituição que se pretende preservar, nesta quadra da história, é aquela que *contenha uma força normativa capaz de assegurar esse núcleo de modernidade tardia não cumprida*. Esse núcleo consubstancia-se exatamente nos fins do Estado estabelecidos no aludido artigo 3º da Constituição.

O atendimento a esses fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante. Portanto, quando – para estranheza de muitos constitucionalistas – ainda propugno por um “dirigismo” constitucional, quero deixar claro que não estou a falar de um conceito (de dirigismo constitucional) desvinculado da contemporaneidade que cerca a noção de Estado Nacional e tampouco estou a pregar um isolacionismo de cunho monádico-autárquico (ou, utilizando a expressão cunhada por Canotilho, um autismo nacionalista e patriótico).

Na verdade, a pretensão é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham

livremente da Constituição. A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se “interpõe” entre o Estado e a Sociedade. A Constituição dirige; constitui. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois! (STRECK, 2004: p. 139-40-1)

É certo, por conseguinte, que a função mais nobre do direito constitucional e da efetivação dele é a manutenção da legitimidade do agrupamento político-estatal e dos parâmetros jurídicos, sociológicos e axiológicos essenciais, e para tanto está a faltar mais efetividade.

A idéia da programaticidade da Constituição Federal de 1988 deve ser mantida, a fim de que se respeite a sua perspectiva dirigente-compromissária, para que alfim haja proteção ao cidadão, ao grupo, à sociedade como um todo.

Hodiernamente, o texto constitucional precisa ser visto como união de teoria e prática, como algo existente, palpável, concreto, plausível. A este respeito, Lenio Luiz Streck nos enriquece:

Não há, pois, um texto constitucional abstrato, universalizante, como não há, do mesmo modo, uma ponte abstrata, universal (uma generalidade de ponte), que *não* una margens, que *não* ligue estradas e que *não* comunique pessoas. *A Constituição é, finalmente, o resultado de sua interpretação, uma vez que uma coisa só é (algo, uma coisa) na medida em que é interpretada (porque compreendida “como” algo).* A Constituição é um existencial. Ela se dá como um acontecer. Numa palavra, do mesmo modo que o texto (constitucional) somente é um “texto” porque se refere a algo (portanto, em contexto), somente haverá uma ponte na medida que significada/vivenciada “como” ponte (STRECK, 2004: p. 171)

Para a realização de tal missão, todo processo e todo procedimento precisam respeitar a norma hierarquicamente superior, e deve ocorrer ampla utilização de todos os mecanismos de acesso à justiça, especialmente quando se trata do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, bem assim das ações constitucionais específicas, tais como o mandado de segurança (individual e coletivo), o mandado de injunção, a ação popular, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a fim de que se implemente os valores constitucionais e se construa um discurso crítico.

A Constituição deve ser entendida, vista, apreciada e aplicada levando em conta toda a sua substancialidade e sua peculiaridade de norma diretiva fundamental.

Para ultimar o presente capítulo, merece menção a explicação de Luis Roberto Barroso acerca do pós-positivismo, porque aplicável integralmente às idéias e práticas que se pretende estabelecer com o trabalho:

Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. A estes elementos devem-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva do Direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo. É preciso transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na prática jurisprudencial e produzir efeitos positivos sobre a realidade (BARROSO, 2004: p. 385).

Romper com o passado, os formalismos, o dogmatismo exacerbado, exige que se abrigue mesmo em outras servidões, novos vínculos. O que não pode predominar é a cultura da intolerância, em que não se aceita o divergente/diferente, e ainda se cria para ele óbices para um convívio social sadio. O trilho que se deve buscar é o da diversidade na unidade, do pluralismo na inclusividade, do embate das idéias e conceitos, sem radicalizações nocivas.

### CAPÍTULO III

#### 3. JURISDIÇÃO CRÍTICA E EMANCIPATÓRIA COMO VEÍCULO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme anotado por De Plácido e Silva, jurisdição tem como um dos seus significados:

JURISDIÇÃO. Derivado do latim *jurisdictio* (ação de administrar a justiça, judicatura), formado, como se vê, das expressões *jus dicere*, *juris dictio*, é usado precisamente para designar as atribuições especiais conferidas aos magistrados, encarregados de administrar a justiça. Assim, em sentido eminentemente jurídico ou propriamente forense, exprime a extensão e limite do *poder de julgar* de um juiz (SILVA, 2003, p. 802).

Analisando referido sentido, é possível inferir que a jurisdição está relacionada à atribuição dos magistrados e tribunais para dizer o direito, ou quem tem o direito no caso concreto, prestando a tutela jurisdicional. Trata-se de poder público conferido a tais agentes para a solução de conflitos de interesses ou aplicação da sanção jurídica.

Do Dicionário Houaiss é possível extrair a acepção antes indicada, ou seja, a jurisdição como “poder legal, no qual são investidos certas pessoas e órgãos, de aplicar o direito nos casos concretos” (HOUAISS, 2001, p. 1694).

A soberania é una, indivisível. Não se pode conceber a existência de mais de um poder soberano estatal em um mesmo espaço territorial. Além disso, não se pode reparti-lo ou fragmentá-lo; o que ocorre é a divisão de competências e das funções políticas em três (legislativa, executiva e judiciária).

A função jurisdicional faz atuar a vontade das normas sempre que tal não ocorrer pela vontade dos próprios destinatários delas.

Segundo os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque, retirado de obra organizada por Antonio Carlos Marcato:

Jurisdição é, pois, uma das atividades fundamentais desenvolvidas pelo Estado. Ao impor coercitivamente as regras criadas pelo legislador,

fazendo com que elas sejam observadas, o juiz põe fim a lides ou litígios, ou seja, a conflitos de interesses qualificados por pretensões resistidas (MARCATO, 2004, p. 36)

Através da jurisdição são solucionadas as controvérsias surgidas naturalmente em virtude da coexistência/convivência social; por meio de tal atividade é que são trazidas soluções aos litígios, sendo certo que a prestação jurisdicional deve ser plena, eficaz, temporânea e a mais adequada possível.

Importante estabelecer claramente qual a acepção de crítica que se pretende incorporar ao trabalho.

Do Dicionário Houaiss extraímos as significações que mais interessam, quais sejam:

...2 exame racional, indiferente a preconceitos, convenções ou dogmas, tendo em vista algum juízo de valor 3 *p. ext.* atividade de examinar e avaliar minuciosamente tanto uma produção artística ou científica, quanto um costume, um comportamento; análise, apreciação, exame, julgamento, juízo...10 FIL exame de um princípio ou idéia, fato ou percepção, com a finalidade de produzir uma apreciação lógica, epistemológica, estética ou moral sobre o objeto da investigação 11 FIL entre os pensadores iluministas e seus epígonos, questionamento racional de todas as convicções, crenças e dogmas, mesmo se legitimadas pela tradição ou impostas por autoridades políticas ou religiosas 12 *p. ext.* FIL no *kantismo*, questionamento empreendido pela razão a respeito de seus próprios limites, princípios, pretensões cognitivas e especulativas (HOUAISS, 2001, p. 875)

Não se quer, pois, falar de crítica como um juízo de valor negativo acerca de algo. Do rol acima é possível afirmar que a crítica que pretendemos ver relacionada à atividade jurisdicional tem o sentido de fazer predominar, tanto quanto possível, um exame racional aprofundado e desapegado de dogmas, de falsas e nocivas imposições. Enfim, uma atividade mais aberta e principiológica dos juízes e tribunais, caracterizada e agregada pela busca efetiva e pelo respeito indeclinável aos parâmetros de justiça, aos princípios jurídico-constitucionais e às diretrizes axiológicas que alfim protejam os bens soberanos mais importantes.

Indeclinável a necessidade do referido exercício crítico, a partir do momento em que se almeja um efetivo Estado Democrático e Social de Direito, no qual haja respeito à cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e ao pluralismo político.

Luis Roberto Barroso resume alguns dos importantes aspectos que têm emergido em nosso panorama jurídico:

A jurisprudência produzida a partir da Constituição de 1988 tem progressivamente se servido da teoria dos princípios, da ponderação de valores e da argumentação. A dignidade da pessoa humana começa a ganhar densidade jurídica e a servir de fundamento para decisões judiciais. A lado dela, o princípio instrumental da razoabilidade funciona como a justa medida de aplicação de qualquer norma, tanto na ponderação feita entre os princípios quanto na dosagem dos efeitos das regras.

A Constituição de 1988 tem sido valiosa aliada no processo histórico de superação da ilegitimidade renitente do poder político, da atávica falta de efetividade das normas constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira. Sua interpretação criativa, mas comprometida com a boa dogmática jurídica, tem-se beneficiado de uma teoria constitucional de qualidade e progressista. No Brasil, o discurso jurídico, para desfrutar de legitimidade histórica, precisa ter compromisso com a transformação das estruturas, a emancipação das pessoas, a tolerância política e o avanço social (BARROSO, 2004: p. 386).

A crítica pretendida se refere, também, à descoberta de uma relação entre o objeto criticado (direito, suas normas, a interpretação e a aplicação) e outras realidades, uma relação que sem o rigor crítico acabaria oculta da consciência jurídica.

A propósito do assunto e como conclusão de sua obra, o argentino Rodolfo Luis Vigo nos orienta:

Ante um mundo que precisa de clareza, valentia, verdades e justiça, exige-se do jurista que retome energicamente a sua missão de *jurisprudens*, dizendo o direito que corresponde a cada um e procurando, com os meios a seu alcance, que ninguém se veja privado do “seu” (*suum*). Para cumprir as suas funções de criador, intérprete, difusor, orientador e crítico do direito, requer-se que o seu saber seja integral e, desse modo, compreendendo as razões últimas que explicam seu ofício, cumpra com o seu chamado a dizer o direito (*jurisdictio*) (VIGO, 2005: p. 301)

E de jurisdição emancipatória se está a tratar porque o que se pretende são decisões dos juízes e tribunais libertadoras, em conformidade com os parâmetros constitucionais principiológicos que fazem verdadeiramente incidir os direitos fundamentais. É falar mesmo em alforria, independência, dom ou dádiva da liberdade no que concerne aos direitos fundamentais. É fazer com que os juízes e tribunais apliquem a Constituição Federal de 1988 ou ao menos se lembrem da

existência dela. É tentar fazer o novo prevalecer em detrimento do antigo, costumeiro e previsível proceder jurídico.

### 3.1. Aspectos teóricos e práticos

Só poderá haver suspensão dos direitos e garantias fundamentais quando decretado o estado de sítio, que é medida excepcionalíssima e perigosa, a ser declarada em circunstâncias bastante peculiares, graves e de perigo extremo para a ordem constitucional, quais sejam a comoção grave e a guerra externa.

À exceção de tais hipóteses, o trabalho dos operadores do direito deve sempre se vincular indispensavelmente ao cumprimento e efetivação, tanto quanto possível, dos direitos e garantias fundamentais.

Toda tutela jurisdicional pode levar ao resguardo de direitos e garantias fundamentais, mas especialmente aqueles remédios jurídico-processuais albergados constitucionalmente, tais como: o *habeas corpus*, o mandado de segurança individual e o coletivo, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular e a ação civil pública.

Para interpretação da Constituição, vários critérios, que se constituem em princípios, devem ser levados com conta, quais sejam:

- supremacia da Constituição, porque toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado;

- presunção da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, na medida em que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes;

- interpretação conforme a Constituição, pois a interpretação da norma legal há de manter harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita;

- unidade da Constituição, porque inexistente hierarquia jurídico-formal entre as normas constitucionais, devendo o intérprete considerá-las harmonicamente e solucionar eventuais conflitos;

- razoabilidade e proporcionalidade, que permitem o controle do arbítrio do legislativo e da discricionariedade governamental, por meio da perquirição da razoabilidade e da racionalidade dos atos do Poder Público;

- efetividade, pois o direito existe para realizar-se, e o intérprete deve conferir à norma constitucional a máxima efetividade possível

Há justificativas diversas, plausíveis, político-jurídicas e bastante consolidadas para que a atividade jurisdicional se desenvolva em atendimento aos parâmetros de moralidade, socialidade, eticidade e constitucionalidade, especialmente quando em jogo estão os chamados direitos fundamentais.

Sergio Fernando Moro assim justifica sua posição:

Nessa perspectiva e considerando a importância política de tal questão, há justificativas suficientes para que o juiz constitucional adote postura ativa na proteção judicial dos pobres, como grupo social e politicamente vulnerável no processo político democrático, quer por meio da implementação de direitos que os beneficiem, quer por meio de crivo judicial rigoroso sobre a legislação reguladora ou restritiva desses direitos. Tal estratégia de proteção judicial especial para os pobres não compromete a proteção judicial, talvez com menor intensidade, de outros direitos sociais ou mesmo do princípio da igualdade, pois este vai além do imperativo de erradicação da pobreza (MORO, 2004: p. 294).

É fato, portanto, que os magistrados não podem nem devem funcionar como mecânicos e robotizados aplicadores de um silogismo jurídico frio e calculado, como insensíveis partícipes de um processo juspositivista exacerbado.

O teor da decisão seguinte, proferida nos autos do processo nº 968/01, da 7ª Vara da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, bem ilustra o descabimento e a frieza de alguns julgadores:

Indefiro a antecipação de tutela. Embora os autores aleguem ser portadores de AIDS e objetivem medicação nova que minora as seqüelas da moléstia, o pedido deve ser indeferido pois não há fundamento legal que ampare a pretensão de realizar às expensas do Estado o exame de genotipagem e a aquisição de medicamentos que, segundo os autores, não estão sendo fornecidos pelo SUS. A lei 9.313/96 assegura aos portadores de HIV e doentes de AIDS toda a medicação necessária a seu

tratamento. Mas estabelece que os gestores do SUS deverão adquirir apenas os medicamentos que o Ministério da Saúde indicar para cada estágio evolutivo da infecção ou da doença. Não há possibilidade de fornecimento de medicamentos que não tenham sido indicados pela autoridade federal. Por outro lado não há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Todos somos mortais. Mais dia menos dia, não sabemos quando, estamos partindo, alguns, por seu mérito, para ver a face de Deus. Isto não pode ser tido por dano. Daí o indeferimento da antecipação de tutela.

Fala-se em decisões judiciais pelo fato de que elas expressam a prática decisória e carregam os valores dos protagonistas jurídicos e da ordem legal, no momento da concretude da aplicação da norma geral e abstrata. A sentença ou o acórdão indicam a intervenção concreta e efetiva do direito na vida real, plasmando-a e mostrando as disfunções do modelo teórico apregoado nos Cursos de Direito, desde a base.

Menciona-se enfaticamente cultura jurídica e o mundo acadêmico porque dali vem a matriz ideológica dos operadores ou protagonistas do direito.

E se aborda a prática pelas razões expostas por Roberto Freitas Filho:

Um outro viés da cultura jurídica é aquela que se revela na *práxis* do ator jurídico, no cotidiano de suas atividades profissionais. Operando o Direito, vai colocar em prática o conjunto de práticas e valores que consigo traz desde a sua formação, e que influenciam tanto na consciência que tem de seu papel social, como na forma como lida com o Direito do ponto de vista técnico. É no momento da prática profissional que se materializam os conceitos dogmáticos “científicos” com os quais o estudante foi formado, bem como por meio de suas atitudes o resultado da socialização política perpetrada nos bancos escolares.

Na observação do posicionamento do ator jurídico em face de determinados temas e nas próprias posições teóricas defendidas poderemos configurar algumas hipóteses a esclarecer o compromisso do mesmo frente a sua matriz cultural de formação (FREITAS FILHO, 2003: p. 28-9).

Importa frisar a dificuldade e obstáculos relacionados à superação de paradigmas, pois há uma tendência normal dos indivíduos e especialmente dos trabalhadores jurídicos à adaptação e estagnação em modelos e padrões conhecidos, pautando-se por uma das categorias conceituais e práticas já inseridas pela experiência e pelo ensino-aprendizagem prévios.

De acordo com José de Deus Luongo da Silveira:

Torna-se relevante a retomada do pensamento filosófico, como um espaço aberto de reflexão, de questionamento da realidade jurídica, desvencilhado do laivo do formalismo estatal. Essa reconstrução será sempre um desafio colossal, o desmodelar para modelar de novo não nega os estágios anteriores do pensamento jusfilosófico, aprende com o passado, com as razões históricas que justificaram determinados posicionamentos doutrinários. Se a mudança implica em romper com o passado, só quem revisa o passado reconhece os erros do passado e pode se voltar para o futuro. Essa estratégia de mudança recoloca a filosofia no eixo principal das decisões, não de uma jusfilosofia meramente especulativa, mas de um pensamento crítico, emancipatório, construtivo da nova ordem, com raízes na realidade (SILVEIRA, 2001: p. 57).

Um paradigma é uma verdade ou certeza pré-estabelecida, ou um saber predominante e hegemônico tomado como diretriz inevitável dentro de uma comunidade que partilha determinada crença científica.

Visão diferenciada e realização plena do direito e da justiça se fazem necessárias, e para tanto uma mudança na atuação dos trabalhadores jurídicos é imperativa. A Constituição Federal de 1988 não pode continuar a ser um latifúndio improdutivo, um território inóspito. Como bem anota Lenio Luiz Streck:

É por demais evidente que se pode caracterizar a Constituição brasileira de 1988 como uma “Constituição social, dirigente e compromissária”, alinhando-se com as Constituições européias do pós-guerra. O problema é que, como alerta Guerra Filho, a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: *uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só) nega a aplicação de tais direito* (STRECK, 2004: p. 15).

É bem verdade que além de tais considerações e aspectos, de se lembrar que o Poder Judiciário passa por uma crise que não é somente sua, mas do Estado e da própria sociedade. A multiplicidade do capitalismo desenfreado torna a integração social fraca; a conflitividade, a sanção e a repressão são incentivadas por todos os meios; a distância que separa os diferentes grupos sociais no Brasil, tudo

isso contribui para aquilo que Maria Teresa Sadek e Rogério Bastos Arantes (*apud* Roberto Freitas Filho), denominaram as três dimensões da crise do Judiciário:

*A crise institucional* é aquela oriunda da inconciliação entre a necessidade de proferir decisões baseadas na estrita legalidade em conflitos de natureza política que chegam à apreciação do Judiciário. O controle de constitucionalidade exercido sobre os outros dois poderes aumenta a responsabilidade de mediação política do Judiciário. Decidir politicamente e viabilizar os planos governamentais por um lado e garantir a obediência à estrita legalidade de outro tem sido a prática de um Poder que, incompreensivelmente para a grande parcela da população, decide a favor ou contra certas medidas executivas, dependendo muito mais das conseqüências práticas do resultado da decisão do que da obediência estrita a ditames legais. A percepção, ainda que de forma não completamente consciente, dessa incoscência, afeta a legitimidade do Judiciário.

*A crise estrutural* é a face concreta, por assim dizer, da crise do Judiciário. É ela que evidencia a sua estrutura lenta e pesada, sua inoperância no que tange à eficiência em termos de quantidade de soluções de processos, bem como ao que os autores chamam de problema da *mentalidade* do juiz, que poderia ser descrito como a dimensão da cultura jurídica do julgador. O espírito refratário a mudanças e questionamentos e a postura corporativa completam este quadro.

*A crise relativa aos procedimentos* pode ser descrita como sendo o entrave ao bom e rápido trâmite dos processos em razão da exagerada possibilidade recursal e de formalidades procedimentais. Por um lado a formalidade é a garantia da segurança de uma produção probatória o mais justa possível, em atenção ao devido processo legal, mas por outro lado dá margem a que se postergue a decisão final muito além do desejado, o que compromete a efetividade do processo (FREITAS FILHO, 2003, p. 52-3).

As mudanças ocorridas na cultura jurídica e no Poder Judiciário refletem em todo o ordenamento jurídico e na prática do direito, repercutindo nas normas e na própria conformação institucional. Referidas mudanças podem advir, por certo, tanto do mundo acadêmico (ensino jurídico), quanto da própria necessidade ou conveniência prática da atuação concreta do direito (prática dos profissionais).

As faculdades de Direito ainda funcionam como meros centros de transmissão do conhecimento jurídico oficial, e poucas delas como centros de produção do saber. O professor somente fala em códigos, há despreparo metodológico e pedagógico que ainda reinam, formam-se técnicos, engendrando um imaginário positivista-normativista-formalista a sustentar o direito e a criar um círculo vicioso bastante nocivo.

O perfil dos juízes e do Poder Judiciário aponta para uma predisposição clara e justa à transformação social, à busca e efetivação da justiça substancialmente considerada, às tentativas de fazer incidir a cidadania e o acesso à justiça, mas ao mesmo tempo não se encontra um discurso coerente, uma alternativa teórica bem fundamentada e orientada a uma solidificação da visão ética, socializada, humanística e crítica do direito. Os magistrados não conseguiram ainda revelar de modo claro, sistematizado e bem definido tal predisposição a uma prática jurídica inovadora e eficaz.

O direito alternativo, surgido no Brasil no início da década de 90, teve e tem ainda grande importância, não obstante um ou outro exagero (em geral superdimensionado pela mídia). Condena o culto exagerado ou o fetiche da lei, bem assim a identificação plena entre direito e lei. Trabalha de maneira crítica e desconstrutiva a idéia da estatalidade do direito, admitindo que direitos são construídos e se vão constituindo pelos conflitos e avanços dos excluídos da nossa sociedade. Procura atentar mais ao espírito do que à letra da lei, a utilizar como alicerce os parâmetros axiológicos do sistema.

Para o jurista do direito alternativo, isto é certo, a lei não é uma proposição solta; não é apenas o que se lê em seu texto. Ela é mais que isso, ela é aquilo que ela pretende (espírito da lei), como participante de uma ordem geral.

Os adeptos da idéia em questão pregam que a lei deve ser, na medida do possível, um mandamento harmonizado com a ordenação ética vigente. O jurista sabe que a lei tem letra e espírito (corpo e alma). O magistrado não pode deixar de aplicar a lei, nos casos em que é chamado a fazê-lo, mas deve aplicá-la adequadamente, para alcançar os objetivos mais nobres, importantes e exatos que determinaram sua elaboração.

Em resumo, e em consonância não somente com o direito alternativo, mas especialmente com a idéia de uma jurisdição de qualidade, indubitoso que a função jurisdicional, serviço público que é, e que está à disposição dos cidadãos, precisa ser transparente, compreensível, democrática, e o papel dos magistrados deve ser ativo, de construtores e mantenedores do processo evolutivo do direito, da sociedade e da justiça.

### 3.2. Crítica ao dogmatismo excessivo

A Escola da Exegese e o Positivismo Jurídico tiveram indubitavelmente enorme importância histórica e jurídica. O Direito Positivo desempenhou uma importantíssima função de universalização e racionalização dos direitos, bem como de garantia dos limites do poder do Estado. No entanto, ultrapassada está a fase em que os operadores do direito e a interpretação jurídica identificavam o direito com o conteúdo da lei.

Importa assinalar que a segurança jurídica e a força do direito devem ser resguardados. A esse respeito as lições de Luis Assier-Andrieu:

O direito não é somente, temos de insistir nesse ponto, um “instrumento técnico de engenharia social a serviço de uma evolução dos costumes e das práticas” (C. Labrusse-Riou). Contém uma parte de indisponível, um núcleo duro de categorias fortes, tal como a da filiação, que põe em cena e em ordem a coletividade humana (ASSIER-ANDRIEU, 2000: p. 40).

As normas, todavia, não se esgotam num sentido gramatical, literal, formal, robotizado. A letra da lei e a segurança jurídica têm importância, mas o intérprete deve criar o direito e participar ativamente da realidade em que vive, atentando para os aspectos fáticos e axiológicos presentes no fenômeno jurídico e nas relações intersubjetivas.

Ao lembrar da letra da lei e de saber jurídico convencional, dois elementos devem ser identificados: formalismo e dogmatismo.

Formalismo se liga à idéia de que é um processo dedutivo que impulsiona a atividade interpretativa, com a subsunção normativa, ou seja, parte-se de uma premissa maior (norma geral e abstrata) e de uma premissa menor (relação fática) para se chegar à conclusão (regra concreta que regerá o caso).

Já o dogmatismo ou conceptualismo se prende à idéia de algumas regras, princípios e conceitos que são rígidos, axiomáticos, inquestionáveis e que devem ser observados.

Ao tratar do pensamento dogmático, Lenio Luiz Streck assim se posiciona:

O pensamento dogmático do Direito engendra, assim, um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela *communis opinio*

*doctorum*, propiciam que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado dos textos jurídicos e das próprias atividades jurídicas – o que faz do exercício quotidiano da sala de aula e da prática profissional um mero *habitus* (Bordieu). Como será a doutrina, nesse contexto? No mais das vezes, os autores que detêm a fala autorizada, e que, portanto, produzem a doutrina, inegavelmente fazem política jurídica encoberta, uma vez que apresentam como “meras descrições” do direito positivo suas interpretações pessoais baseadas em avaliações. Tais interpretações, sem que fique especificado o “lugar do qual fala o doutrinador”, logo serão usadas por advogados, juízes e promotores como argumentos retóricos em favor da solução jurídica para o caso em que atuam (STRECK, 2004: p. 34-5).

A inefetividade dos valores constitucionais, pois, tem forte ligação com a cultura jurídica e com posturas privatísticas que ainda predominam. O que se tem, na maioria dos casos, são verdadeiros operadores do direito que ainda não conseguiram despertar para o novo, que continua obscurecido pelos velhos paradigmas.

Os cursos jurídicos não conseguiram mostrar a importância das disciplinas formativas, tais como a filosofia, a sociologia, a ciência política e a teoria geral do Estado, a hermenêutica, o que leva a se dar somente relevo ao “verdadeiro” direito, transformando o estudo do direito em mera técnica instrumental e sem reflexão.

De relevo lembrar o comentário de Eugène Lerminier a respeito de Savigny, no início do século XIX, consignado na obra de Louis Assier-Andrieu, quando vislumbrava a beleza do direito e o seu conteúdo mais nobre:

Quando, depois de acabar meus cursos de retórica e de filosofia, e na exaltação por que passam, aos dezenove anos, os moços cuja imaginação está despertando, eu precisava, como dizem, estudar o direito. Com que tédio mesclado de desdém abri os cinco códigos!...Entrementes, o acaso fez cair-me nas mãos um pequeno texto do Senhor de Savigny, *Da vocação de nosso século em legislação e em jurisprudência*. Eu sabia um pouco de alemão e comecei a percorrê-lo. Foi enorme a minha surpresa: o autor distinguia o direito de sua lei, falava do direito de maneira apaixonada; tornava-o algo real, vivo e dramático; depois dirigia contra as legislações e os códigos propriamente ditos veementes críticas. O quê! A legislação e o direito não eram então a mesma coisa! (ASSIER-ANDRIEU, 2000: p. 124).

Nada mais lógico, necessário, desejável e real do que a norma diferindo do direito, e este da justiça. E tais idéias devem ser impregnadas democraticamente

já nos acadêmicos do Curso de Direito, pois crescimento e conscientização que venham da base têm muito maior probabilidade de perdurar e surtir efeitos práticos positivos. Já em 1835 H. Klimrath, lembrado por Louis Assier-Andrieu dizia:

Segundo a opinião do vulgo, o direito positivo é o produto e o conteúdo da lei; a lei é uma declaração voluntária, arbitrária do poder legislativo, que sanciona o que lhe parece justo, útil, razoável, de direito natural ou de boa política. Nessa hipótese, a ciência do direito se atém à interpretação gramatical e lógica da vontade do legislador, declarada nos textos de lei atualmente em vigor.

Segundo uma opinião contrária, mais recente, e até aqui muito menos difundida, o direito deriva das relações necessárias das coisas; existe independentemente da lei, que é apenas o reconhecimento, pelo legislador, dessa própria necessidade. As relações necessárias, por sua vez, resultam de todo o desenvolvimento social e político de um povo, de seus costumes, de suas necessidades e, para chamar as coisas por seu nome, de sua história (ASSIER-ANDRIEU, 2000: p. 128).

De longe ultrapassado o tempo em que os magistrados eram somente um alongamento das leis, sem qualquer discricionariedade ou possibilidade de interpretação. Quando se trata da dogmática jurídica tradicional, a preocupação essencial é a subsunção normativa, isto é, o encaixe do caso concreto à previsão normativa, dando-se ênfase aos aspectos técnicos, lógicos e formais do Direito Positivo, questionando-se a legalidade, a validade das normas e a eliminação de antinomias.

Importa lembrar o direito quântico de Goffredo Telles Junior, a sustentar que o direito natural corresponde aos primeiros princípios de moralidade (direito natural como visto tradicionalmente) somados ao direito positivado, ou seja, com força cogente. Significa dizer: direito que não corresponda aos verdadeiros anseios, aos nobres interesses e às reais e mais importantes reivindicações de um dado povo não pode ser considerado “direito”. O direito, de acordo com Goffredo, é quântico porque corresponde à medida da liberdade humana.

Louis Assier-Andrieu comenta a situação que ilustrou determinado momento histórico e que ainda predomina na visão de alguns juristas e julgadores:

Já que se tornava ilícito comentar a lei escrita, com o risco de a trair, a leitura do direito pelos juristas e de modo muito especial pelos juízes era desde então severamente refreada, confinada apenas ao exercício da

exegese: tarefa de explicação das leis, isenta de interpretação, como se se tratasse de textos sacros (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. 243).

Os juízes eram, portanto, apenas e tão-somente a boca da lei, seres inanimados que cumpriam o medíocre ofício de repetir as regulamentações jurídicas e as aplicar ao caso concreto que lhes fosse apresentado, de maneira matemática. Era a adoração dos textos sagrados, alguns os considerando completos e com todas as previsões possíveis dos conflitos que poderiam emergir da coexistência social. A verdade é que as leis, uma vez construídas, ficam como foram escritas, mas as pessoas e a sociedade, ao contrário, jamais ficam inativas.

Críticas diversas se podem estabelecer ao dogmatismo exagerado ou ao positivismo rigoroso do direito e do Estado, pois consistem na carta branca ou no assentimento irrestrito à autoridade e à entidade do direito e do Estado.

Roberto Freitas Filho elenca aquilo que denomina características do direito no modelo paradigmático juspositivista kelseniano:

a) inspiração doutrinária no positivismo, normativismo, formalismo; b) idéia de Direito como um sistema estático, fechado, autônomo em relação ao meio social; c) racionalidade formal (interna ao sistema); d) acesso à justiça restrito, regulado pelo direito processual de maneira rigorosa por critérios basicamente formais; e) discricionariedade operada por delegação estrita, segundo determinação do direito processual; f) o método enfatizado é o lógico-dedutivo exegético; g) o alcance das sentenças é retrospectivo, dada a valorização da função repressora e restitutiva das leis; h) qualificação/práxis – delegação estrita, segundo determinação do direito processual (em oposição a um conhecimento científico de caráter histórico-sociológico fundado numa teoria da justiça e funcionando como instrumento de engenharia social) (FREITAS FILHO, 2003: p. 43-4).

Não se deseja, por óbvio, com a fuga do positivismo extremado, dar ensejo ao anarquismo, até porque é desejável que haja segurança e certeza das relações intersubjetivas e das decisões de autoridade resguardadas pelo ordenamento jurídico.

A este propósito, Otfried Hoffe comenta:

Enquanto o positivismo do direito e do Estado se abstém da questão da legitimação, ela é levantada pelo anarquismo e respondida negativamente; pois com a liberdade da dominação como princípio da sociedade, vale como legítima qualquer ordem de direito e de Estado. Em ambos os casos,

é recusada a idéia de justiça política; mas a recusa acontece em diversos níveis. Enquanto lá é excluída da discussão do direito e do Estado a perspectiva ética e, de modo mais geral, a perspectiva crítica, desaparecem aqui as “circunstâncias de aplicação” para a perspectiva ética; onde não se necessita do direito e do Estado, a justiça política tornou-se tão inútil como os acendedores de lampiões de gás num mundo que só conhece a luz elétrica (HOFFE, 2001: p. 8).

A crítica que se deseja estabelecer ao dogmatismo excessivo, como se vê, não é irresponsável e com abrangência ilimitada, mas apenas com o sentido de redirecionar a interpretação e a aplicação jurídicas para dar bom termo aos direitos fundamentais, tornando-os vivos e agregados à vida dos indivíduos e grupos tanto quanto possível.

É bem verdade que até hoje não se construiu uma teoria alternativa e substitutiva da dogmática convencional, e apesar de algumas soluções jurisdicionais bem engendradas, inovadoras, emancipatórias, não há nem mesmo um referencial teórico bem fundamentado, a fim de modificar o *status quo*.

Outro ponto que merece reprovação e que superdimensiona o dogmatismo e o formalismo excessivos é a inflação de leis (fúria legiferante) ocorrente no Brasil, que faz se perderem tanto os positivistas quanto os mais liberais.

### 3.3 O poder discricionário do magistrado

Desenvolvida que é a atividade jurisdicional através do processo, caracterizado pela contenciosidade, isto é, a dialeticidade inerente às relações intersubjetivas em conflito, as partes fornecem aos juízes e tribunais elementos, argumentos, provas e se contraditam, a fim de que possa o Poder Judiciário ao final decidir.

Conforme já assinalado, inexistente Estado de Direito onde não se faça presente um Poder Judiciário absolutamente independente, com a faculdade de autoregular os seus interesses, sua estrutura administrativa, composição dos tribunais, órgãos diretivos, regimentos internos.

Mas a tais questões administrativas há de se adicionar algumas mais importantes: as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de

vencimentos, para o saudável, pleno, independente e imparcial exercício da jurisdição.

É certo que os poderes são independentes dos outros, cada um exercendo competências próprias e exclusivas. Nenhum poder deve se imiscuir, pois, nas atividades e especificidades do outro, usurpando as atribuições e decisões alheias. Indubitavelmente tudo isto é correto, mas não pode ser visto de modo absoluto, até porque toda espécie de lesão ou ameaça de ofensa a direitos subjetivos podem e devem ser levadas até o Poder Judiciário. E há das mais diversas fontes do direito para que os protagonistas trabalhem.

Os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), estabelecem:

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

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Nosso ordenamento jurídico, de base romano-germânica, e portanto tendo como fonte primacial do direito o processo legislativo, não mais se satisfaz com o apego exagerado a um positivismo nocivo e a dogmas impositivos, que deixam os protagonistas da área jungidos ao jugo de formalismos e tecnicidades exacerbadas, em prejuízo da efetividade, da decência política e da justiça que devem imperar.

Levando em conta a instrumentalidade e a efetividade que se pretende tenham não só o processo mas também o direito, essencial que o magistrado não se prenda a dogmas e a formalismos extremados e, sempre que possível, busque dar ao jurisdicionado a tutela objetivada.

Há de se ter em vista a função do Estado, do direito e do processo, como impulsionadores de realização efetiva da cidadania e de criação de um ambiente social saudável, em que haja respeito aos direitos e garantias individuais e coletivos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, e nas declarações de âmbito transnacional, relativamente àqueles pontos que passaram a integrar nosso ordenamento jurídico.

O direito deve atender às inclinações genéticas de uma sociedade, exprimindo os seus anseios, suas ambições, seus sentimentos e seu estado de consciência, bem como sua índole; deve estar, pois, em conformidade com o sistema ético de referência da coletividade.

Ao abordar o poder discricionário do juiz, é necessário falar em objetividade, neutralidade, imparcialidade e impessoalidade. E Luis Roberto Barroso nos dá a exata e melhor compreensão de todos os termos indicados:

A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos. E é bom que seja assim. A objetividade traçará os parâmetros de atuação do intérprete e permitirá aferir o acerto de sua decisão à luz das possibilidades exegéticas do texto, das regras de interpretação (que o confinam a um espaço que, normalmente, não vai além da literalidade, da história, do sistema e da finalidade da norma) e do conteúdo dos princípios e conceitos de que não se pode afastar. A subjetividade traduzir-se-á na sensibilidade do intérprete, que humanizará a norma para afeiçoá-la à realidade, e permitirá que ele busque a solução justa, dentre as alternativas que o ordenamento lhe abriu. A objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto.

*Neutralidade* é um conceito possivelmente mais complexo de se delinear do que a objetividade. A objetividade busca uma razão científica de validade geral. A neutralidade se dilui em muitos aspectos diferentes. Alguns deles não são de difícil implementação, como a *imparcialidade* – ausência de interesse imediato na questão – e a *impessoalidade* – atuação pelo bem comum, e não para o favorecimento de alguém. Basta seriedade e vontade de fazer bem feito para atender a tais imperativos. Mas a neutralidade pressupõe algo impossível: que o intérprete seja indiferente ao produto do seu trabalho. É claro que há uma infindável quantidade de casos decididos pelo Judiciário que não mobilizam o juiz em nenhum sentido que não o de burocraticamente cumprir seu dever. Outros tantos casos, porém, envolvem a escolha de valores a alternativas possíveis. E aí, mesmo quando não atue em nome dos interesses de classe ou estamentais, ainda quando não milite em favor do próprio interesse, o intérprete estará sempre promovendo as suas próprias crenças, a sua visão do mundo, o seu senso de justiça.

A idéia da neutralidade do Estado, das leis e de seus intérpretes, divulgada pela doutrina liberal-normativista, toma por base o *status quo*. Neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade, relativamente à propriedade, renda, acesso às informações, à educação, às oportunidades etc. Ora bem: tais distribuições – isto é, o *status quo* – não são fruto do acaso ou de uma

ordem natural. Elas são produto do direito posto. E, freqüentemente, nada têm de justas. A ordem social vigente é fruto de fatalidades, disfunções e mesmo perversidades históricas. Usá-la como referência do que seja neutro é evidentemente indesejável, porque instrumento de perenização da injustiça (BARROSO, 2004: p. 288-9).

O direito precisa estar intimamente ligado à justiça, porque as normas jurídicas estão fundadas numa pluralidade de valores e são a tentativa de realização destes bens soberanos, quais sejam a dignidade, a liberdade, a igualdade, a segurança, a vida, a saúde, a utilidade e a ordem. Justiça, portanto, é a condição essencial e necessária para que referidos valores possam ser colocados em prática.

O direito tem que dar a cada um o que é seu, pautando-se em novos paradigmas jurídicos, a fim de que se construa um ordenamento jurídico e um processo participativos, abertos e democráticos, com respeito abrangente e irrestrito aos direitos fundamentais.

Nada obstante seja tarefa de difícil consecução, é preciso que os juízes e tribunais destinem a cada um aquilo que lhe pertence, sejam justos. Não se pode mais aceitar um Poder Judiciário cartorialista, ineficiente, moroso e desacreditado, que não atende às exigências sociais e aos reclamos de uma maior instrumentalização e efetivação dos direitos.

Seguindo Luis Roberto Barroso:

Além de não ser neutro, o direito não tem a objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à norma. Ao revés, é a indeterminação dos conteúdos normativos uma marca do direito. Mesmo o emprego dos mecanismos do direito posto conduz a resultados conflitantes, diante das possibilidades abertas pelo texto, circunstância que se torna ainda mais ostensiva quando se trate de normas constitucionais. Em palavras de Joseph William Singer, escrevendo sobre a versão norte-americana do movimento – os *Critical Legal Studies* –, a teoria crítica “acredita que o Direito não é apolítico e objetivo: advogados, juízes e juristas, em geral, fazem opções altamente discutíveis, mas se utilizam do discurso jurídico para fazer com que as instituições pareçam naturais e as regras neutras (BARROSO, 2004: p. 280).

A realização plena da objetividade e da neutralidade, além de nem mesmo desejáveis, são mesmo impossíveis, especialmente quando se está a falar das ciências humanas. Inexequível o distanciamento absoluto da questão a ser tratada, porque a subjetividade do intérprete e as influências sociais são inevitáveis.

Não se tem nem se deseja um indivíduo e um magistrado sem história, sem emoções, sem memória, sem desejos, mas sim que tais elementos, na prática jurídica, estejam resguardados pelos parâmetros essenciais de nossa ordem legal.

Objetividade seria realizada quando se tem regras, princípios e conceitos válidos de forma geral e ampla. No entanto, tudo está sujeito à interpretação, indiscutivelmente. Superada, pois, a idéia de que as normas possam ter, sempre e irreversivelmente, sentido unívoco, produzindo uma única solução para cada situação. A objetividade possível do direito está vinculada ao espectro de possibilidades interpretativas que o relato das normas oferecem aos protagonistas do direito.

Ao abordar o poder de apreciação dos magistrados, Chaim Perelman arremata:

Os juristas bem sabem que existe uma relação inversa e complementar entre a clareza, a precisão das normas e o poder de apreciação dos juizes que as devem aplicar. Quanto menos claros e precisos os termos de uma norma, maior a liberdade concedida ao juiz, maior também a flexibilidade da norma, adaptável, pelo juiz, às circunstâncias e situações menos previsíveis. É quando dispõe de um grande poder de apreciação que o juiz tem condições de interpretar os termos da lei de modo que as conseqüências legais que deles tira concordem com seu senso de equidade (PERELMAN, 1996: p. 290-1).

O Poder Judiciário não atua por conta própria, tendo em vista a necessidade de provocação. As demandas, as reivindicações e os importantes interesses das pessoas e dos grupos têm que ser levados até ele, daí porque se considera fundamental a existência de uma estrutura organizada para a litigância em prol da afirmação, luta, proteção e implementação de direitos fundamentais.

Conforme anotado por Sergio Fernando Moro:

A existência de organizações destinadas à litigância de cunho público ou social, com amplo suporte, quer público, quer privado, seria elemento essencial para promover tal revolução. Revoluções de direitos demandariam, portanto, contínuo e organizado esforço da sociedade civil, de forma a modificar a agenda judicial, pressionando-a, com estratégias de longo prazo, a reconhecer direitos fundamentais (MORO, 2004, p. 104)

No que concerne à atividade jurisdicional, e na medida do que lhe é possível sem fugir do respeito ao ordenamento jurídico e de seus princípios essenciais, sem sombra de dúvida quando se dá guarida aos direitos das pessoas mais vulneráveis, também se está a proteger os direitos de todos, de uma forma geral e saudável.

É premente a necessidade de preocupação com as conseqüências que a aplicação do direito gera no convívio em sociedade. Apesar da segurança e certeza peculiares à dogmática jurídica, é também indispensável uma adaptação entre as expectativas normativas e a realidade social. A visão do direito como uma ciência hermética, dotada de todas as soluções antecedentemente, transforma o magistrado dogmático em um pobre tecnocrata.

As carências em geral são enormes, e não é aceitável que se negligencie todas as transformações sociais e dos direitos fundamentais, apegando-se a um ordenamento formal e uniforme.

A proposta é de tornar o direito mais adequado à realidade social e aceitável, com um proceder mais aberto, apoiado em valorações nobres e na busca do bem comum (harmonização do bem individual e do bem coletivo).

A crítica (negativa) que se faz ao pensamento jurídico dogmático é a de que se confia em determinadas verdades e se as aceita sem questionamento, bloqueando-se a tentativa de um juízo de valor mais justo e racional-positivo.

Exemplo de jurisdição crítica saudável pode ser a decisão judicial que torne vivos os direitos à educação, à saúde ou à assistência, ainda que contra a ordem judicial se tentem impor obstáculos rígidos de legalidade ou impossibilidade prática pelo Estado, não mais podendo servir sempre como escusa justificável para a generalidade dos casos, o limite da reserva do possível ou ausência de recursos como limite fático à efetivação dos direitos.

A relativização mencionada por Ingo Wolfgang Sarlet é importante:

O próprio Breuer ressalta, contudo, que a garantia de um *standard* mínimo, bem como a busca de um padrão ótimo em termos de justiça distributiva, constituem, em princípio, tarefa cometida ao legislador, de tal sorte que direitos subjetivos a prestações apenas serão admissíveis quando o órgão legislativo descumprir de tal maneira sua função, a ponto de colocar seriamente em risco as liberdades fundamentais (SARLET, 2005: p. 347).

Por óbvio, não se quer chegar ao ponto em que impere o governo das pessoas, e não das leis, e por tal razão a visão alternativa e crítica do direito tem limites, sendo o maior e mais importante deles a Constituição Federal, com relação à qual os juízes e tribunais devem manter lealdade. Não se almeja romper o consenso básico que deve existir entre o legislador e o julgador, mas somente admitir a possibilidade de uma jurisdição inovadora.

A esse propósito, de relevo os comentários desenvolvidos por Chaim Perelman:

Observe-se que não basta ao juiz fiar em seu senso de equidade: ele deve, na medida do possível, amoldar-se à legislação e levar em conta os precedentes judiciais. Isso porque a administração da justiça exige que o juiz seja guiado por regras suficientemente precisas, sem o que suas decisões seriam influenciadas por suas concepções políticas, e a insegurança que resultaria disso daria à ordem jurídica todas as aparências da arbitrariedade. Com efeito, ao lado do cuidado da *equidade*, inseparável da administração da justiça, o direito apresenta outra exigência, que é a da *segurança jurídica* (PERELMAN, 1996: p. 513).

O direito não tem o condão de transformar barreiras efetivamente intransponíveis em caminhos fáceis, nem de gerar recursos materiais para a realização de direitos fundamentais. Não se pode fechar os olhos para os limites do real.

A jurisdição crítica se legitima ética e legalmente quando atua para corrigir distorções entre uma norma e os valores fundamentais do sistema jurídico, ou quando percebe a ausência de concretude do sistema por falta ou desvirtuamento nocivo daqueles que têm a obrigação de administrar e legislar; ou ainda quando se deixa de aplicar uma regra para aplicação de um princípio, equilibrando as relações sociais, impulsionando a criação de uma sociedade pluralista, inclusiva e democrática, em que os indivíduos possam exercer a cidadania plena, ter direito a ter direitos e participar ativamente das decisões políticas.

Sergio Fernando Moro é categórico e claro ao abordar o tema:

A partir do momento em que o texto constitucional passa a contemplar não só garantias já asseguradas, mas também promessas a serem implementadas, é necessário, para efetivo controle judicial, uma atuação diferenciada do juiz constitucional, habilitando-o a obrigar o poder político a

agir ou a ele mesmo, desenvolver, em caráter substitutivo e de alguma forma, as normas constitucionais (...).

De qualquer modo, sem embargo dessas considerações, que serão desenvolvidas de forma mais ampla em outra parte deste trabalho, a Constituição de 1988 deliberadamente criou instrumento destinado a viabilizar a fruição ou o exercício de direitos constitucionais prejudicados pela falta de regulação (MORO, 2004: p. 100).

Há margem discricionária para os juízes e tribunais trabalharem, até porque, conforme Sergio Fernando Moro:

Em toda Constituição escrita existe o princípio implícito de que qualquer comportamento a ela contrário reveste-se de ilicitude, o que decorre de sua própria supremacia. Se se tratar de inconstitucionalidade por ação, o princípio exige a invalidação retroativa do ato ilícito, salvo se existirem razões superiores em sentido contrário. Se se tratar de inconstitucionalidade por omissão, o princípio exige o seu suprimento, nas mesmas circunstâncias. Como a Constituição brasileira atribui ao Judiciário o controle da atividade dos demais poderes constituídos, o princípio exige que, em um e outro caso, a referida instituição tome as providências cabíveis para preservar a força normativa da ordem constitucional. O juiz tem, diante de casos concretos, o dever geral de dizer o Direito aplicável, mesmo que para isso seja necessário invalidar ato legislativo inconstitucional ou suprir omissão legislativa da mesma natureza (MORO, 2004; p. 242).

Vê-se, pois, que há verdadeiramente maior interferência no caso de invalidação de ato legislativo do que exatamente na hipótese de suprimento de omissão. No primeiro caso, vem a afirmação clara de que a lei, ato de criação do legislador, é incompatível com a Carta Maior. Na outra e segunda hipótese, a atuação é supletiva, e a censura agora se relaciona não mais a uma ação, mas sim a uma omissão, inércia, inação, passividade, abstenção, sem que haja censura direta à atividade de outro poder constituído.

Além disso, conforme bem salienta Lenio Luiz Streck, não é bom caminho permutar a independência dos magistrados pelo desafogo dos processos:

Por tais razões, não tenho receio em afirmar que trocar a democracia e a independência dos juízes pelo desafogo dos processos – tese que já ganhou corpo e sustentação no imaginário dos juristas – é preço exageradamente alto a ser pago pela sociedade. Ou seja, ao acreditarem na simplista tese de que o desafogo do aparelho judiciário depende desses drásticos mecanismos (Súmula vinculante, incidente de ilegalidade (*sic*), efeito vinculante em ação declaratória de constitucionalidade, em decisão

que rejeita ação direta de inconstitucionalidade, em decisão que aplica a interpretação conforme a Constituição e a nulidade parcial sem redução de texto, além dos mecanismos de filtragem recursal constantes na Lei 9.756/98), os operadores do Direito agem como aquele indivíduo que perdeu seu relógio em meio a uma praça escura e, em vez de procurá-lo nas imediações de onde o perdera, põe-se, cândida e comodamente, a procurá-lo embaixo de um iluminado poste de luz...Perguntado do motivo de tal atitude – porque, à evidência, inútil – o cidadão responde: É bem mais fácil procurar aqui...! Este parece ser o caso brasileiro (STRECK, 2004: p. 852)

Cumpra reiterar a necessidade de uma atuação dos órgãos públicos que observe, em suas decisões, as diretrizes valorativas contidas na Constituição Federal e os direitos fundamentais, o que passa a ter maior importância quando se está diante da esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária.

### 3.4 A interpretação, a aplicação jurídica e a efetividade

Hermenêutica jurídica pode ser entendida como a disciplina científica que tem como meta o estudo e a organização das regras, princípios e métodos interpretativos. A interpretação, por conseguinte, é a aplicação da hermenêutica.

Segundo Luis Roberto Barroso:

*A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito. A interpretação é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade do fato. Esses três conceitos são marcos do itinerário intelectual que leva à realização do direito. Cuidam eles de apurar o conteúdo da norma, fazer a subsunção dos fatos e produzir a regra final, concreta, que regerá a espécie (BARROSO, 2004: p. 103).*

Em qualquer domínio científico, a interpretação não pode ser considerada um fenômeno de caráter absoluto ou atemporal. Contrariamente, ela mostra o nível

de conhecimento e os fluxos e refluxos de cada momento histórico, sofre as influências das crenças e valores da sociedade como um todo e do intérprete particularmente.

Quando se trata de jurisdição, há que se abordar também, e necessariamente, as formas de interpretação das normas. A primeira delas é a gramatical, que é o ponto inicial da hermenêutica, ao mesmo tempo em que funciona como limite dessa interpretação. Tal interpretação também pode ser chamada literal, textual, filológica, semântica, verbal, e através dela se atribui significados aos enunciados literais dos textos legais.

Conforme ensina João Pedro Gebran Neto:

Destarte, o método gramatical figura como primeiro combatente da batalha interpretativa, indicando tanto o primeiro sentido da interpretação, quanto o limite de arbítrio do intérprete. O sentido literal lingüisticamente possível deve ser necessariamente conjugado com outros métodos de interpretação (GEBRAN NETO, 2002, p. 56).

Sabe-se que as normas são conseqüência dos fluxos e refluxos histórico-sociais, das especificidades e características políticas de determinado momento, e outro dos modos de interpretação é o histórico. Tal forma de interpretação não pode ser levada a extremos, exatamente pelo fato dos indivíduos, grupos sociais e entes em geral se transformarem, de maneira ininterrupta, e da possibilidade dos motivos determinantes da elaboração de uma regra ou o estabelecimento de um princípio, não mais estarem presentes, o que pode culminar em inadequações interpretativas.

Referentemente à interpretação histórica, a contribuição de Luis Roberto Barroso:

A interpretação histórica consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da *occasio legis*. Esse esforço retrospectivo para revelar a vontade histórica do legislador pode incluir não só a revelação de suas intenções quando da edição da norma como também a especulação sobre qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e idéias contemporâneos (BARROSO, 2004: p. 132).

Uma terceira forma de interpretação é a sistemática. O ordenamento jurídico deve ser visto com harmonia, e seu funcionamento tem que respeitar o fato

de se tratar de um conglomerado coordenado de regras e princípios interdependentes. A interpretação sistemática está vinculada à idéia de unidade da ordem legal. Por tal caminho, o intérprete localiza o dispositivo objeto de análise dentro do contexto normativo geral e particular, e a partir de então é possível estabelecer as interligações entre as instituições e as normas jurídicas. É preciso, pois, o entendimento das partes, dos fragmentos, bem assim ter uma visão estrutural e perspectiva de todo o sistema.

Novamente seguindo os passos de João Pedro Gebran Neto, na análise de tal forma interpretativa, tem-se que:

O intérprete deve analisar a norma juntamente com o todo em que está inserida, verificando se se trata de regra geral ou de exceção. Deve cuidar se determinada interpretação não colide com o restante do ordenamento jurídico de que dimana, ou se os dispositivos devem receber interpretação ampla ou restritiva.

Além de verificar em qual lei está contida, deve também a norma ser observada segundo as demais leis do ordenamento jurídico, e, de modo muito especial, aquelas que lhe são hierarquicamente superiores. A Constituição, neste aspecto, é luz que ilumina o caminho da interpretação das demais normas jurídicas (GEBRAN NETO, 2002, p. 59)

Finalmente, dos tradicionais métodos interpretativos, temos o teleológico, que se refere aos objetivos precípuos dos legisladores quando da elaboração das normas. Busca-se, por conseguinte, qual o sentido, o propósito e a intenção dos criadores das normas jurídicas, e qual o bem jurídico a se tutelar.

Novamente com Luis Roberto Barroso:

As normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade. Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito (BARROSO, 2004: p. 138).

Dos métodos clássicos de interpretação, é preciso mencionar o subjetivismo e o objetivismo. Os subjetivistas buscam identificar a *mens legislatoris*, ou seja, a vontade do legislador histórico quando da criação da norma. Já os objetivistas pretendem que haja o respeito à *mens legis*, isto é, a vontade objetiva, precisa e autônoma da norma é que deve ser respeitada.

Quanto às metodologias da interpretação, o marco inicial foi a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, que estabeleceu os moldes do positivismo jurídico. No entanto, a análise do normativismo de Kelsen, respeitada a sua enorme importância, leva-nos à conclusão de que o direito e a Ciência Jurídica podem ser considerados um esqueleto que alberga qualquer conteúdo fático ou axiológico, o que não é desejável, pois não costumam trazer bons resultados a neutralidade absoluta e o descarte das perspectivas sociológicas e filosóficas que integram o fenômeno jurídico.

O método clássico de interpretação leva a uma inércia dos juízes e tribunais, ou seja, à aceitação da neutralidade diante do objeto interpretado e à prevalência dos aspectos formais das normas jurídicas.

Daquilo que tradicionalmente se tem, ainda o melhor caminho é uma interpretação tópico-sistemática, caracterizada pela dialeticidade. O trilho interpretativo é percorrido de tal forma que se respeita o problema, suas especificidades, a alocação da questão no panorama jurídico normativo, axiológico e fático daquele momento, com os questionamentos, indagações e confrontações que mereçam análise para se chegar à melhor solução.

No que respeita aos novos métodos de interpretação, três deles merecem menção, quais sejam:

1 - Interpretação científico-espiritual de Rudolf Smend, segundo a qual dois pontos são fundamentais: em primeiro lugar, o texto constitucional e as demais normas vistos como um todo, levando em conta uma perspectiva finalística e material; além disso, que haja uma harmonização do direito positivado com os dados da realidade.

2 - Interpretação estrutural-concretizante de Friedrich Muller, com uma visão politizada e crítica de interpretação, atentando-se para os aspectos da realidade, ou sociais, sem fugir dos limites estabelecidos pela ordem legal.

3 – Teoria estrutural de Robert Alexy, que de início faz a distinção entre texto (sinal lingüístico) e norma (resultado da compreensão do texto). Além disso, traça a diferenciação entre o conflito de regras e a colisão de princípios, bem como de direitos a algo (que englobariam os direitos a ações negativas e positivas do

Estado e/ou particulares), liberdade (no sentido de negação de exigências e proibições) e os poderes (competências ou autorizações).

Melhor seria falar em elementos interpretativos, até porque a opção por uma das formas de interpretação ou métodos interpretativos costuma trazer resultados deletérios. A severa crítica dirigida por Lenio Luiz Streck, com respaldo de Dalmo de Abreu Dallari merece análise:

Destarte, uma hermenêutica que ainda se calque em métodos ou técnicas (cânones) interpretativos fica sobremodo fragilizada no universo da viragem lingüística. Daí ser possível exprimir a firme convicção da fragilidade dos assim denominados métodos ou técnicas de interpretação. Entre tantas críticas, vale lembrar a contundente observação de Dallari, para quem o juiz/intérprete, ao utilizar “tantos modelos de interpretação da lei”, considera-se exonerado de responsabilidade, *atribuindo ao legislador as injustiças que decorrem de suas sentenças*.

Vê-se nessa assertiva de Dallari *uma clara denúncia do alheamento provocado pela objetificação metodológica*. Com efeito, os assim denominados métodos ou técnicas de interpretação tendem a objetificar o Direito, impedindo o questionar originário da pergunta do sentido do Direito em nossa sociedade. A própria noção de *círculo hermenêutico*, idéia-chave na hermenêutica filosófica – *no interior do qual o intérprete fala e diz o ser na medida em que o ser se diz a ele, e onde a compreensão e explicitação do ser já exige uma compreensão anterior (antecipação de sentido, porque o sentido é antecipado sempre por um sentido que é trazido pelo Dasein, que é pré-ontológico)* – é (absolutamente) incompatível com a dita “autonomia” de métodos, cânones ou técnicas de interpretação e/ou de seu desenvolvimento em partes ou fases. Daí que, sem muito esforço, é razoável afirmar que, pela ausência de um “*método dos métodos*”, seu uso fatalmente será arbitrário, propiciando interpretações *ad hoc* (quando não voluntaristas...).

Afinal, toda interpretação sempre será *gramatical* (porque, à evidência, deve partir de um texto jurídico); será inexoravelmente *teleológica* (seria viável pensar em uma interpretação que não fosse voltada à finalidade da lei, com a conseqüente violação à firme determinação do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum?); será, obrigatoriamente, *sistemática* (porque é impossível conceber que um texto normativo represente a si mesmo, sem se relacionar com o todo... (STRECK, 2004, 247-9).

É preciso, portanto, compreender que interpretar e fundamentar não são problemas metodológicos ou de procedimento argumentativo, mas sim um modo de ser, até porque hermenêutica é filosofia e não normatização. Na interpretação, portanto, vários elementos concorrem e devem mesmo concorrer para o ato interpretativo, até porque a dialeticidade é também inerente ao raciocínio do juiz,

oposto que é ao raciocínio dos matemáticos, que procede num único sentido. Hermenêutica é totalidade, existencialidade, historicidade e condição de ser-no-mundo.

A comparação traçada por Carlos Maximiliano, *apud* João Pedro Gebran Neto, é indispensável, por resumir tudo aquilo que se deseja do magistrado:

...existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptível; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhados belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e social (GEBRAN NETO, 2002, p. 69).

Quando se fala em jurisdição como instrumento para efetivação de direitos fundamentais e inclusão social, está-se a tratar de toda e qualquer espécie de jurisdição, porque a integralidade das tutelas jurisdicionais deve se vincular não somente à norma, mas aos fatos subjacentes e também às diretrizes axiológicas, às idéias de justiça e aos valores que se pretende proteger.

Um dos caminhos para que exista uma jurisdição crítica nos é dado por Chaim Perelman:

O crescente papel atribuído ao juiz na elaboração de um direito concreto e eficaz torna cada vez mais ultrapassada a oposição entre o direito positivo e o direito natural, apresentando-se o direito efetivo, cada vez mais, como o resultado de uma síntese em que se mesclam, de modo variável, elementos emanantes da vontade do legislador, da construção dos juristas, e considerações pragmáticas, de natureza social e política, moral e econômica (PERELMAN, 1996: p. 392).

Por óbvio que o direito sofre influência do meio exterior e verdadeiramente existe para regular a convivência em sociedade. Todos os juízes e tribunais podem e devem exercer aquilo que se chama de leitura moral, que nada mais é do que

aplicar as normas abstratas de conformidade com parâmetros de justiça e moral, lastreado em valores éticos essenciais a uma melhor, menos egoísta e mais humanística coexistência em sociedade.

Como bem assinala Sergio Fernando Moro, especialmente ao abordar a jurisdição constitucional:

O fato é que não é viável a interpretação da Constituição sem o recurso a elementos que se encontram fora do texto, o que autoriza atividade criativa por parte do juiz constitucional. Com efeito, normas de elevada abstração, como a que garante a liberdade de expressão ou o princípio da igualdade, presentes tanto na Constituição norte-americana como na brasileira, não podem ser interpretadas sem o recurso à doutrina subjacente ao texto constitucional. Para a atribuição de sentido determinado a esses dispositivos é inevitável o recurso a alguma espécie de argumentação moral, como é reconhecido por boa parte da doutrina e da jurisprudência norte-americanas. Dworkin, entre outros, defende, conforme adiante se verá, a leitura moral (*moral reading*) de tais dispositivos. Obviamente, tal entendimento tem implicações sérias no que se refere ao postulado positivista de separação estrita entre moral e direito. Ademais, propicia questionamentos à legitimidade da atividade judicial, que, pretensamente, deve ser neutra em relação a valores. Tais questões intrincadas, que tocam fundo a teoria do Direito e da natureza da atividade judicial, serão adiante abordadas (MORO, 2004: p. 54).

É grande a responsabilidade dos protagonistas do direito, especialmente dos juízes e tribunais, quando da interpretação e aplicação do fenômeno jurídico, em especial quando envolvidos estão direitos fundamentais.

Mais uma vez Sergio Fernando Moro bem explicita:

E o que dizer da interpretação literal do § 1º do art. 5º da Constituição brasileira, defendida, entre outros, por Gebran Neto? Dificilmente, poderia ser caracterizada como conservadora. Para o referido autor, o dispositivo significa literalmente o que ele estabelece, ou seja, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, compreendendo a autorização ao juiz para vencer a distância entre a norma e os fatos, inclusive mediante o suprimento de eventual falta de regulação legislativa. Contudo, ele reconhece que tal interpretação acarreta dificuldades de difícil transposição para grande parte dos direitos fundamentais da Carta Constitucional, principalmente para os que têm por objeto prestações estatais de caráter material. Para contorná-las, argumenta que a regra da aplicabilidade imediata abrange tão-somente os direitos fundamentais arrolados no art. 5º da Constituição, em sua maioria liberdades e direitos de defesa e de participação, o que encontra apoio na localização do dispositivo (MORO, 2004: p. 170).

Uma interpretação e aplicação jurídicas em consonância com as exigências modernas, e em conformidade com as mais importantes diretrizes para a criação de um Estado Democrático e Social de Direito, pressupõe sem dúvida fidelidade à Constituição, ao direito e à justiça em sua acepção mais nobre e ampla, e mais: que os juízes e tribunais julguem lastreados em pautas de moralidade política, com fundamentação aberta e com argumentos que permitam à sociedade em geral se unir e participar do debate político-jurídico. É dar mais atenção à principiologia, ao alicerce nobre e essencial da ordem legal.

Manoel Messias Peixinho bem assevera que:

A lei nada mais é senão abstração, somente transportada à compreensão pela interpretação que transcende os limites filológicos. Daí a falácia do apego à literalidade, porque a norma é a síntese de outros fatores sociais, não subsistindo como mandamento isolado. Pois bem, a lei não deve ser interpretada levando-se em consideração tão-somente o seu conteúdo lingüístico. Antes, é imperativo buscarem-se as razões morais motivadoras do texto em seu contexto social (PEIXINHO, 2003, p. 16).

E o abismo existente entre a beleza das promessas e a mediocridade das realizações, até mesmo com falso respaldo na segurança jurídica, é assim comentado por Manoel Messias Peixinho:

Porém, a pergunta que se deve fazer com honestidade é a seguinte: segurança jurídica para quem? Para as elites, certamente, porque os excluídos já estão no abismo social, e não recebem a proteção devida pelo Estado. Ora, o autor desta obra entende que os mecanismos de interpretação e integração do direito devem passar, inelutavelmente, pela aplicação dos princípios e valores constitucionais. A Carta Magna de 1988 é um instrumento de restauração da cidadania. Portanto, a aplicação do direito não se deve limitar à clausura de processos interpretativos que queiram preservar um direito positivo fragmentado, que prega a segurança jurídica, mas não tem como garantir a cidadania. Oxalá que não chegue o dia em que o povo se canse de esperar pela justiça estatal e resolva conquistá-la pelas armas. Neste dia não será mais possível preservar os dedos (PEIXINHO, 2003, p. 70).

Vale para todos os trabalhadores jurídicos a idéia de Eros Roberto Grau, no sentido de que “Desafiá-los, isso me rejuvenesce, pois – repito o que disse há alguns anos – não merece o privilégio de viver o seu tempo quem não é capaz de

ousar...Ousar pelo social, jamais pelo individual de e em si mesmo” (GRAU, 2002, p. 173).

Cláudio Baldino Maciel bem aquilata a dimensão humana da atividade jurisdicional no artigo intitulado “Sensibilidade e Justiça”, publicado no Caderno de Literatura da AJURIS:

É necessário que permanentemente busquemos em nós, malgrado o imenso volume de serviço, a dimensão humana, colocando-a, como juízes, em prol das partes e assim criando a justa aplicação do Direito à vida. Não basta para isso a cultura jurídica. É ela uma ferramenta. Mas a ideação do nosso trabalho passa antes por nossos valores mais transcendentais, inclusive culturais. Com uma boa e neutra ferramenta poderemos fazer qualquer obra, boa ou má, alegre ou triste, justa ou injusta.

Por isso não pode o juiz deixar de sensibilizar-se em sua interação com o mundo que o cerca, que o oprime e que o liberta. Não pode deixar de comover-se com as expressões da arte, com as obras da vida, com a beleza das formas, com a profundidade da alma humana.

Fazer justiça, assim como fazer literatura, fotografia, pintura ou canto, também é uma forma de refazer o mundo. Transformá-lo e ser transformado.

Do mesmo modo que o paladar, que se refina e apura com a experimentação, experimentando permanentemente a sensibilidade refinamos nossa alma e seus sublimes predicados.

Por isso é razoável não podermos viver sem um bom livro para ler, sem uma obra de arte para apreciar, sem um canto para ouvir. O mundo sem arte, ou sem capacidade para senti-la, é descolorido como uma planta morta.

É a sensibilidade que dá forma ao mundo e a seus seres mágicos.

É a sensibilidade do magistrado que torna as partes do processo, mais do que números, seres da realidade com toda sua dramática e pulsante existência, com suas sempre notáveis e exclusivas circunstâncias (MACIEL, 2000: p. 3)

Ao se desejar como diretriz importante a efetividade, há de se estabelecer a acepção almejada. Quando se afirma que as normas jurídicas devem ter eficácia jurídica, social e axiológica, a primeira está relacionada à aptidão para a produção de efeitos jurídicos; a segunda diz respeito à produção de efeitos no mundo dos fatos, aqui se chegando à idéia de efetividade; e a última se refere à aptidão para realização da idéia do justo ou a ensejar a realização dos valores supremos de uma convivência social. Efetividade, pois, que tenha força cogente e que respeite as diretrizes principiológicas máximas da ordem legal.

A missão do Poder Judiciário é trabalhosa e nobre, e ao abordar tal mister com os direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet arremata:

No que concerne à vinculação aos direitos fundamentais, há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso (e em função disso) o controle da constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem – consoante já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de não aplicar atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade. É neste contexto que se tem sustentado que são os próprios tribunais, de modo especial a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo, que definem, para si mesmos e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e sentido “correto” dos direitos fundamentais. Paralelamente a esta dimensão negativa da vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, J. Miranda, ilustre mestre de Lisboa, aponta a existência de uma faceta positiva, no sentido de que os juízes e tribunais estão obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico (SARLET, 2005: p. 369).

É missão, pois, de todos os protagonistas do direito, através de uma interpretação e aplicação jurídicas verdadeiramente críticas e emancipatórias, enfim, por meio de uma práxis direcionada a fazer cumprir os preceitos principiológicos que se encontram no ápice da pirâmide de nosso ordenamento jurídico, estruturar uma sociedade e um Estado melhores, fazer incidir um direito que esteja vinculado a parâmetros claros de eticidade, humanismo, socialidade, operacionalidade e efetividade, desde a academia até a instrumentalização profissional do direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se direitos são denominados fundamentais, é porque se está a tratar de alguma coisa básica, essencial, necessária, imprescindível mesmo. Direitos e garantias que são a base e imperativos indispensáveis à existência concreta de um Estado Democrático e Social de Direito, com cidadania real, justiça em sua acepção mais nobre, inclusão social e respeito à grande e nobre diretriz que deve orientar a interpretação jurídica: a dignidade da pessoa humana.

Numa democracia, indubitável que em regra é atividade dos representantes eleitos pelo povo a criação de políticas públicas benéficas, especialmente por meio dos atos legislativos.

No entanto, os protagonistas do direito em geral, e especialmente os juízes e tribunais, podem e devem participar de modo pró-ativo desse processo, com uma visão humanística, socializada, caracterizada pela ética e pelo respeito irrestrito às normas constitucionais, particularmente os princípios. O Poder Judiciário tem a nobilíssima função de fazer realizar os ideais de justiça e de moralidade política e social.

O amesquinamento do processo, o individualismo e o positivismo exacerbados são nocivos e devem ser combatidos com todas as forças e medidas.

Quando a atuação jurisdicional ativa contribui para o aprofundamento da democracia, com a guarda, conservação e execução de atividades que impulsionem o respeito e a efetivação dos direitos fundamentais, não pode ser chamada de antidemocrática.

O que se deseja é uma prestação jurisdicional crítica, que esteja atenta às exigências mais importantes da convivência em sociedade, na busca incessante por um efetivo Estado Democrático e Social de Direito, e com o objetivo de implantar verdadeiramente a democracia e a igualdade no seu sentido material ou substancial. O direito jamais pode deixar de ser um instrumento para a realização da justiça, e é imperioso o abandono de modelos mecânicos e semânticos de interpretação e orientação jurídica.

Os direitos fundamentais não mais podem ser vistos como promessas ou diretrizes morais, pois contêm mandamentos com força jurídica e com vida pulsante,

e a interpretação das normas jurídicas de modo crítico e dialético é um dos caminhos para que possamos celebrar um ordenamento jurídico mais efetivo, justo e que colabore para o engrandecimento do País e da sociedade.

Não se quer, por óbvio, jogar a culpa ou toda a responsabilidade nos juízes e tribunais, como se toda a problemática pudesse ser solucionada pela via judicial, mas enfatizar a importância de uma atividade jurisdicional crítica e atenta à efetivação dos direitos fundamentais. Além disso, um ativismo desenfreado traria efeitos deletérios à democracia e por vezes injustiça.

A interpretação jurídica deve ser sólida em sua metodologia, emancipatória em sua proposta e revolucionária em seus efeitos práticos, prestigiando os direitos fundamentais como expressão absoluta e das mais importantes da vontade do poder constituinte.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Augusto Lindgren Alves. *Os direitos humanos na pós-modernidade*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo; Malheiros, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 15. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. Tradução de Edílson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo; Saraiva, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_ *O futuro do estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUPAS, Gilberto. *O mito do progresso*. São Paulo: UNESP, 2006.

FACHIN, Zulmar. *Teoria geral do direito constitucional*. Londrina: Instituto de Direito Constitucional e Cidadania, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: RT, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O Estado, a liberdade e o direito administrativo*. Revista crítica jurídica nº 21, Jul-Dez 2002.

HOFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução de Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOPES, Maria Elisabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: RT, 2006.

MACIEL, Cláudio Baldino. *Caderno de literatura: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Dezembro 2000 – Ano V – nº 8

MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARCATO, Antonio Carlos, coordenador. *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: RT, 2004.

NADAL, Fábio. *A constituição como mito: o mito como discurso legitimador da constituição*. São Paulo: Método, 2006.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais; elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. Saraiva: São Paulo, 2002.

ROTHENBURG, Wlaler Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SARLET, Ivo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVEIRA, José de Deus Luongo da. *As várias faces do direito: uma crítica ao discurso jurídico tradicional*. Londrina: UEL, 2001.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais*. São Paulo: RT, 2004.

SOUZA NETO, João Batista de Mello. *Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo*. São Paulo: Atlas, 2002.

SOUZA NETTO, João Laurindo. *Razão, religião e estruturas de poder*. Curitiba: Juruá, 1999

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. São Paulo: Atlas, 2004.

VENTURA, Deisy. *Ensinar direito*. Barueri: Manole, 2004.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XX às novas perspectivas*. tradução Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: RT, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

## ANEXOS

### I

#### DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Em razão disto, a Assembléia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

*Art. 1º* Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

*Art. 2º* A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

*Art. 3º* O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

*Art. 4º* A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

*Art. 5º* A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

*Art. 6º* A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

*Art. 7º* Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

*Art. 8º* A lei deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

*Art. 9º* Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

*Art. 10.* Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

*Art. 11.* A livre comunicação das idéias e opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

*Art. 12.* A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

*Art. 13.* Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades.

*Art. 14.* Todos os cidadãos têm o direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

*Art. 15.* A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

*Art. 16.* A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição.

*Art. 17.* Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém pode dela ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob a condição de justa e prévia indenização.

## II

**DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM**

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum;

Considerando ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão;

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que os povos da Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade dos direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades;

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso;

**A ASSEMBLÉIA-GERAL PROCLAMA**

A presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e por todas as nações e como o objetivo de cada indivíduo e cada órgão da sociedade que, tendo sempre em mente esta

Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

#### *Artigo I*

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

#### *Artigo II*

1. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

7. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a outra limitação de soberania.

#### *Artigo III*

Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

#### *Artigo IV*

Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.

#### *Artigo V*

Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.

*Artigo VI*

Todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

*Artigo VII*

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

*Artigo VIII*

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

*Artigo IX*

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

*Artigo X*

Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminosa contra ele.

*Artigo XI*

1. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

8. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que no momento da prática era aplicável ao ato delituoso.

### *Artigo XII*

Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

### *Artigo XIII*

1. Todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
2. Todo homem tem direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

### *Artigo XIV*

1. Todo homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e gozar de asilo em outros países.
2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crime de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

### *Artigo XV*

1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

### *Artigo XVI*

1. Homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.
2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.
3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

*Artigo XVII*

1. Todo homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

*Artigo XVIII*

Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou de crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

*Artigo XIX*

Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

*Artigo XX*

1. Todo homem tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas.
2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

*Artigo XXI*

1. Todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade do voto.

*Artigo XXII*

Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recurso de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

*Artigo XXIII*

1. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

*Artigo XXIV*

Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável de horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

*Artigo XXV*

1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

### *Artigo XXVI*

1. Todo homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

### *Artigo XXVII*

1. Todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

2. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

### *Artigo XXVIII*

Todo homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidas na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

### *Artigo XXIX*

1. Todo homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de

satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

### *Artigo XXX*

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.