

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

ISABELA LESSA DE AZEVEDO PINTO RIBEIRO

**ATIVISMO JUDICIAL:
o papel dos juízes num paradigma constitucionalmente adequado**

RECIFE / 2008

ISABELA LESSA DE AZEVEDO PINTO RIBEIRO

**ATIVISMO JUDICIAL:
o papel dos juízes num paradigma constitucionalmente adequado**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito no curso de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco.

Orientador: Prof^o. Dr. José Elias Dubard de Moura Rocha

RECIFE / 2008

RIBEIRO, Isabela Lessa de Azevedo Pinto

Ativismo judicial: o papel dos juízes num paradigma constitucionalmente adequado.

Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2008.
122 f.

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito. (Pós-Graduação) – Universidade Católica de Pernambuco. Mestrado em Direito, 2008.

1. Direito processual 2. Direitos fundamentais 3. Pré-compreensão da judicatura 4. ativismo judicial

A Pró-reitoria de pesquisa e pós-graduação da Universidade Católica de Pernambuco não aprova nem reprova as opiniões emitidas nesse trabalho que são de responsabilidade exclusiva da autora desta dissertação de mestrado.

Ao querido Bernardo, o melhor presente que
Ele me deu.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por TUDO, pela vida, pelas oportunidades, pelo noivo e pelos pais maravilhosos que me deu. A eles, Luiz e Ana Rosa, pelo carinho, paciência e por tudo que sou. Aos meus irmãos queridos Luiz Felipe e João Luiz pelo apoio ao desenvolvimento das minhas técnicas argumentativas.

Às pessoas que marcaram de maneira única e singela essa empreitada acadêmica:

Aos amigos do mestrado (em ordem alfabética): *Arnaldo, Igor, José Carlos - Zk, e Roberto.*

Ubiratan, admiração que remete à graduação, fonte de inspiração para a visão humanista do Direito.

Os professores do mestrado: *Elias Dubard*, muito obrigada, pelo crédito, incentivo e apoio incondicional; *Alexandre Pimentel* é sempre um prazer poder ser sua aluna novamente; *Walber Agra*, pela Itália, pelo apoio, pelo estágio de docência, pela amizade...; *Manoel Severo*, pelo apoio quando isto era tudo o que eu precisava; *Virgínia Colares* pela grata surpresa de tê-la conhecido; *Leonardo José Carneiro da Cunha* pela maestria no ensino; *Gustavo Ferreira Santos* pela crítica perspicaz à tutela judicial dos direitos fundamentais; *Jayme Benvenuto* pelos maravilhosos debates acerca dos direitos humanos; *Sérgio Torres* pessoa ímpar; *Padre Caetano*, pela sabedoria cristã. Aos demais membros do corpo docente um abraço fraterno e meu muito obrigada!

E descobri que se depende, sempre, de tanta muita diferente gente, toda pessoa sempre é as marcas das lições diárias de outras tantas pessoas. (cancioneiro popular)

Toda compreensão é no fundo compreender a si mesmo (Gadamer)

“Cada um de nós, ao mudar o seu paradigma, é que se constituirá como um foco de possíveis e significativas transformações.” (M^a José Esteves de Vasconcellos)

“Nunca diga: isso é natural! A fim de que nada passe por ser imutável” (Brecht)

“Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque eles serão fartos”(Mt. 5:6).

RESUMO

Vivemos uma época de redefinição dos significantes, construindo novos conceitos com adequação à complexidade da vida moderna. Assim, também, a denotação que nós temos da jurisdição está defasada em relação às alterações reais ocorridas no lapso temporal entre o arcabouço da modernidade – secularização do direito e revoluções burguesas – e a presente data. O reconhecimento do caráter humano da ciência da compreensão – *hermenêutica* – bem como da historicidade do homem nos levaram a perquirir sobre o que seria ativismo judicial. Começamos analisando o mecanismo de separação dos poderes que viabilizou a liberação política, além do livre pensamento da burguesia, que passam a ser assegurados como direitos individuais nas constituições. A segunda guerra propicia um volver de olhar para a necessidade de preocupação com a implementação dos direitos fundamentais, que no início do século XX também passam a prever, via direitos prestacionais, a liberação econômica do homem e coloca em crise o primado da lei, assim torna evidente a emergência de uma revisão da teoria tripartite já que a premência de efetividade de tais direitos fomentou um maior controle do judiciário sobre os demais poderes, alterando nossa pré-compreensão da judicatura. Assim, o ativismo judicial é a doutrina que defende uma atuação da magistratura distanciada da noção de neutralidade, mas comprometida com o valor intersubjetivo de maior importância em um Estado – não mais democrático de direito apenas, mas, sobretudo – constitucional o dos direitos fundamentais indispensáveis a uma condição humana digna.

Palavras chave: separação dos poderes; jurisdição; direitos fundamentais; pré-compreensão da judicatura; ativismo judicial.

ABSTRACT

We live in a time of redefinition of the significant, building new concepts ad equating with the complexity of modern life. In the same way, the comprehension we have from the jurisdiction is in a delay with the real transformation happened between the knowledge of modernity- secularization of law and the bourgeoisie revolutions- and the present date. The recognizing of the human character from the science of comprehension- hermeneutic- as well as the historical development of the human being lead us to question what is the judicial activism. We start analysing the separation of power mechanism who granted the political liberation, besides bourgeoisie liberty of thought, that therefore are constitutionals guarantees as individual rights. The second world war created a new concern about the implementation of fundamental rights, that since the begging of the twentieth century, thru the social rights, men`s economical liberation and brings the law`s sovereignty to crisis, therefore it`s evident the emergence of a review on the three powers theory since the greater effectiveness of those rights allowed a greater judicial control of the others powers, changing our pre-comprehension of judicature. Hence, the judicial activism is the doctrine defending a judicial activity not neutral but committed with the higher constitutional state - not more only democratic - intersubjective value: fundamental rights and a dignifying human condition.

Key words: separation power; jurisdiction; human rights; pre-comprehension of judicature; judicial activism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN – ação declaratória de inconstitucionalidade

Art. – artigo

BR – Brasil

CC – código civil

CF – constituição federal

CF/88 – constituição federal de 1988

CPC – código de processo civil

EUA – Estados Unidos da América

PE – Pernambuco

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJPE – Tribunal de Justiça de Pernambuco

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 JURISDIÇÃO ANTE A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES	20
1.1 Tripartição dos poderes: arcabouço histórico	22
1.2 Freios e contrapesos na constituição de 1988	28
1.3 Jurisdição: enquanto dever estatal	32
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A JURISDIÇÃO ENQUANTO TAL	38
2.1 Delineando as primeiras considerações sobre os direitos fundamentais	40
2.1.1 Por que direitos fundamentais e não direitos humanos?	42
2.1.2 Algumas teorias sobre direitos fundamentais: mínimo existencial; reserva do possível e vedação do retrocesso.	49
2.2 Evolução dos direitos fundamentais: sobre as dimensões de direitos fundamentais	54
2.3 Direitos fundamentais sociais	58
2.4 Jurisdição enquanto direito fundamental de garantia dos demais direitos: limites	62
3 A UNIVERSALIDADE DA JURISDIÇÃO	68
3.1 Acerca dos princípios	68

3.2 Os princípios e a constituição de 1988	74
3.3 Princípio da Inafastabilidade: jurisdição universal	77
4 ATIVISMO JUDICIAL	85
4.1 A ciência da compreensão e a pré-compreensão da judicatura	86
4.2 Ativismo Judicial: notas conceituais e significativas	90
4.2.1 Ativismo Judicial: precisando o conceito	91
4.2.2 Ativismo na jurisprudência dos tribunais	94
4.3 Pré-compreensão da judicatura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: ativismo judicial.	100
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS	111

INTRODUÇÃO

Hodiernamente muito se fala em crise¹ do direito, do processo ou da jurisdição, pois diversos conceitos tal qual nós conhecemos estão em cheque, há uma crise nos paradigmas – inclusive nos das ciências – pelo incremento da complexidade da vida moderna. Apresentamos como exemplo da problemática citada as mutações na noção de família, sua significação como a interação entre um homem com uma mulher e sua prole não abarca todos os fenômenos socialmente aceitos como família².

É uma época de redefinição dos significantes, construindo novos conceitos com adequação à complexidade da vida moderna. Assim, também, a denotação que nós temos da jurisdição está defasada em relação às alterações reais ocorridas no lapso temporal entre o arcabouço da modernidade – secularização do direito e revoluções burguesas – e a presente data.

Não podemos esquecer que no rol dos objetivos fundamentais da República Brasileira está a redução das desigualdades sociais, mas conseguir isto é impossível sem o devido comprometimento de todos os estratos do Estado – legislativo, administração pública e judiciário; bem como dos governos –, e da sociedade. E a desaplicação fática das previsões constitucionais fomentam o descrédito nas instituições e agrava a (ou é agravada pela) falta de adequação de alguns institutos jurídicos ao tempo presente.

¹ Quando falamos em crise remetemos à problematização dos institutos e aporias basilares à noção de Estado tal como temos, seja pela globalização, mitigando a noção de soberania, que caracterizava aquele, seja pela ampliação da interferência estatal nas esferas privadas. É como se o Estado agora pudesse (ou devesse) estipular como cada um de nós tem que organizar nossos jardins. Nisto referenciamos indiretamente a obra de Nelson Saldanha que faz uma analogia entre a esfera privada e um jardim e a pública e uma praça. Cf. SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

² A reviravolta no papel do feminino na sociedade ocorrida no século passado atingiu a forma de desempenho dos papéis nucleares de família a que estávamos acostumados, a mulher vai trabalhar fora de casa, o homem pode ajudar no lar sem afetar sua masculinidade... Fora coisas dantes inimagináveis como união estável, divórcio, união homoafetiva... são novos núcleos familiares admitidos societariamente há pouquíssimo tempo. Ou seja, o contexto histórico sói como imprescindível para compreensão dos signos lingüísticos.

Ao analisar os desafios da modernidade Agnes Heller vai destacar a presença de diversas zonas de conflito global³ e entre elas encontramos o papel do judiciário, o que a sociedade espera dele? Até onde ele pode ir? São respostas que só obteremos se pararmos para pensar qual é a pré-compreensão que temos acerca da função jurisdicional.

E buscar tais respostas urge, pois é notório que a jurisdição não é mais aquela e o modelo clássico de processo, pautado na neutralidade do julgador, não responde mais aos anseios da sociedade, que espera angustiadamente a implementação fática – não mais a mera previsão teórica – dos valores insetos nos direitos fundamentais – *liberdade, igualdade e solidariedade*.

Ora, a jurisdição disciplina as condutas, através de um processo devidamente estabelecido e realizado em contraditório, e a sua finalidade precípua será atávica à pré-compreensão que se tem da judicatura, logo pode ser a regulação de interesses privados – caráter privatista do processo –, a concretização da norma abstratamente prevista – elaborando a norma do caso concreto, cunho publicista e normativista –, instrumento de pacificação das relações intersubjetivas – instrumentalista –, ou de garantia constitucional de efetividade dos direitos insculpidos na carta política – seria este o cunho ativista?

Eis aqui o cerne do problema, pois o fim final vigente na constituinte de 1988 já era diverso daquele de 15 anos antes, quando da promulgação do CPC em 1973, quiçá duas décadas depois, assim nos temos hoje um fim final do sistema processual misto, pois ainda impregnado dos valores que pautaram o legislador processual e hoje transfixado pela axiologia constitucional.

O digesto de processo civil é promulgado em plena ditadura militar, sob a égide do positivismo jurídico, sendo as preocupações de imparcialidade, neutralidade e

³ Em seminário realizado no Rio de Janeiro, pelo consórcio de pós-graduação em ciências sociais, sobre “a crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI”, reunindo expoentes mundiais das ciências sociais, cujas reflexões naquele momento originaram um livro publicado pela Contraponto em 1999 (Cf. HELLER, Agnes. et al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.), Agnes Heller ao analisar o que denominou de crise global da civilização, destaca a existência crescente de zonas de conflito com o implemento da complexidade da vida moderna, o que deixa o homem em um Estado de eterno instabilidade, pois as zonas conflituosas permeiam as mais diversas esferas de seu viver.

segurança jurídica os postulados básicos para a ciência do direito. Assim, podemos dizer que o mito da neutralidade do magistrado é um dogma cuja essencialidade se subsumiu a necessária busca de bases científicas para o direito, contudo, esta ânsia não condiz com o atual tempo jurídico.

O positivismo jurídico tal como difundido pelo ideário liberal burguês de primado da lei escrita, de universalização – a única versão aceita passa a ser a estatal⁴ – da produção do direito e de redução ôntica da realidade jurídica à norma posta pelo representantes da maioria – participação social pelo contrato da vida gregária⁵

Percebemos que a redução da lei a principal forma perceptível do jurídico é um fenômeno decorrente do processo de secularização do direito aliado ao espaço crescente que o desejo burguês de não surpresa na invasão de sua esfera individual passa a ter na sociedade do século XVIII. Assim, restavam lançadas as bases da revolução francesa e do próprio constitucionalismo – garantia escrita de controle do poder, via teoria tripartite das funções estatais, e de direitos individuais.

Inicialmente a “juridicização das relações sociais⁶” levou a construção do Estado calcado na democracia e na auto - subsunção à lei – Estado Democrático de Direito – cuja tradução máxima é o princípio da legalidade.

Mas, os horrores da guerra, sobretudo a segunda mundial, e a descoberta estupefacente de que práticas degradantes da condição humana ocorreram sob o primado da legalidade propiciam o arcabouço teórico da defesa dos direitos fundamentais pelos tribunais constitucionais⁷ da Europa continental, sobretudo o alemão.

Logo, é como se os horrores da segunda grande guerra tivessem agravado a emergência de uma revisão da teoria tripartite em sua forma tradicional, difundida por

⁴ Antônio Hespanha destaca que a LEI – posta pelo Estado – como referencial primaz do direito é uma construção recente. Cf. HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.17-21.

⁵ Estamos nos referindo ao contratualismo trabalhado por Rousseau e que permitiu a construção do arcabouço teórico para a defesa da primazia da lei como única realidade válida para o direito.

⁶ Termo cunhado por Hespanha. Cf. HESPANHA, 1993, p.18.

⁷ A jurisdição constitucional já vinha se consolidando desde o início do século XX, através da construção doutrinária de Kelsen acerca deste novo paradigma de justiça, além da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana

Montesquieu, pois a premência de efetividade dos direitos fundamentais fomentou um maior controle do judiciário sobre os demais poderes.

Alia-se a esta reviravolta jurídica de incremento de defesa de alguns direitos ao reconhecimento da historicidade⁸ como elemento humano inexpurgável, e em assim sendo também necessário às ciências do espírito. Se somarmos a percepção de que para as humanidades o processo cognitivo não está no objeto ou no sujeito, mas entre sujeitos. Assim temos uma primeira fresta possibilitando a mitigação da noção de neutralidade do sujeito, pois este nunca será neutro.

No processo, então, não é mais mister que neguemos a subjetividade do magistrado – afinal sua humanidade é essencial para a atividade judicante – pois é na sensibilidade que só o homem detém que reside a capacidade de ponderação de todas as nuances de uma situação fática concreta.

A discussão sobre os limites da atuação do magistrado exigem dois olhares diferenciados um endoprocessual ou de micro-poder que ocorre dentro do processo com enfoque na atuação do magistrado ao conduzir o meio técnico de pacificação social; e um exoprocessual ou de macro-poder que ocorre na interação entre as três funções estatais, é este nosso ponto de análise que trabalharemos nesta dissertação.

A noção de jurisdição como mero instrumento de adequação ao caso concreto as previsões abstratas do legislador através de um terceiro equidistante e imparcial da controvérsia, provocado por quem detiver interesse – entendimento predominante há mais de dois séculos (atrelada às primeiras feições da teoria tripartite e ao nascedouro do Estado Democrático de Direito) não condiz com o momento presente.

Neste ínterim se sucederam uma série de mudanças, das quais destacamos: reconhecimento de direitos sociais; reviravolta lingüística – reconhecendo a intersubjetividade como essencial para produção de sentidos; duas guerras mundiais; incremento da jurisdição constitucional na defesa dos direitos fundamentais... Foram tantas que hoje preferimos falar em Estado Constitucional e Democrático de Direito, por

⁸ A obra de Dilthey é um marco importantíssimo na diferenciação ontológica entre as ciências humanas e as naturais, pois ele percebe e difunde que àquelas o contexto de desenvolvimento – temporal, sobretudo, – é determinante para a formação de um conceito, um instituto, um postulado, etc.

reconhecemos a axiologia constitucional como centro irradiador dos valores basilares a todo o sistema jurídico.

Em um Estado subsumido às previsões de uma Constituição e alicerçado em um ordenamento jurídico democrático qual é o papel da jurisdição? Seria o de efetivar em última instância as previsões do constituinte? Ainda mais no que concerne àqueles direitos marcados pela nota distintiva da fundamentalidade, o que no ordenamento jurídico brasileiro vem sob o manto especial da imutabilidade, haja vista serem parte integrantes do rol das cláusulas pétreas. Ora, mas a atuação harmônica e independente entre os três órgãos estatais basilares também é cláusula pétrea. Se ao judiciário compete controlar a atuação do legislativo e do executivo ante ao paradigma de valores inseto no bojo constitucional, a quem compete controlar o judiciário?

Ante a problemática exposta, começamos a indagar: Quais foram as mutações históricas que influenciaram a evolução da jurisdição? Qual é, hoje, a noção pré-compreensão da judicatura? Se compreendermos a jurisdição, enquanto uma garantia constitucional isto implica no reconhecimento de que a efetividade dos direitos fundamentais é matéria a ser salvaguardada pela via jurisdicional? Caso positivo, e a tripartição dos poderes?

A problematização foi criada tomando por base noções primordiais ao direito processual – sobretudo jurisdição e sua inafastabilidade –; ao direito constitucional – tripartição dos poderes e direitos fundamentais; em um enfoque hermenêutico sobre o que viria a ser considerado ativismo judicial.

Foram utilizados, na pesquisa, os métodos: bibliográfico – revisão da bibliografia disponível sobre os aspectos a serem tratados – e jurídico – recolhimento de dados em sítios de tribunais para descortinamos a compreensão jurisprudencial sobre o termo ativismo judicial.

Para compreendermos o que pretendemos teremos que primeiro transpor o processo de simplificação da realidade jurídica, típico do pensamento sistemático cartesiano, que é agravado (ou alimentado) por uma compartimentação em ramos

distintos, que são tratados como se independentes fossem⁹, assim o processualista só estuda o fenômeno processual; o constitucionalista só estuda a ordem constitucional, etc. e dessa forma os juristas perdem a noção do todo do próprio objeto imediato de seu *labor*, o direito. Se no âmbito interno isto se verifica, imaginamos como é difícil esse operador para compreender os fenômenos jurídicos olhar outras dimensões no âmbito externo, sobretudo, quando ele foi condicionado pelo reducionismo ôntico do positivismo jurídico e tende a limitar o direito à norma posta.

Ante ao exposto destacamos o ativismo judicial como tema da moda, seja em sua perspectiva de micro-poder, analisando o incremento dos poderes do juiz na instrução do processo, inclusive o civil, que cada vez mais fica com uma evidente feição publicista, diminuindo o ranço privatista que o marcou desde o seu surgimento; seja, na de macro-poder, sobretudo, com o amadurecimento da jurisdição constitucional e a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais.

Assim falar se o ativismo judicial, entendido como o incremento da atuação do judiciário na ampliação dos poderes estatais de monopólio da produção, aplicação e construção do direito, é ou não uma afronta a teoria tripartite do poder dependerá da pré-compreensão da judicatura do interprete.

Mas, delimitamos dentre os objetos possíveis de controle jurisdicional o da implementação dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, como foco do presente trabalho. O fizemos por vislumbrarmos em tais direitos a atuação do judiciário em “campo minado¹⁰”, atuação do judiciário no controle da efetividade dos direitos fundamentais sociais por ele se desenvolver dependendo da identificação dos limites do âmbito de atuação da jurisdição, o que habita na tênue linha entre o respeito ou não à tripartição dos poderes.

Enfim, até onde pode o juiz ir para implementar os direitos constitucionalmente assegurados? É isto que vamos analisar!

⁹ Edgar Morin ao analisar a necessidade de reformar o pensamento vigente destaca a necessidade de pensarmos o ensino enfocando a fragmentação do saber em compartimentos e destaca a presença de “efeitos cada vez mais graves da compartimentação do saber e da incapacidade de articulá-los, uns aos outros”; Cf. MORIN, Edgar. *A Cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008, p.16.

¹⁰ Escolhemos denotar como campo minado esta atuação do judiciário pois os contornos desses limites do âmbito de atuação da jurisdição é bastante controvertido seja na doutrina seja na jurisprudência.

1 A JURISDIÇÃO ANTE A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Primeiramente, rememoramos que o poder é ontologicamente uno, destarte, indivisível, há, portanto, uma imprecisão terminológica, pois, na verdade, existe uma divisão funcional – função como tarefa, como atividade¹¹ –, há uma repartição das atividades estatais em três órgãos, assim o desenvolvimento da referida teoria se dá paralelamente ao do Estado Democrático de Direito. Tal teoria repartição do poder, que é alçada à postulado característico da modernidade tem como viga de sustentação momentos históricos anteriores, cuja menção faz-se imperiosa para adequada percepção da mesma.

O abandono da perspectiva teológica do pensamento, predominante no medievo, através da revolução copernicana, propicia a percepção de que o conhecimento não é mais um dado divino, mas humano, surgindo o antropocentrismo racionalista. O homem como centro do universo – não mais Deus –. Assim, o processo de secularização do direito¹² tem por ponto sustentacular o “*cogito ergo sum*” de Descartes.

A idéia de Descartes é a raiz da disjunção entre a cultura humanista e a científica¹³, esta necessariamente pautada na neutralidade, *conditio sine qua non* para a racionalidade de qualquer ciência. Outrossim em tal ideário o positivismo encontra terreno fértil para a valorização da objetividade, passa a predominar uma desconfiança no homem enquanto fundamento do conhecimento. Assim, a subjetividade humana tem que ser expurgada da atividade científica, para que o conhecimento produzido seja

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 231.

¹² Nelson Saldanha fala que “o processo de secularização corresponde a uma gradual transformação ocorrida em determinadas sociedades, transitando de um padrão predominantemente religioso para formas preferentemente ‘leigas’ (ou *racionais*) de vida.” Cf. SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 39.

¹³ VASCONCELLOS, 2002, p.62

neutro e seguro e com o reconhecimento da finitude da razão humana, torna-se relevante simplificar a realidade¹⁴ para que ela possa ser apreendida e universalizada.

Este era o paradigma científico vigente quando eclode nos idos do século XVIII a Revolução burguesa, cujo ideário liberal e iluminista de controle do poder do soberano se refestela com a vitória do monopólio de produção do direito pelos representantes da vontade geral – *legislativo* – e, de pacificação social, também no Estado – *judiciário*.

O Judiciário deve cumprir a lei porque a lei é a expressão racional da vontade geral – princípio da legalidade –, assim cinge-se a função do magistrado à aplicação da norma abstrata ao caso concreto. O que na França é levado ao extremo, pois a arte interpretativa do juiz para aplicar a legislação se desenvolvia sob o método gramatical – pois, como já vimos, o juiz era apenas ‘a boca da lei’ –.

Não há dúvidas de que “a grande transformação foi traumática mesmo na Europa, onde a modernidade começou.” Pois no virgem solo do novo mundo a experiência não exigia a desconstrução de nenhum arranjo pré-moderno.¹⁵ Assim, a modelação da teoria, por exemplo a noção de *checks and balances*, só pode se desenvolver por conta da experiência estadunidense.

Hoje falamos em crise do pensamento jurídico, das ciências sociais, do Estado¹⁶, etc. Esta pode ser percebida por novos influxos sutis nos três poderes: no legislativo prepondera o império da *lex mercatoria*; a jurisdição transita num limbo entre do modelo liberal que não mais corresponde aos anseios de uma sociedade globalizada e o executivo que fica perdido entre políticas assistencialistas no âmbito interno, mas sem investir em políticas públicas que possam a longo prazo modificar de fato o panorama, e a pressão externa de adimplir no prazo avençado a dívida externa e todos os seus exorbitantes juros.

¹⁴ Se era necessário simplificar, então é porque se reconhecia a existência do complexo, mas se entendia que este não poderia ser apreendido cientificamente pela racionalidade do homem em sua finitude, então a única solução era simplificar a realidade, através de um reducionismo ôntico.

¹⁵ HELLER, Agnes. Uma crise global da civilização. In: HELLER, Agnes. et al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: contraponto, 1999, p.17.

¹⁶ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

Para que possamos compreender o momento vigente da teoria tripartite, mister se faz que a analisemos minuciosamente, para que assim possamos ter uma visão crítica das mutações de sua significação ao longo do tempo. Pois os significados são construídos através da história¹⁷.

A perspectiva cartesiana com a pretensão de universalidade (versão única) corre o risco de perder a perspectiva histórica inerente a cada interpretação, que não existe no vácuo, mas em dado momento e lugar, sendo assim pelas nuances destes influenciado.

Hodiernamente, contudo, já apontam os primeiros raios de um novo paradigma para as ciências, o paradigma sistêmico, pois a lógica sistemática de causalidade não viabiliza a solução das vicissitudes geradas pela complexidade humana, agravada pela constante mutação histórica, que marcam as ciências do espírito. Tais ciências não podem se guiar pelo princípio da causalidade, cuja eficiência na ciências naturais é notória, para elas é imprescindível o método hermenêutico – histórico¹⁸.

1. 1 Tripartição dos poderes: arcabouço histórico

*Convicção é a crença de estar, em algum ponto do conhecimento, de posse da verdade absoluta.*¹⁹

A idéia apriorística sobre a necessidade de se repartir as atividades estatais em órgãos autônomos e harmônicos entre si, remonta à Grécia, onde Platão, em *Política*, discorreu sobre a imprescindibilidade de tal divisão.

¹⁷ Ver DILTHEY

¹⁸ A contribuição de Dilthey para a percepção da historicidade das ciências humanas, pois o homem é um ser no tempo é de grande valia.

¹⁹ NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiadamente humano: um livro para espíritos livres*. São Paulo: Companhia das letras, 2005, p.270.

Tais noções deixadas pelo referido filósofo grego serviram no século XIX de base para que no iluminismo, Locke, Rousseau e Montesquieu desenvolvessem a teoria da separação das funções, decorrentes da soberania do Estado. Na atualidade, a tese adrede citada, remete à memória, apenas, o nome desse último que a divulgou amplamente em *O Espírito das leis*, sendo, freqüentemente, esquecido o arcabouço teórico que deu sustentáculo a essa tripartição²⁰.

O ideário renascentista, a crise do Estado absolutista, sua transição para o Estado de direito propiciaram as bases fundamentais para a sedimentação da noção de um exercício do poder compartilhado entre três órgãos distintos, que logo é alçada ao posto central das cartas de direitos que começavam a surgir.

A revolução francesa é, também, uma revolução lingüística²¹, pois uma nova linguagem surge sob o império de pretensões de liberdade nunca dantes ansiadas. Não se pautava apenas no anseio de liberação política, mas, também, de livre manifestação de pensamento²².

O mecanismo de separação dos poderes viabilizou a liberação política e de livre pensamento da burguesia, e isto passa a ser assegurado como direitos individuais nas constituições, eis um novo paradigma de Estado calcado na idéia central de liberdade e garantia formal de igualdade²³. A preocupação com igualdade substancial não existia – apesar do lema: *liberdade, igualdade e fraternidade* –, só se fará presente na verdade, no início do século XX, quando a liberação econômica do homem passa a ser adjudicada via direitos sociais.

²⁰ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.137: “Importa, portanto, entender a doutrina de separação dos poderes não de um ponto de vista rígido e estático, senão dinâmico dialético e histórico, com referenciabilidade a outros princípios constitucionais de igual dimensão axiológica, como por exemplo, o princípio da conformação dos atos estatais à Constituição”

²¹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1999, p.27.

²² Destacando esta transcendência do aspecto meramente político de liberação, cf. MOURA ROCHA, José Elias Dubard de. *Interesses coletivos: ineficiência de sua tutela judicial*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 124 – 134

²³ ENTERRÍA, 1999, p.18.

A separação dos poderes passou a ser um mantra repetido diuturnamente pelo ideário das revoluções burguesas, sobretudo da francesa²⁴, a única segurança a que a burguesia tinha de que o poder do soberano não seria mais absoluto e seus direitos seriam garantidos por leis elaboradas com a participação de representantes deles. Assim, podemos infirmar que a separação de poderes foi a primeira a assegurar a primazia dos direitos, e assim, dos posteriormente ditos direitos individuais.

Ela vem acompanhada do reducionismo do fenômeno jurídico à lei posta em vigência pelos representantes da vontade da maioria e é propagandeada pelas compilações escritas constitucionais. Esta redução legalista²⁵, servirá de base fundamental do fenômeno de juridiscização da produção normativa, pois competirá ao judiciário em última instância verificar a adequação à lei.

Na França os juízes eram vistos com grande desconfiança, o que influenciou inequivocamente a forma como a teoria tripartite se desenvolveu ali, pois desde o início houve uma preocupação considerável com o tolhimento de margens de liberdade para o magistrado, como forma de se evitar posturas consentâneas com o regime deposto. Assim a atuação deles se pautaria estritamente nas previsões legislativas, o que levou Montesquieu na obra já adredemente mencionada a afirmar que o juiz era a “boca da lei”.

Não apenas na Europa se propagou a tripartição, mas também no constitucionalismo norte-americano, que o adotou logo nas 13 colônias e depois transplantou esses valores para a Carta Magna dos EUA²⁶²⁷.

A transposição da referida teoria para o “novo mundo” já a dotou de um colorido deveras diverso do paradigma francês; sobretudo por inexistir aqui uma preocupação em conter o poder dos juízes como forma de se assegurar o não retorno ao antigo

²⁴ CLAVERO, Bartolomé. Constitución Europea e historia constitucional: el rapto de los poderes. *Historia constitucional (revista eletronica)*, Oviedo, n. 6, set. 2005. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/06/articulos/html/Numero06.html>>. Acesso em: 07 abr. 2008.

²⁵ Antônio Hespanha ao fazer uma prospectiva da lei e da justiça enfatiza a novidade que representou o reducionismo legal que surge no período pós-revolucionário. HESPANHA, Antônio Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

²⁶ CLAVERO, *op. cit.*

²⁷ A relevância da constituição dos EUA não é apenas para a manutenção da união federada, mas por constituir um poder moral elevado e integrador.

regime, pois não havia um regime anterior ao dos colonizadores que se desenvolvia sob os influxos dos ideários iluministas.²⁸

Assim, percebemos que apesar da tradição francesa dotar de menor importância o judiciário, a experiência estadunidense foi de grande importância para a atual configuração da tripartição dos poderes, pois foi ela quem alocou o Judiciário em nível equivalente ao legislativo e ao executivo.²⁹ Mais do que de vital importância para a afirmação do judiciário, enquanto “poder”, Danilo Zolo destaca que se acreditou nos EUA “que o profissionalismo e o tecnicismo dos juízes especialistas estivessem em condições de garantir, melhor do que o Parlamento, uma correta interpretação do ditado constitucional e, portanto, uma tutela imparcial e metapolítica dos direitos individuais.³⁰”

A teoria tripartite é peça fundamental para o Estado de Direito, este seria “inconcebível fora de uma antropologia tipicamente ‘ocidental’³¹”: mentalidade burguesa e individualista, de uma sociedade secularizada e racionalista. Ou seja, apesar da pretensão de universalidade (uni = única; versal = versão) de tal modelo, vitalmente conexo com o liberalismo, oriundo dos anseios da burguesia, que lançou as bases do constitucionalismo, nada mais é do que o paradigma europocêntrico.³²

Mas, não é pouco, pois o conceito de Estado de Direito é o maior legado da tradição política européia, por não ter berço romanista, como diversos institutos nossos, cujo arquétipo foi forjado nas tradições romanas, mas ter-se desenvolvido a partir da secularização do direito, que propicia o desenvolvimento da noção de direito subjetivo, este reconhecido como de todas as gentes e não apenas de alguns (cristãos, cidadãos, homens, etc.).

²⁸ O mesmo destaque pode ser visto na análise de Agnes Heller: “a grande transformação foi traumática mesmo na Europa, onde a modernidade começou. Menos dramática foi a experiência no Novo Mundo, em solo virgem, onde nenhum arranjo pré-moderno precisava ser desconstruído.” Cf. HELLER, Agnes. Uma crise global da civilização. In: HELLER, Agnes. et al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: contraponto, 1999, p.17.

²⁹ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos: checks and balances*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.94.

³⁰ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.21.

³¹ *Ibidem*, p.49.

³² Para se compreender melhor as particularidades da origem do constitucionalismo é de leitura obrigatória a obra de Nelson Saldanha, sobretudo o segundo capítulo que faz a demarcação histórica entre ele e o Estado de Direito. Cf. SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.13-30.

A necessidade de separação dos poderes está prevista no artigo 16 da declaração de direitos do homem e do cidadão, que podemos considerar como documento fundacional básico do novo modelo³³.

Este signo emblemático da revolução francesa traduz a vitória de sua linguagem de garantia de direitos. O que juntamente com a teoria tripartite passa a caracterizar todas as constituições do constitucionalismo. Aliás, uma constituição para ser dita moderna detém em seu seio a tripartição dos poderes e a proteção de direitos como parte essencial³⁴.

O referido princípio, como já dissemos, permeia todas as previsões legislativas que se encaixam no conceito moderno de constituição, no Brasil não é diferente, tanto que está previsto inclusive na nossa primeira carta política imperial de 1824³⁵, só que de forma bastante peculiar, pois não preconiza uma tripartição, mas uma quadripartição³⁶ em decorrência de um poder centralizador nas mãos do imperador, o poder moderador.

Assim, parece-nos merecer destaque o fato de que, também, em terras pátrias a teoria ganhou uma face nova, ou seja, a importação ou exportação (transposição, enfim) de uma maravilhosa teoria de um lugar para outro, sempre a modificará, pois sua aplicação sofrerá os influxos e dependerá das condições presentes na sociedade que pretende abraçá-la. E esta singela análise merece grande reflexão dos operadores do direito, sobretudo, daqueles que defendem a adoção sem grandes ponderações de institutos exógenos sob o “argumento de autoridade” de ser americano, europeu ou sei

³³ ENTERRÍA, 1999, p.25.

³⁴ Para conhecer melhor as características comuns a todas as cartas políticas que podem ser denominadas constituições na acepção moderna do termo ver: DIPPEL, Horst. CONSTITUCIONALISMO MODERNO: Introducción a una Historia que Necesita ser Escrita. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*. n.6, set.2005. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/06/articulos/html/Numero06.html?id=08>>. Acesso em: 15 mar. 2007.

³⁵ Vide seu artigo 10: “Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”. BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 10 jun. 2008.

³⁶ O destaque da adoção do poder moderador na adaptação tupiniquim da organização tripartite do Estado é feito por Maurílio Maldonado, que critica as peculiaridades da versão quadripartite pátria. Cf. MALDONADO, Maurílio. *Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos : desenvolvimento no Estado brasileiro. Site da Assembléia legislativa do Estado de São Paulo*. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf>. Acesso em: 04 ago 2007.

lá o que; pois, *data vênia*, isso nos parece pensamento de colonizado (tudo do colonizador é melhor). Com isto, não queremos dizer que não é importante estarmos sempre atento aos institutos estrangeiros que estão surgindo, mas que devemos sopesar todos os pormenores de sua possível aplicação na sociedade brasileira e sempre tentar dotá-los de feições o mais tupiniquim possível.

A ampla adesão a ele, o firma como garantia máxima da constituição democrática, como bem destaca Paulo Bonavides, se afastando do fito inicial de proteção da liberdade individual contra os alvedrios dos governantes. Mesmo que esta idéia ainda subsista, aquele axioma resta hoje, indubitavelmente, incutido de forma profunda e inabalável na consciência jurídica do país, constituindo um dos pilares inquebrantáveis do edifício constitucional. Donde percebemos, outrossim, que a constituição colocou “nos alicerces da divisão de poderes a proteção suprema dos próprios direitos fundamentais.”³⁷

Apesar de ser uma característica do constitucionalismo, como já reiteramos, e de datar mais de dois séculos de sua adoção após a Revolução Francesa a teoria não sofreu tantas atualizações neste ínterim, tendo a idéia de separação de poderes ganhado um contorno novo, sobretudo, no processo de aclimatação em culturas diversas. Uma das mais relevantes sem dúvidas foram os reflexos na teoria em sua acolhida nos virgens solos norte-americanos em um momento de unificação de colônias independentes o que permitiu a alocação, em patamar de igual importância aos demais, do judiciário.

Mas, os EUA, através da atuação do órgão de cúpula do judiciário – Suprema Corte – no controle difuso de constitucionalidade das leis, nos primórdios do século XX – caso *Marbury x Madison*, deu azo a noção de que compete a tal função resguardar a supremacia da Constituição, inclusive quando esta se mostrar em risco pela atuação de uma das outras duas funções. Descortina-se, assim, o caráter dinâmico da inter-relação entre judiciário, legislativo e executivo, há um balé do poder com interpelações e controles recíprocos, é o denominado *checks and balances*, cujo exame iniciamos agora.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 508-513.

1.2 Freios e contrapesos na constituição de 1988

Como notamos, quando pensamos na delimitação das esferas de atuação de cada “poder” autônomo não devemos supor que exsurge “uma configuração de Estado dividido em órgãos que detêm de forma estanque, poderes que exercem com exclusividade.³⁸” e a explicação desta dinâmica inter-relacional é encontrada através da doutrina dos freios e contrapesos – *checks and balances* –, que é uma maneira de trabalhar essa fórmula com menos rigidez, em obra específica sobre esse mecanismo de controles recíprocos.

A divisão de poderes não se dissocia das idéias de interpenetração, equilíbrio e harmonia³⁹, pois os três poderes constituídos⁴⁰ não são estáticos, mas dinâmicos em seu exercício e a técnica dos freios e contrapesos é o mecanismo de se garantir a harmonia e independência entre eles, ou seja, “é a limitação do poder pelo poder”.⁴¹

O constituinte, apesar de não ter inovado em 1988 ao prever a teoria, que como já vimos permeou todas as nossas Constituições de alguma forma, teve a cautela de incluí-lo no rol dos princípios fundamentais e de transparecer *prima facie* a necessidade de combinação em harmonia entre as três esferas individualizadas, mas pertinentes à mesma realidade – poder do Estado –, dispondo logo no artigo 2º⁴², *in verbis*:

³⁸ SANTOS, Gustavo Ferreira. Jurisdição constitucional e separação de poderes: limites e legitimidade do controle de constitucionalidade das leis. *Revista da pós-graduação em direito da UNICAP*. Ano 1, n.1, 2002.

³⁹ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos: checks and balances*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.102.

⁴⁰ Jorge Miranda destaca ser o poder juridicamente repartido em órgãos e agentes estatais configurado pelo conjunto de competências ou poderes funcionais, estes constitucionalmente previstos, daí serem “poderes constituídos” subsumidos às normas da constituição. Cf. MIRANDA, 2003, p. 214.

⁴¹ PINTO, Francisco Sérgio Magalhães; PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *Separação dos poderes no atual estado democrático de direito brasileiro*. Disponível em: <<http://idcb.org.br/documentos/artigos1801/Separacao.doc>>. Acesso em: 04 ago. 2007.

⁴² SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.44: “A Constituição inovou no que concerne a teoria da tripartição dos poderes, pois

“constituem três poderes independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”⁴³

A repartição das funções essenciais do estado entre órgãos diferenciados é essencial para a defesa dos interesses da coletividade, pois uma repartição funcional coíbe o acúmulo de poder nas mãos de um tirano, além de ser tal princípio uma das colunas-mestras do direito constitucional⁴⁴.

O constituinte atribuiu ao legislativo a tarefa de elaboração das leis, ao executivo o dever de aplicar essas normas obrigatórias e ao judiciário a tarefa de dirimir os conflitos, através do processo e de acordo com o estabelecido na legislação. Ressaltando, mais uma vez, que “não há diferença ontológica entre os poderes exercidos pelo estado, pois decide com poder, quando administra, legisla ou julga”⁴⁵. Tal equivalência ontológica da essencialidade de cada uma das funções é destacada desde o arcabouço teórico da tripartição no novo mundo e ratificada pela redação do segundo artigo da CF/88.

A *especialização funcional* e a *independência orgânica*⁴⁶ entre esse três poderes são, destarte, pilstras basilares da teoria tripartite nacional. Haja vista ser indispensável para o deslinde da inevitável interferência de um no outro a postura colaborativa entre legislativo, executivo e judiciário, só assim poderá ser preservada a independência e harmonia deles.

além de o prever expressamente no seu artigo segundo, também, dispõe sobre controles interorgânicos. O fez com o fito de salvaguardar uma maior adequação de sua atuação à normativa constitucional.”

⁴³ A propósito ensina BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 53. “É na seara política que o poder adquire realce. Reportamo-nos ao poder político, caracterizados pelas notas de unidade e indecomponibilidade. *Uno*, porque não se biparte, esfacelando sua essência. *Indecomponível*, pois não se divide segregando o seu conteúdo e a sua forma. [...] Dessa indivisibilidade exsurge a tese de que é impróprio se falar em delegação, segregação, divisão ou separação de Poderes. O que existe, em verdade, é uma *separação de funções estatais*, porque o poder político é um só, não admitindo fragmentações, nem dicotomias. Mas, diante da sua unidade, ele desempenha tarefas por intermédio de três funções: a função legislativa, a função administrativa (ou executiva) e a função jurisdicional”.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.36.

⁴⁵ CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2002, p.191.

⁴⁶ O referido autor ao analisar a interação entre os três poderes destaca ser impossível esquecermos que as interferências recíprocas já estavam de antemão contempladas pela previsão de autonomia harmônica. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.108-111.

É uma sofisticada fórmula que tem por finalidade limitar o poder, constituindo pedra de toque garantidora de uma atuação da soberania estatal dentro de um paradigma democrático. Daí a necessidade de uma convivência harmônica entre executivo, legislativo e judiciário, como uma forma de garantia do cidadão face ao Estado.

Pois, a liberdade de conformação do legislador é limitada pelo sistema axiológico previsto na Constituição, assim, o processo político formula pontos de vistas, cuja compatibilidade constitucional é aferida pelo juiz constitucional, que dirá, dentre as alternativas compatíveis com a Constituição, se podia o legislador ou administrador atuar desta ou daquela forma.⁴⁷ No Brasil, esta análise de adequação à axiologia constitucional é atuada por todos os juízes, pois a nossa jurisdição constitucional é combinação entre o modelo norte-americano – difuso – e o europeu – concentrado –.

Se compete a todo judiciário – a nossa combinação de modelos mantém o órgão no qual se concentra o controle abstrato de constitucionalidade como órgão de cúpula do judiciário – manejar o catalisador essencial do direito constitucional como interpretação constitucional, então resta incrementada a discussão sobre os limites entre cada um dos poderes, pois poderia aparentar a preponderância da jurisdição sobre as demais funções do Estado.

O uso excessivo de conceitos indeterminados, contudo, desloca uma margem mais ampla de poder do magistrado, pois compete a ele precisar o sentido das normas estabelecidas⁴⁸, esse controle impõe em certo grau a juridicização da política. Ora, o aumento de poder de controle da judicatura é potencializado pela ação do próprio legislador, pois se ele elaborar normas de melhor qualidade e permeadas de menos conceitos indeterminados já haverá uma margem menor para atuação do juiz⁴⁹.

⁴⁷ MIRANDA, 2003, p.25.

⁴⁸ Esta atividade de precisão do sentido das normas, não é mais uma forma de respeito à legalidade apenas hoje é também uma forma de assegurar a supremacia constitucional. Cf. DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos: instituições políticas e direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1985, p.157–167.

⁴⁹ José Alfredo de Oliveira Baracho falará que essa má qualidade técnica da produção legislativa tem fomentado um *império da judicatura*, pois os juízes tem que estar a todo tempo clarificando os signos lingüísticos mal utilizados pelo legislador. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.684-686.

Não que a indeterminabilidade relativa dos conceitos signifique atuação discricionária, pois esta remete aos critérios de conveniência e oportunidade do mérito do ato administrativo⁵⁰, mas sem dúvidas eles propiciam uma ampliação no poder do judiciário, pois é seu o poder oficial de interpretação.

Assim, a forte presença do uso de conceitos indeterminados e a dependência para implementação dos mesmos de uma atuação do Estado forçam o deslocamento para o judiciário do controle sobre as políticas adotadas – ou não – pelo poder público para efetivar os direitos fundamentais, sejam tais políticas de ordem legislativa ou administrativa.

Não estamos afirmando que exista um cheque em branco para intromissão irrestrita do judiciário nos outros poderes, via controle difuso, até porque em sua atuação sempre haverá a necessidade de fundamentação, de explicitação do raciocínio desenvolvido, como forma de controle de sua própria decisão. O agir do magistrado, também, tem por baliza o plexo normativo exposto na CF.

Como um juiz determinará como devem ser aplicados recursos públicos cuja decidibilidade de formas de fazê-lo é de competência do jogo político legislativo – executivo na formação da rubrica orçamentária? A prévia inclusão da fonte de custeio é indispensável para qualquer despesa pública futura, logo requisito sem o qual o Estado não pode atuar, pois seu agir é previamente vinculado pelo orçamento, que transparece o *quantum* disponibilizado para cada coisa.

Há outro problema relevante, sem dúvidas, o judiciário é dentre os poderes o de menor legitimidade democrática, pois sua composição observa apenas critérios de meritocracia do bacharel em direito que se dispõe a guerrear por uma vaga no concurso público para a magistratura e não de escolha popular mediante o escrutínio secreto como os demais poderes. Não pormenorizaremos neste trabalho a questão da legitimidade, pois nossa perspectiva de análise será semiótica, ou seja, estudaremos “as mudanças de significação nas palavras empregadas no direito⁵¹”, mais

⁵⁰ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p.158-161.

⁵¹ Instituto Antônio HOUAISS de lexicografia. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p.2543.

precisamente na jurisdição, ante a preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais sociais e os limites de exigibilidade de sua concreção perante o judiciário, pois não há respostas na tradicional teoria da tripartição dos poderes, que foi forjada com a preocupação de limitar o poder e não de efetivar direitos.

O ponto central é o amadurecimento paulatino que vem acontecendo, do surgimento da teoria até o constitucionalismo moderno, da necessidade de sempre estarmos repensando os limites e contornos específicos dos âmbitos de atuação de cada uma das funções estatais.

O delineamento das fronteiras do âmbito de cognoscibilidade do judiciário depende intrinsecamente de qual seja a pré-compreensão da judicatura vigente no ordenamento jurídico brasileiro, e é imperioso buscá-la, pois é bastante perigoso defendermos que o judiciário tem que implementar todas as promessas constitucionais, pois este seria o seu papel no neoconstitucionalismo, sob pena de instituímos não um império da judicatura, mas uma tirania togada.

Então, em que consiste a função jurisdicional? Será uma outorga ao judiciário de amplos poderes para revisar a atuação dos demais poderes e mandar fazer o que, quando e como lhe parecer conveniente e oportuno quando tais critérios consistem na verdade o mérito injusticiável da administração pública⁵². Não é este o caminho que nos parece plausível ou desejável, mas para compreendermos o problema devemos analisar a jurisdição no Estado Constitucional.

1.3 Jurisdição: enquanto dever estatal

O judiciário tem sido o local onde se busca evitar pequenas ditaduras⁵³

⁵² O mérito do ato administrativo é freqüentemente apontado como limite injusticiável da atuação administrativa, sobretudo na doutrina mais tradicional.

⁵³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 84.

A crise do conceito clássico de jurisdição decorre de sua problematização, a técnica estatal de solução de litígios – processo – não se pauta mais nos critérios privatistas de outrora, sendo permeada pelo caráter público. Há crise nos institutos jurídicos, pois há um problema de atualização da significação dos mesmos a ser resolvido. Isto coloca em cheque os próprios conceitos tal como conhecemos.

É de nosso interesse problematizar a cognição *do* processo⁵⁴ e para tanto precisamos indagar sobre a *iuris dictio*, sem esquecermos que a construção dos significados é um processo histórico em constante mutação e isto amedronta os juristas, pois reconhecer isso seria admitir a pluralidade e esta traria incerteza, que admitiria a insegurança jurídica dentro do ordenamento. Mas, se pautado nos cânones hermenêuticos não há de ser bem assim, pois a metodologia de compreensão através dos cânones possibilita a busca pela significação intersubjetivamente construída.

Limitar-nos-emos a análise da jurisdição, enquanto função do Estado, pois quando este avocou para si o monopólio de sua prestação, excepcionando a auto-tutela e como tal ela é manifestação da soberania estatal. Mas, muitos séculos se passaram até que a jurisdição deixasse de ser analisada sob o prisma predominantemente etimológico, como atividade de dizer o direito, para que chegássemos a destacar a nota distintiva da estatalidade como inerente e inoldável ao conceito de jurisdição. Assim, conforme destaca Moura Rocha: só o estado tem jurisdição.⁵⁵

A prestação jurisdicional, atividade típica do poder judiciário, almeja a atuação do direito, abstratamente previsto, no caso concreto. A jurisdição, sob este aspecto, seria *longa manus* do legislador⁵⁶, tal entendimento é consentâneo com aquele esposado por Chiovenda, mas não parece ser o mais adequado às modernas exigências de efetividade constitucional. Ou seja, os juízes têm o poder oficial de

⁵⁴ Cognição *do* processo e não a *no* processo – a ampliação dos poderes instrutórios do juiz remete a este segundo enfoque, enquanto nos interessa aquela, que perscruta como o processo pode ser conhecido e como pode ser considerado tal método de solução de conflitos.

⁵⁵ MOURA ROCHA, José de. Sobre a jurisdição. Symposium: Revista da Universidade Católica de Pernambuco. v.26, n.2, Recife, 1984. Apesar de tal posicionamento ser bastante anterior à regulamentação da arbitragem em nosso ordenamento pela 9.307/96, entendemos que este mecanismo é uma alternativa àquela oferecida pelo Estado – o processo judicial, e que esta é carente de *coercio* e por vislumbrarmos a coercitividade como nota caracterizadora essencial da jurisdição, entendemos que só o Estado tem jurisdição. Neste sentido vide MITIDIEIRO.

⁵⁶ GUSMÃO, Athos. *Jurisdição e competência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 7-13.

interpretação⁵⁷ do direito abstratamente previsto pelo legislador a luz de um paradigma constitucionalmente adequado, cujos óculos não de ser os direitos fundamentais.

É através da jurisdição que o Estado dota de precisão as normas, mas esta atividade não é meramente interpretativa, como pode num primeiro momento parecer, pois ao analisar um texto para dotá-lo de um sentido oficial o magistrado se depara com uma infinidade de conceitos jurídicos indeterminados, cuja significação ele determina no caso concreto com base nas possibilidades oriundas dos ditames constitucionais.

Assim, a atuação judicial mais que interpretativa é na verdade criativa, pois permite a criação de direitos, constituindo participação efetiva na tomada de decisões do Estado⁵⁸. Donde percebemos que é atividade não apenas de cunho jurídico, mas político e freqüentemente com implicações econômicas, estas, inclusive, às vezes de grande monta.

A função⁵⁹ jurisdicional caracteriza-se pela presença do contraditório, por constituir uma postura intelectual, posto que verifica os fatos e ajusta-lhes o direito aplicável, e por ser sua causa o cumprimento das disposições legais abstratamente previstas pela atividade legiferante. O processo judicial tem, também, a imparcialidade e a passividade inicial como características fundamentais⁶⁰. A inércia inicial se faz presente inclusive no processo objetivo⁶¹ de controle concentrado de constitucionalidade, no qual a provocação por um dos legitimados é condição sem a qual não atuará a jurisdição.

⁵⁷ Esta característica de ser função do juiz dotar os textos legais de um viés interpretativo oficial é trabalhado com maestria por Maurice Duveger em obra já adredemente citada. Cf. DUVERGER, 1985, p. 157-161.

⁵⁸ Esta perspectiva de análise da atividade jurisdicional como transcendente do mero exercício lógico de subsunção normativa é encontrado além de em Duveger como já citamos na nota acima, também na clássica obra Mauro Cappelletti Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

⁵⁹ Na definição de Celso Antônio Bandeira de Melo existe função “quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*. MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 32.

⁶⁰ MIRANDA, 2003, p. 251-253.

⁶¹ O processo de controle de constitucionalidade no STF é dito objetivo por não ter as notas distintas mais presentes no processo civil clássico como partes e possibilidade de desistência, desde que com anuência do réu,

A sua atuação compete precipuamente ao judiciário, que “é o órgão de aplicação da lei no exercício da jurisdição⁶²”, ou seja, tem por atividade típica a atuação da lei no caso concreto. A concretização da normatização abstratamente prevista pelo legislador a uma lide configurada, com escopo de pacificação social este é o fim colimado pela atividade jurisdicional. Hoje, contudo, tal função tem sido a última tábua de socorro para de implementar direitos cuja falta de vontade política do legislativo e/ou executivo petrificam na inexistência fática, apesar da pungente garantia teórica – por exemplo, os direitos fundamentais –.

Atuar a jurisdição lhe é função precípua, mas não, exclusiva – o é apenas no controle repressivo de constitucionalidade⁶³ –, haja vista a dinamicidade que colore a interação entre os três “poderes” decorrentes da soberania. O judiciário, ao longo da história brasileira, se mostrou um palco de lutas contra as pequenas ditaduras⁶⁴ típicas de uma sociedade desigual, incumbindo-lhe o poder-dever de salvaguardar, mesmo que com força, a paz nas relações da vida gregária.

A atividade jurisdicional é essencial para coibir os abusos do poder público, além de ser meio hábil a controlar sua atuação, mas não se restringe a isto, pois hoje soe compreendê-la via de efetivação de direitos, o que não podemos confundir com um “super poder” capaz de implementar todos os direitos constitucionalmente assegurados, pois não há pílula mágica para os grandes problemas brasileiros.

O judiciário atua através do processo, mediante iniciativa das partes, às quais ele substitui imparcialmente por não ter interesse no objeto do conflito que lhe é apresentado para decidir, só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito⁶⁵. Encontra-se, destarte, acima dos interessados, com o poder-dever de fazer atua a lei⁶⁶ no caso concreto. Esta é a concepção clássica do processo, que,

⁶² MIRANDA, 2003, p. 252.

⁶³ O complexo sistema de controlar a constitucionalidade no Brasil, além de combinar o modelo concentrado – no STF o controle abstrato – com o difuso – em todo o judiciário o controle concreto –, também permite que o executivo realize um controle preventivo de constitucionalidade pelo veto jurídico no final do procedimento legislativo.

⁶⁴ PORTANOVA, 2001, p.84.

⁶⁵ MELO, 1999, p. 90.

⁶⁶ Sobre a concepção de lei nesse caso, de grande valia é a observação de MARQUES, 2000, p.271: “quando se fala porém da lei como antecedente da jurisdição, há referência a todo e qualquer preceito

conforme veremos, não resta em consonância com a emergência de efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo, daqueles que dependem de uma política pública para serem efetivados.

Mas, a atividade do magistrado, além de jurídica, voltamos a dizer, é, também política sob, pelo menos, dois aspectos: 1) por serem parte do aparato estatal – e o Estado é uma sociedade política; 2) por aplicarem as normas jurídicas, que são, também, políticas. Muitos juízes fazem questão de destacar sua “apoliticidade” como garantia e requisito de imparcialidade e independência, mas ele participa diuturnamente de questões políticas, logo é, inevitavelmente influenciado por elas de alguma forma.⁶⁷

Dizer o direito no caso concreto, torna-se obrigação ante um direito público subjetivo e incondicionado de toda e qualquer pessoa. Em suma, o direito de ação é “a contrapartida oferecida ao cidadão diante da proibição da autotutela.”⁶⁸ Pois, as revoluções burguesas vedaram a vingança privada⁶⁹, garantizando o monopólio estatal da administração da justiça, além de ter dado ao Estado a hegemonia da produção do próprio direito, e este foi praticamente reduzido à lei.

O Estado invocou para si o dever de assegurar a paz na vida em sociedade e, para tanto, em substituição às partes, monopolizou a atividade de administração da justiça, que através do devido processo legal busca uma solução imparcial e ponderada, de caráter imperativo, aos litígios intersubjetivos. Sobre isso, elucidativo é o posicionamento de Moacyr Amaral dos Santos, com o qual compartilhamos:

É função do Estado desde o momento em que, proibida a autotutela dos interesses individuais em conflito, por comprometedora da paz jurídica, se reconheceu que nenhum outro poder se encontra melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida⁷⁰

normativo, e não apenas à lei em sentido formal. Como também se abrange, nessa alusão, aos preceitos contidos na Constituição.”

⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.93.

⁶⁸ MARINONI, Luís Guilherme. *Manual de processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 63

⁶⁹ Nos primórdios predominava a lei dos mais fortes, era cada um por si, vigorava a lei de talião, cuja máxima era “olho por olho dente por dente”.

⁷⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v.1. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p.67.

Assim não é uma faculdade o Estado prestar a contento sua função jurisdicional, mas um dever, uma obrigação que ele assumiu como uma de suas funções primordiais e deve fazê-lo a contento, pois é dever correlato com um direito subjetivo essencial de provocar sua atuação – via direito de ação.

Ronaldo Dias, em obra cujo objeto é a atividade jurisdicional, ressalta que a jurisdição é atividade-dever do Estado, que apenas se efetiva subsumida na hodierna e inafastável constitucionalização do processo e na observância do estado ao seu poder de cumprir o dever de prestá-la.

Afirma, ainda, que a função jurisdicional é serviço público cuja atuação depende da manifestação dos interessados, para que o judiciário possa cumprir e fazer cumprir as normas positivadas, concretizando o ordenamento jurídico, mediante um procedimento estruturado na lei e permeado pelo devido processo legal, salvaguardado pela garantia do processo constitucionalizado.

A função jurisdicional, num paradigma democrático de Estado, não é atividade beneficente ou obsequiosa, mas poder-dever do estado, contraposto ao direito fundamental de qualquer pessoa ou instituição obtê-la, de maneira adequada e eficiente, pela garantia do devido processo constitucional.

Hoje, a emergência de efetividade dos direitos propiciaram uma reviravolta, fazendo com que a preocupação central não seja mais a proclamação de direito, como forma de limitar o poder (este encontra-se, razoavelmente – e aparentemente – domesticado), mas de implementar os direitos fundamentais, não resta dúvidas de que a jurisdição não tem só os escopos jurídicos (inclusive, por não se restringir o direito à legislação vigente), mas também os sociais e políticos, posto que o judiciário, tem por meta concretizar os objetivos a que o Estado se propõe.⁷¹ Uma atuação do juiz em prol da efetividade dos direitos previstos.

É impossível se pensar na moderna concepção de constituição sem o direito de uma prestação jurisdicional sem óbices, ou seja, sem a garantia da jurisdição. Trata-se

⁷¹ PORTANOVA, 2001, p. 61.

de um direito público subjetivo abstrato⁷², que assegura ao cidadão a possibilidade de exigir do estado o cumprimento do seu dever de pacificar com justiça. É, então, um direito fundamental que tem como contraprestação um dever estatal, por isto nos deteremos no próximo capítulo na análise sobre os direitos fundamentais, sua fundamentação, significação e o impacto do amadurecimento de sua relevância sobre a pré-compreensão que temos da judicatura hoje.

⁷² NERY JUNIOR, 2002, p. 103: “O direito de ação é um *direito público subjetivo* exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional [...] é um *direito subjetivo à sentença tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão.”

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, E A JURISDIÇÃO ENQUANTO TAL

Antes de podermos delinear melhor os contornos da jurisdição enquanto uma previsão constitucional dotada de fundamentalidade, importa destacar, de pronto, alguns aspectos dos direitos fundamentais:

1) *Direitos históricos*, nascidos em circunstâncias específicas de acordo com a necessidade de novas liberdades, “nascem quando devem ou podem nascer”, decorrem, enfim, de novos carecimentos que surgem “em função de novas condições sociais e quando o desenvolvimentos técnico permite satisfazê-los.⁷³”;

2) *Direitos humanos* que foram de forma especial chancelados para o bojo da *carta constitucional* (nos afiliamos assim a uma terceira corrente, que ressalta a relevância de seu conteúdo e reconhece a importância da forma que se reveste a sua previsão no ordenamento jurídico). Constituem, portanto, direitos público-subjetivos de todas as pessoas, cuja finalidade é limitar o poder estatal.⁷⁴.

3) Diversidade entre *justificação dos direitos* do homem através de argumentos convincentes e a sua *plena efetivação*, mediante instrumentos constitucionais capazes de protegê-los efetivamente⁷⁵. Daí a relevância de analisarmos os mecanismos de tutela jurisdicional destes direitos, e como agora fazemos de destacar que esta própria garantia de universalidade da jurisdição é de *per se* um direito fundamental.

O paradigma esboçado na declaração de direitos dos homens e dos cidadãos de previsão formal de direitos é frontalmente atingido pelos horrores da guerra, pois não basta prever direitos é preciso garanti-los. Assim, no século XX eclode a crise paradigmática das ciências sociais, solapando o primado da lei, pois a redução do direito – criatura – a ela se mostrou incapaz de resguardar seu criador – o homem – de

⁷³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 3. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25-26.

⁷⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.54.

⁷⁵ BOBBIO, 2004, p. 80.

atrocidades de outros homens. Isso propicia um volver de olhar para a necessidade de preocupação com a implementação dos direitos fundamentais, emerge um novo paradigma calcado na ânsia de efetivação das previsões constitucionais.

Assim, começamos a perceber que o processo não é metodologia estatal apenas de atuação da lei, mas, sobretudo, de efetividade de direitos⁷⁶.

A premência de efetivar os direitos constitucionalmente assegurados e a proibição do *non liquet*, que veda o judiciário a se eximir de julgar, gera um impasse quando o magistrado é provocado a decidir sobre um direito fundamental cujo exercício resta obstacularizado pela omissão do poder público. Ora, se o direito moderno tem como pilar fundamental a noção de segurança jurídica, desta sendo corolário o *non liquet*, e a pretensão deduzida em juízo versar sobre a proteção à infância que está deficitária pelo caos dos conselhos tutelares, por exemplo, pode o magistrado mandar o administrador público fazer as melhorias necessárias? Se dissermos que não, pois seria uma esfera injusticiável da atuação pública, por conta repartição funcional, então o juiz teria que dar uma sentença de improcedência, que seria, neste caso, uma negativa à inafastabilidade da jurisdição e achincalhar a relevância do direito fundamental à infância. Se dissermos que sim, poderia ele então determinar a construção de uma creche?

Havemos de nos preocupar em buscar o modo mais seguro para garantir os direitos do homem, uma forma de coibir que sejam “letra morta”, cujas violações abundam a despeito das solenes declarações⁷⁷. E isto acontece mesmo sendo tais declarações definidoras das liberdades públicas essenciais⁷⁸.

⁷⁶ Para compreender a jurisdição no Estado constitucional é fundamental a obra do profº Marinoni, cujo ensinamento, agora, transcrevemos: “a jurisdição, no Estado contemporâneo, além de ter uma dignidade que advém do fato de ter o dever de proteger direitos, especialmente direitos fundamentais materiais – seja na sua proteção propriamente dita, como preservação da sua integridade, seja na implementação dos direitos fundamentais sociais -, não mais se resume a um poder de mera afirmação das leis, haja vista que, depois de compreender os casos concretos a partir dos valores da sociedade, deve dimensionar a lei com base nos princípios constitucionais de justiça e nos direitos fundamentais, fazendo valer os nortes da organização do estado e da sociedade proclamados pela Constituição.” Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.150-151.

⁷⁷ *Ibidem*, p.46.

⁷⁸ DUVERGER, 1985, p. 174.

Pois, é no reconhecimento de alguns direitos como fundamentais, em seu exercício diuturno e na efetiva proteção destes é que se torna possível satisfazer o mínimo necessário para uma vida digna.⁷⁹ E não podemos olvidar que a dignidade da pessoa humana é um direito preferente a todos os demais.

Destacamos que para que sejam criadas condições de exercício dos direitos é imperioso um comportamento estatal ativo para divulgá-los, pois, culturalmente, quanta mais distante for o judiciário da população maior será o seu descrédito na demanda judicial como modo civilizado e eficaz de solucionar conflitos.

2.1 Delineando as primeiras considerações sobre os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais permeiam todas as constituições modernas, aliás sua inclusão no bojo constitucional constitui marco fulcral do constitucionalismo pós-revolucionário. Além de explicitarem a plena aceitação das declarações de direitos, que delimitaram a esfera de atuação do poder, cujo arcabouço iniciou com a célebre Carta Magna de João Sem Terra, em 1215, ao assegurar que o trinômio vida – propriedade – liberdade estava blindada contra os arbítrios do rei, restou por assegurar a esfera individual.

Aliás, hodiernamente a garantia de direitos é característica indispensável para que possamos falar em Constituição⁸⁰. Assim, percebemos que os direitos fundamentais “são o oxigênio das modernas cartas políticas”⁸¹. Eles são a nota em comum de todas as Constituições, pois eles estão previstos em cada uma delas em maior ou menor grau, a brasileira de 1988, por exemplo, cita-os até no seu preâmbulo – hall de entrada do palácio constitucional.

⁷⁹ FERNANDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1984, p.79.

⁸⁰ DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno: introducción a una historia que necesita ser escrita*. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/08.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2007.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.375.

Se são direitos previstos em diversas declarações de direitos, desde o final do século XVIII, não são novidade, então por que discutir sobre os direitos fundamentais? Bem, em primeiro lugar, as atrocidades da segunda guerra mundial viabilizaram a preocupação com a efetividade fática, e não mera proteção teórica destes direitos, quando isso acontece estamos em plena ditadura militar no Brasil, momento no qual, os direitos eram de forma institucionalizada vilipendiados. Então aqui, apenas na década de 80 é que há liberdade de expressão para discutir tais direitos e a nossa constituição, batizada de cidadã por Ulisses Guimarães foi pródiga em consagrá-los⁸².

A benevolência do constituinte em prever direitos fundamentais não deixa de ser uma resposta ao autoritarismo militar que imperou no país desde meados dos anos 60. O problema é que o obscurantismo da ditadura perdurou tempo bastante para crescer uma geração, marcando tanto a geração precedente, como a sucessora. O que leva Calmon de Passos a afirmar que tal período “insensibilizou os juristas para os problemas políticos e até mesmo os indispôs com eles” e os direitos fundamentais, apesar de ser uma questão de justiça, são freqüentemente vistos como problemas políticos.

Os direitos humanos chancelados nos textos constitucionais sob o título de direitos e garantias fundamentais, e amplamente defendidos na mais abalizada doutrina, hão de ser efetivamente garantidos pelo estado ao povo, constituindo importante limitação do poder político, através da formação de um “bloco compacto de salvaguarda dos indivíduos e de suas liberdades contra quaisquer atos de abuso de poder e de arbítrio provenientes do Estado” direito à jurisdição ou o direito à tutela jurisdicional.⁸³

Mas, a quem compete efetivá-los? Ao Estado, mas e se por acaso o legislativo e o executivo desaplicarem faticamente tais direitos pode o cidadão vindicar judicialmente sua implementação? Poderíamos dizer que sim, afinal, há uma garantia

⁸² Calmon de Passos enfatiza que a “nossa Constituição cidadã foi generosa no enunciar direitos fundamentais mas demasiadamente mesquinha, cautelosa e astuta no “assegurar” esses direitos.” Cf. PASSOS, J. J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2007.

⁸³ DIAS, 2004, p. 87-108.

constitucional salvaguardando o acesso à jurisdição ou que seriam normas meramente programáticas, carentes de normatividade suficiente para serem aplicados, e que possuem um cunho propagandístico e não força normativa propriamente.

É precipitado concluirmos qualquer coisa, pois carecemos de suporte teórico para nos posicionarmos, já que ainda não desvelamos a teoria dos direitos fundamentais, o surgimento do Estado Constitucional e suas implicações na pré-compreensão da judicatura. Começemos esclarecendo o porquê falamos em direitos fundamentais, e não, do homem, ou humanos.

2.1.1 Por que direitos fundamentais e não direitos humanos?

Mas, o que são direitos fundamentais? Existe uma diferença entre eles e os direitos humanos? A denominação direitos humanos é muito ampla e usada em diversas acepções, algumas assemelhadas a uma concepção jusnaturalista, que consideram tais direitos como inerentes à condição humana⁸⁴, é usada freqüentemente no âmbito das relações internacionais. Seriam direitos válidos a todos os povos e em todos os tempos, logo além de universais seriam intemporais⁸⁵.

Já direitos fundamentais é terminologia afeita à seara do direito constitucional e possui contornos de significação mais precisos, pois são os direitos humanos positivados em um ordenamento. Trata-se de direitos objetivamente vigentes em uma

⁸⁴ Conforme destaca Bobbio seriam direitos dotados de um caráter fundamental, por caberem “ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano” vide: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 3. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 24. Já para Fábio Konder Comparato “se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas.” In: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.20.

⁸⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almeida, 2003, p. 393.

ordem jurídica concreta⁸⁶, ou seja, são aqueles direitos humanos que foram salvaguardados no bojo de uma Constituição⁸⁷.

Em nosso ordenamento, por uma questão topológica, há uma relevância quanto a forma de previsão de seu núcleo central, pois foram alocados pelo constituinte no artigo 5º, no rol das cláusulas pétreas.

Esse primeiro aspecto destacado denota a fundamentalidade formal, mas esta existe, também, num aspecto material. Que seria uma decorrência da dignidade da pessoa humana que permeia todas as previsões dispostas na carta de 1988.⁸⁸

Para nós os direitos fundamentais constituem direitos públicos subjetivos, pois são aqueles direitos humanos que asseguram a todas as pessoas determinada situação jurídica perante o Estado.

Percebemos a importância de seu conteúdo, limitador de poder e de alvedrios por parte dos governantes e humanizantes, pois constituem previsões garantidoras de alguma dignidade para a pessoa humana.

Os direitos fundamentais são direitos a serem assegurados a qualquer homem, em três perspectivas: “a política (de participação) a civil (autonomia privada) e a social (satisfação de necessidades básicas)”.⁸⁹

Não há quem discuta a relevância de justificarmos a fundamentalidade dos direitos do homem através de argumentos convincentes, pois assim evitamos que os mesmos possam ser irrefletidamente descartados (ou tentamos evitar que isto ocorra), mas complicado é discutir a sua plena efetivação, especialmente em um país periférico

⁸⁶ CANOTILHO, 2003, p.393.

⁸⁷ Com entendimento similar destacamos a lição de Fábio Konder Comparato que obtempera: “direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.” Em COMPARATO, 2003, p.57.

⁸⁸ Há quem defenda que estes direitos decorrem da própria natureza do homem, pois dizem respeito ao homem enquanto – Cf. BOBBIO, 2004, p. 24. –. Mas, há os que rechaçam que a fundamentalidade seria uma decorrência do conteúdo de tais direitos e não da força formal constitucional, pois “um direito é fundamental se e somente (condição necessária) for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional.” – Cf. DIMOULIS; MARTINS, 2007, p.54.

⁸⁹ PASSOS, J. J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2007.

dotado de tantas idiosincrasias e paradoxos internos, uma massa tão diversificada de carências sociais e uma escassez de recursos difícil de driblar. Mas, as dificuldades não nos podem deixar esmorecer e devemos pugnar pela concretização de instrumentos constitucionais capazes de proteger-lhes efetivamente⁹⁰. Havemos de nos preocupar em buscar o modo mais seguro para garantir os direitos do homem, uma forma de coibir que sejam “letra morta”, cujas violações abundam a despeito das solenes declarações⁹¹.

Pois, é no reconhecimento de alguns direitos como fundamentais, em seu exercício diuturno e na efetiva proteção dos direitos fundamentais que se torna possível satisfazer o mínimo necessário para uma vida digna.⁹² E a recusa da defesa da dignidade do homem, é recusa do exercício de sua própria humanidade.

Não devemos olvidar que os direitos fundamentais são nitidamente históricos, pois surgiram aos poucos juntamente com a percepção de novas necessidades circunscritas a um certo tempo. Bobbio afirma que eles “nascem quando devem ou podem nascer”, pois as mutações da sociedade fazem brotar sempre novos carecimentos, em decorrências de novas condições de vida.⁹³

A positivação deles em um dado momento histórico é um tipo de resposta às reivindicações sociais prevalentes, assim os direitos fundamentais seriam dotados de um cunho propagandístico⁹⁴, mas não podemos resumir-los a isto.

Além da historicidade tais direitos são marcados por uma possibilidade de exigibilidade imediata, são vinculantes, em decorrência do disposto no artigo 5º, §1º, da CF/88, que clarifica a possibilidade de vindicá-los desde sua positivação.

Assim, eles vinculam a atuação do legislativo, do executivo e do judiciário. Tal vinculação tem um impacto tremendo afetando a própria pré-compreensão da

⁹⁰ BOBBIO, 2004, p. 80.

⁹¹ *Ibidem*, p.46.

⁹² No mesmo sentido FERNANDEZ, 1984, p.79.

⁹³ BOBBIO, 2004, p. 25-26.

⁹⁴ Antônio Hespanha destaca este cunho presente no direitos chancelados pela positivação legislativa, mas não os resume a isto apenas. Aliás sequer reduz a realidade jurídica à lei. Cf. HESPANHA, 1998, p.23.

judicatura, pois o judiciário não deve ser mais neutro e imparcial, mas compromissado com os direitos fundamentais.

A importância material de tais direitos resta ineludível quando olhamos para a cautela do constituinte ao prevê-los numa concepção materialmente aberta (art. 5, § 2º, CF).⁹⁵ Deixando claro que não são fundamentais apenas aqueles que ele expressamente previu, mas também aqueles que possam deles decorrer.

Vivemos o momento constitucional dos direitos fundamentais, sucessor da época da separação de poderes, nossa Constituição é, além de *norma normarum*, o *habitat* por excelência destes direitos, a morada dos princípios e a sede da soberania.⁹⁶

O controle de constitucionalidade e a rigidez das Constituições são garantias do sistema de vínculos substanciais nelas elencado. Disto resulta um novo paradigma de direito e de democracia: o Estado constitucional de direito.⁹⁷

A rigidez constitucional é um pressuposto para a existência de direitos fundamentais, sua fundamentalidade reside, também no fato de estarem sob o manto da supralegalidade da Constituição⁹⁸, pois se estes forem previstos em norma cuja alteração fica a mercê da atuação cotidiana de algum dos poderes, eles podem ser facilmente suprimidos. No caso brasileiro, exige-se quorum qualificado de votação de 3/5 nas duas casas legislativas em dois turnos.

A constituição “deve ser uma norma erigida sob o fundamento da igualdade essencial de todos os homens⁹⁹” e tem nos direitos fundamentais elementos integrantes de sua identidade e de sua continuidade¹⁰⁰.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p.92.

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=pt&nrm=isso>. Acesso: 14 de maio de 2007.

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. México: *Cuestiones constitucionales*. IJ-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/15/ard/ard5.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2007.

⁹⁸ DIMOULIS; MARTINS, 2007, p.54.

⁹⁹ PASSOS, J. J. Calmon de. *A constitucionalização dos direitos sociais*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2007.

¹⁰⁰ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. Ext 986, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-8-07, DJ de 5-10-07. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 abr. 2008.

Os direitos fundamentais surgem como forma de limitar o poder e evitar que os cidadãos fossem tolhidos inadvertidamente de suas liberdades ao alvedrio dos interesses dos órgãos estatais, trata-se, destarte de um plano vertical (relação soberano – súdito) de atuação.¹⁰¹ Tradicionalmente eles estavam subsumidos a este plano, modernamente, contudo, discute-se inclusive uma eficácia horizontal (relação súdito – súdito) dos direitos fundamentais, que foi pioneiramente aduzida pelo Tribunal Federal Alemão¹⁰² em 1958, no caso Lüth, ao decidir que os direitos fundamentais configuram uma 'ordem objetiva de valores', um mínimo ético a ser observado, resguardado e praticado em todas as esferas de relações interpessoais, e não mais apenas quando o Estado estiver em cena.

Direitos fundamentais, numa dimensão objetiva, significa que eles traduzem os valores de uma sociedade, e estes devem ser observados inclusive nas relações privadas¹⁰³. Pois, os direitos fundamentais têm a característica de “radiação” de seus efeitos para toda ordem, seja pública ou privada¹⁰⁴.

Uma das formas de se irradiar os direitos fundamentais para todas as relações seria através de cláusulas gerais (*Generalklausel*) que seriam a ‘porta de entrada’ (*Einbruchstelle*) deles inclusive no âmbito do Direito Privado¹⁰⁵. Assim, percebemos como exemplo o Código Civil de 2002 que é abarrotado de ‘cláusulas gerais’ e ‘conceitos jurídicos indeterminados’ no seu corpo e isto lhe asseguraria a operatividade de suas normas.¹⁰⁶ Pois tais cláusulas e conceitos transferem parte da valoração jurídica do legislador para o intérprete e favorecem uma certa aderência à realidade

¹⁰¹ TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2006, p.113.

¹⁰² É importante que ressaltemos a relevância da atuação da Corte Alemã na sedimentação da teoria dos direitos fundamentais. Talvez, ou exatamente, por ter sido palco das maiores atrocidades da 2ª Guerra a jurisdição constitucional na Alemanha se preocupou em esmiuçar o significado de tais direitos.

¹⁰³ Neste sentido ver SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.254-256.

¹⁰⁴ MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Berlin: Konrad Adenauer – stiftung, 2005, p.390.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. STF, RE 201.819 / RJ. O referido autor discorre no mesmo sentido em MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.125.

¹⁰⁶ Além da operatividade, também, são diretrizes básicas do Código Civil a eticidade e a sociabilidade. Para se aprofundar mais sobre o assunto, consultar: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

histórica¹⁰⁷, assegurando uma “liberdade de conformação do legislador nos limites do ‘sistema axiológico’ da Constituição.”¹⁰⁸

A Constituição traz um “sistema de valores”, cujo alicerce são os direitos fundamentais, fundando um Estado democrático e social. Ela não é apenas *base e fundamento* do ordenamento jurídico¹⁰⁹, mas epicentro dos valores fundamentais da nossa sociedade é um norte que obriga diversas previsões legislativas.¹¹⁰ Pois é a tradução normativa do consenso fundamental de uma sociedade, revelando os valores e ideais a pautarem as condutas nesta comunidade¹¹¹.

A Constituição enquanto um sistema por possuir ordem e unidade, elementos que, segundo Canaris, caracterizam um sistema enquanto tal. Ele destaca que é mais fácil identificar a “unidade externa”, pois no plano interno é mais difícil detectá-la. Pois neste a unidade seria determinada por um valor, no caso da nossa Constituição seria a Justiça Social. É através da interpretação, atividade imprescindível ao Direito, que poderemos vislumbrar o conteúdo finalístico de nossa Carta Política, que desde seu preâmbulo se baseou, ou seja, a decisão objetiva que redunde na harmonização social, que permite o desenvolvimento humano. O sistema é, portanto, um conjunto de elementos de ordem material ou ideal, vinculados por princípios e objetivos que se venham a definir uma relação.¹¹²

O espírito da constituição deriva da consciência de que a ordem constitucional é justa e legítima, de que seu conteúdo traduz anseios profundos ou corresponde a

¹⁰⁷ Sobre a abertura do sistema através de cláusulas gerais a prof^a Cristina Queiroz destaca “do ponto de vista metodológico, esta ‘abertura’ comporta uma ‘delegação’ em favor dos órgãos concretizadores. As ‘cláusulas gerais’ e os ‘conceitos jurídicos indeterminados’, para além de favorecerem uma certa aderência à realidade histórica, transferem parte da valoração jurídica do legislador para o intérprete.” QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.176.

¹⁰⁸ HÄBERLE, *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.54.

¹⁰⁹ QUEIROZ, 2005, p.169.

¹¹⁰ CLÈVE, Clémerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 387.

¹¹¹ CANOTILHO, 2003, p.1438.

¹¹² CANARIS, Klaus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2^a ed., 1996, p. 279.

necessidades imperiosas, tanto dos cidadãos como do ordenamento estatal¹¹³

Não se trata de panconstitucionalismo, mas de estarmos cômnicos de que o centro do ordenamento jurádico é a Constituição, pois como epicentro “ela é muito mais do que um simples conjunto normativo residente em lugar hierárquico preeminente”¹¹⁴. Ela é razão ordenante, paradigma central da atuação do Estado e estabelece a ordem a ser feita pelo operador jurádico.

A constituição é a ordem fundamental por conformar juridicamente o Estado e por fixar “o valor, a força e a eficácia” das demais normas do ordenamento.¹¹⁵ É um projeto existencial que serve de resposta ao passado e se renova diuturnamente, em um constante processo de construção e reconstrução, e é através dele que as regras nela dispostas como fundamentais se sedimentam como pilares da sociedade brasileira¹¹⁶

Assim percebemos que a ordem prevista pelo constituinte requer para conformação de todas as práticas estatais com os direitos fundamentais, mas para interpretar seus princípios e valores é necessário a utilização do método axiológico e indutivo, que “funda a jurisdição constitucional contemporânea, volvida mais para a compreensão do que para a razão lógica, de sentido formal, na aplicação da lei”¹¹⁷.

Com isso queremos clarificar que os direitos fundamentais não vinculam apenas o judiciário, mas também o legislativo e o executivo, mas é aquele que em sua atuação controla a constitucionalidade dos atos dos demais poderes que tem o dever de interpretar tudo que lhe for posto sob apreciação com o fito de enrobustecer os direitos fundamentais, ou seja, o judiciário deve analisar tudo com os óculos dos direitos fundamentais¹¹⁸

¹¹³ BONAVIDES, 2005, p.98.

¹¹⁴ CLÈVE, 2003, p. 387.

¹¹⁵ CANOTILHO, 2003, p.1441.

¹¹⁶ CLÈVE, 2003, p. 387.

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=pt&nrm=isso> Acesso:14 de maio de 2007.

¹¹⁸ Consentâneo como o posicionamento por nós defendido é aquele apresentado pelo profº Clémerson Clève: “o Judiciário para reclamar uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais e das normas constitucionais”. Em: CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. São Paulo: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.14, n.54, jan./mar. 2006, p.33.

Os direitos fundamentais estipulam os *princípios objetivos básicos* para a ordem constitucional de um Estado democrático, isto transmuda os direitos e liberdades fundamentais de meros direitos subjetivo em ‘preceitos negativos de competência’¹¹⁹, pontos que não podem ser suprimidos ao bel-prazer de quem quer que seja.

Os direitos fundamentais como *base e fundamento* de todo o ordenamento jurídico, uma Constituição que traz em si um sistema de valores, que prevê o fim¹²⁰ colimado pela atuação de cada uma das funções estatais. Pois na verdade, hoje, os direitos fundamentais não são mais uma problemática política, mas uma questão de justiça.

A preocupação com os direitos fundamentais ainda é algo em maturação no Brasil, que vive pela primeira vez em sua história um período tão longo de estabilidade democrática. O desenvolvimento de uma base teórica própria sobre o problema ainda é incipiente, o que mais se vê é a transposição de teorias que não podem ser aclimatadas a cultura brasileira, seria como defendermos que em Recife todas as pessoas devem usar sobretudos de lã porque é a última moda na Europa.

2.1.2 Algumas teorias sobre direitos fundamentais: mínimo existencial; reserva do possível e vedação do retrocesso.

A produção de eminentemente nacional sobre os direitos fundamentais não é vasta, pois continuamos a importar diversas teorias e tentamos aplicá-las aqui. Seria a importação acrítica de institutos e noções uma idiosincrasia brasileira? Às vezes é o que parece, pois como se falar em reserva do possível, que é uma forma de delimitar as

¹¹⁹ QUEIROZ, 2005, p.168.

¹²⁰ Esse destaque para o caráter teleológico dos direitos fundamentais é explicitado por Cristina Queiroz que argumenta “uma intervenção estadual não apenas como ‘limite’, mas ainda como ‘fim’ ou ‘ tarefa público-estadual’, ordenando concretos ‘deveres de proteção’ (Schutzpflicht) a cargo do Estado.” Cf. *Ibidem*, p.169.

obrigações do Estado de bem-estar social alemão¹²¹, em um país que sequer implementou o básico de forma igualitária. Sobre o assunto Agnes Heller enfatiza “o arranjo social moderno pode ser importado, mas a dinâmica que lhe corresponde, não. É grande o perigo de caos¹²²” a importação de teorias sem a existência de uma dinâmica social similar. Analisemos algumas delas:

A primeira que analisaremos é aquela que remete e defende a existência de um mínimo existencial no que concerne aos direitos fundamentais e este mínimo haveria de ser observado em tudo.

Essa ‘garantia de um mínimo social’ – ou ‘*standard* mínimo’ compreendido como ‘mínimo existencial’ – destina-se a evitar a perda total da função do direito fundamental, por forma a que este não resulte ‘esvaziado’ de conteúdo e, deste modo, desprovido de sentido. A busca por este “*standard* mínimo incondicional” é um conceito interpretado que vem sendo progressivamente fixado e desenvolvido numa perspectiva casuística, logo não pode ser tratado como um conceito fechado.¹²³

Assim, todos os direitos fundamentais estão englobados no conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, que seria a viga mestra para o mínimo existencial.¹²⁴

A necessidade de respeito a este mínimo existencial é uma decorrência, destaca Clemerson Clève, não apenas do princípio de dignidade da pessoa humana, mas, também, da eficácia positiva dos direitos prestacionais¹²⁵.

O referido autor discorrendo sobre o que seria este mínimo, obtempera o caráter indispensável de o delimitarmos, pois um mínimo garantidor da vida é

¹²¹ Remetemos à Alemanha pois ela tem sido terreno fértil na teorização dos direitos fundamentais após a segunda metade do século antecedente e tem sido a fonte na qual mais se tem ido buscar bases teóricas para tais direitos.

¹²² HELLER, Agnes. Uma crise global da civilização. In: HELLER, Agnes. et al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: contraponto, 1999, p.19.

¹²³ QUEIROZ, 2005, p.173.

¹²⁴ ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais nos estado Democrático de Direito. *Nomadas: Revista Crítica de Ciências sociais y jurídicas*. Disponível em: <<http://www.ucm.es/info/nomadas/15/dcalmeida.pdf>>, Acesso em: 01 dez. 2006.

¹²⁵ CLÈVE, p.37

indispensável, e vida como um direito não apenas de (sobre) viver, mas de viver dignamente¹²⁶.

Reconhecemos que o princípio de dignidade da pessoa humana impõe respeito à dignidade preferente do ser humano e que o direito é técnica para garanti-lo e não para obstaculizá-lo. E que o Estado tem o dever constitucional de cumprir com o mínimo garantidor desta dignidade¹²⁷. Carece, contudo, definir quais seriam as obrigações mínimas do poder público, que pudemos concretamente exigir como condição são a qual não há como falarmos em dignidade da pessoa humana.

Falar em dignidade da pessoa humana não é mera retórica, pois é um conceito permeado de normatividade constitucional e que deve servir de pontapé inicial para todo o ordenamento jurídico.¹²⁸ Quando vemos que pós-88 o debate em torno do tema se aprofundou e que normas editadas depois da CF têm procurado efetivar e salvaguardar diversos preceitos gerais nela previstos. Afinal, “o homem – e a sua ‘dignidade preferente’ – é um *fim* em si mesmo, não um meio ou instrumento na resolução de conflitos, que só podem, em última análise, ser aferidos perante os dados do ‘caso’.¹²⁹”

Ok, mas falta delimitarmos qual seria esse mínimo. Como fazer o *entrichment* – entricheiramento¹³⁰ – desse mínimo essencial entre direitos que já reputamos como fundamentais? Este é um problema ainda não enfrentado a contento pela doutrina.

E no BR vivemos um descalabro dos serviços públicos, é a vitória do descaso para com a vida, em nome de uma burocracia, falta de recursos, e qualquer outra desculpa, descurando-se do bem maior, que é a proteção da Vida.¹³¹

¹²⁶ No mesmo sentido ver BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 3. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.228, que afirma: Hoje, o direito à vida assume uma importância bem diferente, ainda mais se começarmos a tomar consciência de que ele está se estendendo cada vez mais, como resulta dos mais recentes documentos internacionais e da Igreja, à qualidade de vida.”

¹²⁷ CLÈVE, p.38.

¹²⁸ Corroborando a nossa idéia veja: QUEIROZ, 2005, p.174: “A *dignidade da pessoa humana* não se apresenta como um conceito vazio de conteúdo. [...] É um conceito *valorativo*, um *valor constitucional*, que se apresenta como ‘fundamento’ e ‘base’ da ordem jurídico-constitucional.

¹²⁹ QUEIROZ, 2005, p.174.

¹³⁰ Cf. AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹³¹ WASHINGTON, Aroldo José Washington. *Justiça Federal*. TRF 3. 4^a. Vara. Processo 2001.61.00.027898-6.

A definição desse mínimo é uma tarefa árdua, pois a busca por tal referencial mínimo depende do momento histórico, da pré-compreensão da comunidade que representa os fatores reais de poder sobre quais seriam essas necessidades humanas ainda mais fundamentais, a constituir o mínimo que deve ser de pronto observado. É matéria ainda por demais indeterminada.

Mas, num país com a desigualdade social gritante como o nosso e com a aterradora desaplicação fática das garantias constitucionais aflora ainda mais relevante que nos debruçemos sobre o estudo dos direitos fundamentais e possamos definir qual é este mínimo existencial para nós.

Outra teoria acerca dos direitos fundamentais que foi importada para o Brasil nos últimos anos é aquela que vislumbra uma limitação para o dever estatal de implementar os direitos fundamentais na reserva do possível daquilo que o Estado de fato pode fazer.

A cláusula da reserva do possível surge de uma decisão emblemática da corte constitucional alemã sobre a impossibilidade de obrigação do poder garantir acesso a educação a todos.

É complicado defendermos a preponderância de cláusulas constitucionais intangíveis por terem que ficar exclusivamente à mercê do interesse dos legisladores em deliberar sobre elas ou à boa vontade dos mesmos para que as previsões garantidoras de direitos fundamentais sejam lembradas na previsão orçamentária. Daí ser importante a ressalva de que:

*a reserva do possível não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.*¹³²

Tal regra não pode ser transportada para um país como o Brasil que sequer assegura saneamento básico a sua população, e assim sendo falha sem assegurar o mais básico dos direitos o direito à vida.

em:<http://www.jfse.jus.br/noticiasbusca/noticias_2001/novembro/decexternaaidas_aroldo_sp.html>.

Acesso em: 08 out. 2007.

¹³² CLÈVE, p.38-39.

Ainda mais se imaginarmos que quando ventilada pelo poder público tal teoria tem a finalidade de respaldar a escusa do poder público em cumprir sua obrigação de assegurar e implementar os direitos fundamentais.

A adoção de tal teoria seria impingir a extirpação dos direitos econômicos, sociais e culturais pode-se argumentar, pois como tais direitos pressupõem um agir do Estado e para ele agir é necessário a devida rubrica orçamentária, eles sempre exigem a ponderação em face de outros bens e princípios constitucionais, como garantia do equilíbrio financeiro. Não que estejamos relevando a importância da cautela com as finanças públicas, mas o que questionamos é a deturpação de uma teoria desenvolvida em um contexto completamente diverso do nosso para respaldar a inoperância legislativa e a falta de comprometimento do poder público com os direitos fundamentais.

Tal teoria, *data vênia*, não vemos como ser defendida em terra pátria, pois viraria uma justificativa meramente retórica para inércia do Estado.

Por fim, dentre as teorias que no propusemos a analisar como as de maior relevo no estudo da teoria dos direitos fundamentais destacamos, ainda, a da *vedação do retrocesso*, que seria uma corolário da dignidade preferente do homem¹³³, seria a proibição de que a ação estatal de implementação dos direitos fundamentais pudesse ser desfeita, ou seja, é como se defendêssemos que há sempre o que crescer na defesa do homem e nada a retirar.

Essa é dentre as três teorias importadas para nossa jurisprudência (inclusive a do STF, graças a Gilmar Mendes) a única que pode ser de grande valia para nós. Pois nós sequer implementamos todos os direitos fundamentais e já discutimos maneiras de flexibilizá-los. Como a teoria defende sobre a impossibilidade de se voltar a um número menor de garantias do que as já conquistadas. É como se o rol de direitos fundamentais sempre tivesse que andar para frente e nunca para trás.

Então se determinado nº de leitos em UTI já é assegurado pelo Estado, este não pode fazer um corte orçamentário e reduzir o financiamento de algo que já foi feito.

¹³³ ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais nos estado Democrático de Direito. *Nomadas: Revista Crítica de Ciencias sociales y jurídicas*. Disponível em: <<http://www.ucm.es/info/nomadas/15/dcalmeida.pdf>>, Acesso em: 01 dez. 2006.

2.2 Evolução dos direitos fundamentais: sobre as dimensões de direitos

Destacamos, primeiramente, a imprecisão terminológica de gerações¹³⁴, pois este termo traz em si uma idéia de superação da geração antecedente pela que a sucede e isto não ocorre com os direitos fundamentais. Pois cada nova geração na verdade agrega um novo enfoque sobre os direitos essenciais para o homem que é um indivíduo único, é um ser social, é, também, familiar, etc... Por isso preferimos falar nas diversas dimensões dos direitos fundamentais¹³⁵.

A precisão terminológica se faz necessária para que afora se expurgue a idéia de suplantamento de uma dimensão pela outra, também, fique clarificado que não há hierarquia entre direitos fundamentais.

Assim, é importante, também, deixar claro que não existe prevalência¹³⁶, nem concorrência, há complementação. Daí falarmos na indivisibilidade dos direitos fundamentais, que teriam na dignidade da pessoa humana sua unidade de convergência.¹³⁷

¹³⁴ Em sentido contrário vide: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 233-234: que defendem que o termo gerações explicita a ordem de surgimento de tais direitos e a historicidade inerente a eles.

¹³⁵ Diversos autores a sua maneira também trazem essa crítica conforme notamos em SARLET; AGRA; DIMOULIS.

¹³⁶ Em consonância com o por nós esposado vide: GLANZ, Aída. *Os direitos sociais e a moderna teoria da constituição*. Disponível em: <<http://www.prt1.mpt.gov.br/AidaArtigoDecisorioTrabalhista.doc>>. Acesso em: 12 jan. 2007. que diz “não há *a priori* a prevalência de direitos individuais sobre direitos sociais, mas ponderação, em cada caso concreto, dos direitos que mereçam prioridade sobre os demais. Os direitos sociais podem ser tão vitais quanto os individuais, sendo irrelevante o fato de serem direitos positivos em contraposição aos direitos individuais negativos”.

¹³⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.42. Ainda George Marmelstein destaca a dignidade da pessoa humana como a *ratio essendi* dos direitos fundamentais, pois eles estão sempre a serviço dela. Cf.: LIMA, George Marmelstein. *Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*. Monografia apresentada na especialização de Direito Público promovida pela UERJ em parceria com o CJF. Disponível em: <www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2008.

A primeira dimensão¹³⁸ é marcada pelo caráter individualista de suas preocupações, sua síntese pode ser traduzida nos anseios burgueses¹³⁹ de *vida, liberdade e propriedade*, são exigências de não intromissão indevida do soberano nessas esferas da vida individual. Estes direitos teriam um caráter negativo, por exigirem, sobretudo, uma não atuação do Estado.

Podemos aproximar a referida faceta dos direitos fundamentais à teoria liberal, pois seriam direitos de autonomia do indivíduo ou de defesa; são normas que repartem a competência entre o Estado e os cidadãos; teriam uma natureza individual unicamente uma preocupação com a liberdade pura *freiheit in se*.¹⁴⁰ Exemplo de tais direitos é a categoria jurídico-dogmática das liberdades, caracterizadas por posições subjetivas defensivas¹⁴¹.

Essa primeira dimensão não resguardou apenas uma liberação política das opressões do soberano, mas, também, uma liberação da liberdade de livre pensamento de cada indivíduo, que passa a ser sujeito dos direitos que as garantem.

A revolução francesa, como revolução lingüística, defendeu direitos de caráter eminentemente individuais, desenvolvendo a noção de direito subjetivo¹⁴², propiciou o surgimento de um universo léxico – de direitos – diferenciado, que servirá de base para desdobramentos futuros que desembocarão no rol de direitos fundamentais tal como conhecemos.

Resguardado os direitos do homem ante ao poder político, percebe-se que também carecia de proteção diante do poder econômico, a liberação econômica do homem vem à baila.

¹³⁸ A escolha pelo vocábulo dimensões por entendermos que o termo gerações traz em si a idéia de superação de uma geração pela subsequente e como não há hierarquia entre os direitos fundamentais optamos falar em suas dimensões, pois estas são na verdade facetas diferenciadas do mesmo fenômeno, como se fosse olhares diversos da mesma coisa.

¹³⁹ Não há na escolha do termo nenhum demérito, mas um destaque o momento histórico de seu surgimento.

¹⁴⁰ CANOTILHO, 2003, p.1396.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 1259-1260.

¹⁴² Eduardo Enterría afirma que a construção da noção de direito subjetivo é fruto do universo léxico novo que se desenvolveu a partir da revolução francesa. Cf. ENTERRÍA, 1995, p.46.

A segunda dimensão já requer do Estado uma atuação, não apenas uma omissão. Daí falar em caráter positivo de tais direitos. As normas consagradoras de direitos fundamentais sociais impõem políticas públicas socialmente ativas¹⁴³.

Tais direitos sociais, culturais e econômicos são destinados ao homem enquanto ser participante de uma coletividade e visa assegurar um mínimo de igualdade entre os homens.

Se entendermos que cumpre ao Estado enquanto tal propiciar o mínimo de liberação econômica ao homem, mediante prestações positivas que alcem todas as pessoas a condição de sujeitos capazes de se manterem dignamente, então, estamos entendendo que toda e qualquer pessoa pode cobrar ações estatais para implementá-los. Se assim o fizermos, estaremos defendendo que a omissão dos governantes propicia o surgimento de um interesse de agir para quem faz jus a tal prestação e não a recebe. Ora, se essa contenda terá seu deslinde pela via judicial, logo, estamos reconhecendo que o juiz pode mandar que o poder público faça o que foi constitucionalmente garantido.

A princípio tal linha de defesa é bastante complexa, haja vista a existência da teoria de repartição funcional do poder que já estudamos e a necessidade de prévia rubrica orçamentária para toda atuação do Estado. Mas, pode ser que hoje percebamos a enorme premência de efetividade dos direitos fundamentais e que em prol deles estejamos dispostos a revisitar a significação de nossos institutos. Bem, continuaremos tal discussão ao longo do trabalho, por hora, nos detenhamos em examinar a dimensão que surge a partir do valor *solidariedade*.

A terceira dimensão se traduz numa preocupação com o meio ambiente. São direitos que tem como principal vetor a fraternidade. São direitos cujo destinatário é o homem enquanto participe de uma realidade além das suas necessidades enquanto indivíduo ou sociedade, mas enquanto parte da natureza.

Cada uma das três dimensões acima apresentadas destaca um determinado princípio: o *princípio da liberdade* é realçado pelos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais —;

¹⁴³ CANOTILHO, 2003, p.408-409.

já o *princípio de igualdade* é acentuado pelos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) —, que são as liberdades positivas, reais ou concretas —; por seu turno o *princípio de solidariedade* é salvaguardado pelos direitos de terceira geração que constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, eles materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais.¹⁴⁴

Se lermos detidamente o preâmbulo de nossa constituição veremos que os princípios supra relacionados com as duas primeiras dimensões, liberdade e igualdade, são considerados pelo constituinte base do próprio Estado brasileiro¹⁴⁵. E não devemos diminuir a importância de comissão de recepção, haja vista a feliz analogia ventilada por Pinto Ferreira entre os preâmbulos das constituições e os portões dos templos. Não é uma peça inútil, pois seus dizeres “resumem e proclamam o pensamento primordial e os institutos dos que a arquitetaram”.¹⁴⁶

Modernamente, fala-se em uma quarta dimensão que seriam os direitos do homem enquanto partícipe de uma sociedade politizada, então inclui as preocupações relativas à democracia, ao voto, ao aprimoramento do regime democrático¹⁴⁷; quem sabe uma quinta dimensão a dos direitos “pós-materiais, em que busca analisar as implicações éticas decorrentes das pesquisas científicas¹⁴⁸” bioética, biodireito.

Não deteremos esforços em defender a existência de 3, 4 ou 5 dimensões dos direitos fundamentais, pois fugiria ao objeto do nosso trabalho, interessa-nos a segunda dimensão. Esta é marcada por um olhar do mínimo social que deve ser prestado pelo

¹⁴⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-95, DJ de 17-11-95. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 29 abr. 2008.

¹⁴⁵ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Vide o preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a *liberdade*, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a *igualdade* e a justiça como valores supremos de uma sociedade *fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

¹⁴⁶ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.79.

¹⁴⁷ AGRA, 2006, p. 143.

¹⁴⁸ Cf. LUÑO PEREZ, Antônio Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1999, p. 510.

Estado para que a pessoa possa ter uma vida, pois esta sem dignidade perde a sua essência.

No Brasil ante a miséria e gritante desigualdade social é complexo pensarmos em focar outros direitos que não sejam aqueles que podem propiciar uma diminuição da desigualdade. Pois, enquanto em nosso país houver pessoas que para sobreviver têm que disputar com urubus nos lixões comida e sustento, não poderemos nos afastar da discussão sobre os direitos de segunda dimensão.

Os direitos fundamentais não constituem um projeto individual, mas social. Qual a sociedade que queremos? De nada vale ser sujeito de direitos sozinho, pois “somente pressupondo o outro é que eu posso adequadamente compreender-me como sujeito de direitos humanos¹⁴⁹”.

Cada nova dimensão descortinada representa um incremento na percepção societária acerca da mudança de carecimentos do homem no passar do tempo, segundo Bobbio¹⁵⁰. Tal análise do italiano nos parece deveras próxima da compreensão de Agnes Heller¹⁵¹ acerca do incremento das necessidades humanas nas sociedades hodiernas.

2.3 Direitos fundamentais sociais

São os direitos de segunda geração, não exigem mais apenas um *non facere* do Estado, mas um *facere*. Daí sua implementação passa, indubitavelmente por uma decisão política fundamental, na acepção mais lassaliana do termo.

¹⁴⁹ GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.226.

¹⁵⁰ BOBBIO, 2004, p. 60-64.

¹⁵¹ HELLER, Agnes. *Uma revisão de la teoria de las necesidades*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1996, p.111.

Os direitos fundamentais sociais tem por marco histórico a constituição mexicana de 1917, primeira carta de direitos a elencar direitos que transcendiam a esfera da homem enquanto indivíduo apenas, trazendo uma faceta do homem enquanto animal gregário, que se organiza em sociedade.

Outro marco importante na positivação desta dimensão de direitos é a constituição de Weimar, no Brasil eles passam a ser previstos de forma desordenada ao longo da constituição de 1934, só sendo organizados e indubitavelmente alocados no rol dos direitos fundamentais pelo constituinte com a constituição de 1988¹⁵².

“Os direitos de segunda dimensão produzem uma simbiose entre o Estado e a sociedade, propiciando que a igualdade saia da esfera formal e adentre na esfera material”¹⁵³. Não se preocupa apenas em garantir o pleno usufruto de prerrogativas individuais já existentes, mas implementar direitos a toda e qualquer pessoa.

Há uma perigosa linha de pensamento que nega completa efetividade aos direitos sociais, pois nega a eles o caráter de fundamentalidade, através de uma interpretação esdrúxula e exclusivamente topológica dos direitos sociais por estarem fora do artigo 5º¹⁵⁴. É um absurdo pensarmos que os direitos sociais não seriam direitos fundamentais por não serem cláusulas pétreas¹⁵⁵, este argumento é rechaçado com facilidade ao pensarmos na indivisibilidade que pauta os direitos fundamentais. Onde ressaí que a chancela estatal dos direitos sociais tem que ocorrer a luz da teoria dos direitos fundamentais.

¹⁵² PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucária. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, a. 8, n. 15, abr. 2006, p.128-146. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/282/28281509.pdf>> Acesso em: 12 jan. 2007.

¹⁵³ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.1201.

¹⁵⁴ Merece destaque a ressalva feita por Dayse Almeida: “Em que pese a topologia constitucional não privilegiar a vertente de pensamento que acolhe os direitos sociais como fundamentais, sua essencialidade reside em sua ligação aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, valores albergados na principiologia constitucional, consagrados doutrinária e jurisprudencialmente”. Vide: ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais nos estado Democrático de Direito. *Nomadas: Revista Crítica de Ciencias sociales y jurídicas*. Disponível em: <<http://www.ucm.es/info/nomadas/15/dcalmeida.pdf>>, Acesso em: 01 dez. 2006.

¹⁵⁵ O artigo 60, § 4º fala em direitos individuais.

O fato de tais direitos serem previstos em normas classificadas em normas constitucionais programáticas¹⁵⁶, também, retirou-lhes durante muito tempo possibilidade de serem efetivados, pois seriam dotados de uma densidade normativa menor. Mas, devemos perceber que isso não significa que sejam dotados de uma mera eficácia ético-política diretiva. Pois, gozam de incontestável valência normativa¹⁵⁷. Os direitos fundamentais não são enunciados sem força, presos ao acaso da boa vontade do legislador.

É preferível que falemos em direitos de eficácia progressiva, o que não se confunde com eficácia diferida no tempo, como norma programática, limitada. O fato de estarem chancelados na Constituição já os dota de alguma normatividade, conforme destacamos, são direitos que produzem uma eficácia negativa, constituindo-se em “parâmetro de constitucionalidade, invalidando atos, inclusive normativos”. Com maior limitação eles também são dotados de uma eficácia positiva, pois tais direitos criam situações jurídico-subjetivas de vantagem.¹⁵⁸ Citemos como exemplo as garantias de férias, repouso semanal remunerado.

Não se trata de direitos oponíveis contra o Estado, mas realizáveis ATRAVÉS dele¹⁵⁹, por isso as normas consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais são previsões de caráter aberto com vista a permitir uma multiplicidade de concretizações.¹⁶⁰

Nem sempre o destinatário é só o Estado, direito a greve e a liberdade sindical são exemplos de direitos destinados à generalidade dos cidadãos. Com isto, lembramos de frisar a heterogeneidade que marca o grupo de direitos assegurados no

¹⁵⁶ O ponto x é que o encarceramento dos direitos fundamentais sociais no conceito frágil e patético de normas programáticas não faz sentido, uma vez que os valores sociais são os pilares do Estado Democrático de Direito. Com entendimento similar olhar: ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais nos estado Democrático de Direito. *Nomadas: Revista Critica de Ciencias sociales y jurídicas*. Disponível em: <<http://www.ucm.es/info/nomadas/15/dcalmeida.pdf>>, Acesso em: 01 dez. 2006.

¹⁵⁷ A força normativa de todos os preceitos constitucionais goza de ampla aceitação universo jurídico, sobretudo, em uma perspectiva de valorização dos princípios constitucionais insertos explícita ou implicitamente pelo constituinte.

¹⁵⁸ CLÈVE, p.37.

¹⁵⁹ KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.19.

¹⁶⁰ QUEIROZ, 2005, p.177.

rol dos direitos sociais pelo constituinte de 1988, seja no que concerne à forma de positivação, ou ao seu conteúdo¹⁶¹.

Os direitos abarcados no artigo sexto de nossa constituição são, de fato, muito heterogêneos *moradia*, deve o Estado assegurar casa para todas as pessoas, em um país que não tem saneamento básico nem em 100% de suas capitais, sem esgotos como garantir a *saúde*¹⁶², esta é assegurada com tratamentos caríssimos para doenças raríssimas ou é assegurar a medicina preventiva? educação, trabalho, lazer, segurança, que é dever do Estado, mas um direito e responsabilidade de todos nós, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio¹⁶³; a previdência social, a proteção à *maternidade* e à *infância*, a assistência aos *desamparados*, a assistência social¹⁶⁴

A implementação dos direitos sociais está intrinsecamente ligada à riqueza de um país¹⁶⁵, mas não há como argumentarmos que o Brasil seja um país pobre... Afinal, trata-se de uma das dez maiores economias do mundo. O problema brasileiro é a desigualdade social e a falta de comprometimento em diminuí-la. É de uma incoerência gritante termos tantos direitos sociais garantidos e tantas pessoas vivendo abaixo da linha de pobreza¹⁶⁶, sem nenhuma condição de subsistência, sem honra, e “sem a sua honra se mata, se morre¹⁶⁷.”

¹⁶¹ SARLET, 2005, p.16.

¹⁶² O constituinte parece priorizar a medicina preventiva, vide o Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁶³ Artigo 144, CF/1988.

¹⁶⁴ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à *maternidade*, à *infância*, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

¹⁶⁵ Merece destaque a análise de Clémerson que diz: “os direitos fundamentais sociais, é necessário ter clareza quanto a isso, são direitos de satisfação progressiva, cuja realização encontra-se estreitamente ligada ao PIB (Produto Interno Bruto) e, portanto, à riqueza do país.” Cf. CLÈVE, p.34.

¹⁶⁶ Perplexidade com a incongruência de tal situação é também mostrada por Rita Ippólito ao afirmar que “constitui um paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com maior economia do mundo e possua

Os direitos fundamentais sociais são direitos a serem implementados progressivamente, sim, pois não há como resolver tudo de uma única vez. Mas, isto só ocorre se houver comprometimento¹⁶⁸ de todos com o “projeto emancipatório”¹⁶⁹ que eles revelam.

A constituição apesar de ser o ápice do sistema¹⁷⁰ e ser o centro axiológico do ordenamento jurídico é paulatinamente desrespeitada pelo Estado e pela sociedade, inclusive na não implementação dos direitos sociais.

2.4 Jurisdição enquanto direito fundamental de garantia dos demais direitos: limites

uma constituição extremamente avançada no que diz respeito aos direitos sociais, enquanto uma grande parcela de seus habitantes continuam vivendo abaixo da linha de pobreza. A maioria dessas pessoas não encontram um atendimento de qualidade mínima nos serviços públicos de saúde, assistência social – vivem em condições precárias de habitação, alimentam-se mal ou até passam fome.” Cf. IPPÓLITO, Rita Marasco. Efetivação dos direitos fundamentais sociais. Disponível em: <<http://www.ucpel.tche.br/direito/revista/vol4/05.doc>>, Acesso em: 20 jan. 2007.

¹⁶⁷ Trecho da música Menino guerreiro de Gonzaguinha.

¹⁶⁸ Causa grande perplexidade por isso percebermos não existe esse comprometimento por parte do governo brasileiro, assim concordando com Clemerson Clève, espanta-nos que “O Estado brasileiro, antes de apresentar-se como um instrumento de realização dos direitos fundamentais, porta-se como um aparelho desviante que, ao invés de distribuir, vai autorizando a concentração de riquezas. Uma simples operação aritmética é suficiente para demonstrar que os gastos do país com educação, saúde e habitação (em síntese, com os direitos sociais) corresponde a um montante muito inferior ao dispendido, por ano, apenas com o serviço da dívida pública. Não se está a afirmar que a dívida pública não deva ser honrada. Afirma-se, apenas, que é imperiosa a adoção de um modelo econômico diferente, que adote como prioridade não os interesses do mercado financeiro, mas antes a realização dos direitos fundamentais. Um modelo de desenvolvimento inclusivo, democrático, em tudo distinto do modelo econômico excludente e concentrador que, praticado nos últimos anos, vai afastando cada vez mais o país das promessas constitucionais.” Cf. CLÉVE, *op. cit.*, p.39.

¹⁶⁹ A expressão é utilizada por Dayse Almeida ao dizer que “os direitos fundamentais sociais em seu cerne possuem um projeto emancipatório fascinante, assim como possuem todos os direitos fundamentais, uma vez que lutando por estes direitos e sua efetivação constrói-se a emancipação real do ser humano.” Cf. ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais nos estado Democrático de Direito. *Nomadas: Revista Crítica de Ciências sociais y jurídicas*. Disponível em: <<http://www.ucm.es/info/nomadas/15/dcalmeida.pdf>>, Acesso em: 01 dez. 2006.

¹⁷⁰ Sobre a temática é de grande relevância a obra de Marcelo Neves sobre o processo de constitucionalização simbólica que permeia nossa sociedade. Ivo Dantas também discorre destaca que nem sempre os poderes respeitam da forma devida o lugar que a constituição ocupa no sistema: “Ainda vivemos apesar do que fazem o Executivo, o Legislativo e, às vezes, até o Judiciário de não o respeitarem em um *Estado de Direito, onde a Constituição ocupa o seu ápice*.” In: DANTAS, Ivo. Jurisdição constitucional e a promoção dos direitos sociais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 449.

O crescimento de importância dada pela comunidade jurídica às garantias constitucionais tem ampliado significativamente a interação constituição e processo.

A constituição no dizer de Hesse não é apenas um *sein* (ser), mas um *sollen* (dever ser) e esse dever ser é efetivado diuturnamente pelo judiciário que passou “a implementar direitos sociais, com propósitos compensatórios e distributivos”¹⁷¹

A própria garantia constitucional de uma jurisdição inafastável é um direito fundamental social, e devemos perceber que considerar “o direito à tutela jurisdicional como um dever estatal implicará em uma série de obrigações àquele que de acordo com a previsão da Constituição deva realizar a atividade prestacional.”¹⁷²

E mais se a tutela jurisdicional¹⁷³ é o dever do Estado em contraposição ao direito subjetivo de ação, de provocar a jurisdição¹⁷⁴ e é o meio de vindicar a implementação dos direitos fundamentais, então, toda e qualquer pessoa pode provocar o judiciário para garantir o exercício de um direito fundamental.

Assim a jurisdição, enquanto garantia inafastável “é o eixo em torno do qual outras promessas gravitam, no contexto do zelo político-constitucional pela efetividade dos direitos e conseqüente exaltação da condição humana.”¹⁷⁵

¹⁷¹ CALMON, Eliana. As gerações dos direitos e as novas tendências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.) *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p.157.

¹⁷² Tradução livre nossa com base no original: “Configurado el derecho a la tutela judicial como un derecho prestacional, conllevará una serie de obligaciones por parte de quien, con arreglo a la Constitución, deba realizar la actividad prestacional.” GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3.ed. Madrid: Civitas, 2001, p.53.

¹⁷³ “A promessa fundamental de tutela jurisdicional reside na garantia de *inafastabilidade da tutela jurisdiccional*, que [...] é a expressão moderna do que tradicionalmente vinha tratado e denominado, por um prisma muito mais técnico que político, como *garantia constitucional da ação* (Const., art. 5º, inc. XXXV)” em DINAMARCO, Cândido Rangel. Universalizar a tutela jurisdicional. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista4/04.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2008.

¹⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Universalizar a tutela jurisdicional. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista4/04.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2008.

¹⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Universalizar a tutela jurisdicional. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista4/04.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2008.

O poder judiciário tem, através do controle de constitucionalidade, um papel de grande relevância no sistema, pois é dele a competência de dizer em última instância se os atos estão ou não em coerência com a Constituição e com os direitos fundamentais.¹⁷⁶

Ora pode parecer óbvia a afirmação de Hesse de que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade¹⁷⁷”, contudo quando se pretende analisar a problemática eficácia dos direitos fundamentais sociais parece-nos premente refletir sobre a intrincada relação entre as normas e as condições históricas de sua realização.

O direito se pretende *para*, mas para sua plena eficácia ele depende de condições que transcendem o jurídico, sejam elas de ordem natural, técnica, econômica ou social. Logo, “a pretensão de eficácia das normas jurídicas somente será realizada se levar em conta essas condições.”¹⁷⁸

Quais eram as condições sociais na constituinte de 1988? O país vivia um momento de abertura política, almejava-se um salto para a democracia e para a plena garantia de direitos fundamentais que foram tão desrespeitados nos anos antecedentes a ela. Qual era o ideário político? A construção de Estado Democrático de Direito.

Diversas garantias foram constitucionalizadas, criando um complexo programa de governo a ser realizado *ad futurum*. A omissão estatal em buscar meios de concretização destes direitos agrava a crise de legitimidade constitucional e o sentimento prevalente é o de descrédito na normativa constitucional. De que adianta estar na Carta Política se não é efetivo?

Compete ao judiciário efetivar tais previsões? Depende de qual é a pré-compreensão que temos da judicatura. Se dotarmos a jurisdição do sentido de meio de garantir outros direitos, então, passa a ser possível defender uma atuação pró-ativa do judiciário em defesa dos direitos fundamentais.

¹⁷⁶ Também, neste sentido vide DANTAS, p.450, que afirma: “fundamental será o permanente papel do Poder Judiciário como Fiscal das Reformas Constitucionais, por intermédio do *Controle de Constitucionalidade*”.

¹⁷⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.14.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p.16.

E o problema de atrelamento da atuação estatal a previsão financeira e orçamentária feita nas leis, de que adianta o judiciário condenar se não haverá como o Estado cumprir tal decisão.

É necessário se ter muito cuidado em analisar até onde judiciário pode ir, pois é muito bonito dizer que jurisdição no estado Constitucional é o meio de se garantir eficácia a direitos fundamentais, mas pensemos no seguinte problema a educação é um direito constitucionalmente assegurado, cuja fundamentalidade não se discute, nem se pode olvidar, num município existe apenas uma escola, que não é capaz de atender a todas as crianças nele residentes. Neste município existe uma comunidade que não tem como chegar a cidade a não ser atravessando o canal de esgoto em uma taipa. A administração pública ao dispor os poucos recursos determinou a construção da ponte. Eis o ponto onde queríamos chegar: pode o magistrado com o fito de assegurar o direito a educação invalidar a decisão administrativa e alocar os recursos para construir uma escola??? Não, eis o problema.

Se defendermos isso estaremos defendendo uma tirania togada.

Não podemos esquecer que o Estado só pode alocar os recursos conforme previsão orçamentária. As vezes me parece que os próprios operadores jurídicos “jogam para a platéia” ao dizer que o judiciário tem sim que fazer valer toda a previsão constitucional e atender a demanda de qq um que o provoque para assegurar um direito fundamental. Ok! A demanda tem que ser atendida, mas e há recursos para isso? E mais: os recursos do Estado podem ser manejados pela mera previsão judicial? Parece-nos que os que falam isso esquecem da necessidade de previsão orçamentária, que na repartição de competências não têm ingerência do judiciário.

Num paralelo simples, mas que pode ser bastante elucidativo, é como se ordenasse uma pessoa que já estourou o cheque especial a comprar algo. Ora, sem disponibilidade de recursos como ela poderá fazê-lo? Sem previsão orçamentária como poderá o Estado cumprir fielmente todas as decisões judiciais que garantam a efetivação de um direito social???

É como se esquecêssemos que o problema não é apenas jurídico, mas que envolve uma série de imbricações das mais diversas ordens: vontade política, interesse da sociedade, etc...

A necessidade de uma atuação do judiciário comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais seria um reclame da democracia, pois “zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura).¹⁷⁹”

Prever direitos que não são efetivados é brincar com o povo e com o valor da constituição, que passa a ser nada além de uma folha de papel. Mas, não podemos esquecer que o judiciário não é a panacéia para o problema da desigualdade social brasileira.

Ademais, para que sejam criadas condições de exercício dos direitos é imperioso um comportamento estatal ativo para divulgá-los, pois, culturalmente, quanta mais distante for o judiciário da população maior será o seu descrédito na demanda judicial como modo civilizado e eficaz de solucionar conflitos.

Não há como o Estado efetuar despesas sem a rubrica na dotação orçamentária, sem previsão no orçamento não há despesa.

Repetimos a efetividade dos direitos fundamentais é uma problemática que transcende em muito o âmbito meramente jurídico, na verdade, traz uma serie de questões metajurídicas as quais o judiciário não pode de per si resolver.

A defesa de uma implementação progressiva dos direitos sociais tem por base a impossibilidade fática de efetivá-los todos de uma só vez, o que, contudo, em nada se confunde com limitar-lhes a normatividade ou adiá-la indeterminadamente.

Defendemos a implementação do programa constitucional, mediante um orçamento comprometido com os valores insertos na Carta Política, pois sabemos que os direitos fundamentais sociais não serão solucionados no plano exclusivamente jurídico, pois são problemas que transcendem e muito o plano de atuação do judiciário,

¹⁷⁹ CLÈVE, *op. cit.*, p.36.

eles exigem uma implementação lenta e gradual através do fortalecimento de políticas públicas voltadas para eles. Isto pressupõe, também, uma sociedade civil “consciente da singularidade dos direitos de satisfação progressiva, escolher a velocidade dos gastos sociais e proceder as escolhas viáveis dentro de um quadro de escassez de recursos¹⁸⁰”.

E entendemos que esta implementação gradual pode, sim, ser sindicada pela via judicial, haja vista o direito de provocar a tutela jurisdicional, assegurado no princípio da inafastabilidade – que pressupõe a tripartição das funções estatais¹⁸¹ –.

É um direito-garantia: é um direito de poder buscar, sem óbices e de forma universal, salvaguardar no judiciário os demais direitos, sendo assim, também, uma garantia dos demais preceitos do ordenamento jurídico. Isto posto, daremos destaque a sua tradução constitucional: o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

¹⁸⁰ CLÈVE, p.37.

¹⁸¹ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31.

3 A UNIVERSALIDADE DA JURISDIÇÃO

*A jurisdição deve permitir a garantia dos princípios constitucionais, como forma de bem decidir*¹⁸²

3.1 Acerca dos princípios

A redução ôntica do fenômeno jurídico à lei, como sua principal – se não única – forma perceptível é possibilitada pela conjunção de uma série de fatores no século XVIII: secularização do direito; ascensão burguesa; paradigma cartesiano para as ciências propiciando as bases para o positivismo.

O direito seria a norma posta e a interpretação um instrumento de tornar clarividente a intenção do legislador ao promulgar o postulado legal examinado.

Hoje, não mais se pode limitar o jurídico à lei, pois esta é apenas uma das formas possíveis de percepção da normatividade de um ordenamento. Ainda que as regras explicitadas em um texto legislativo sejam a norma que podemos perceber prontamente, subjaz, latente e implícito, aguardando a compreensão do interprete os princípios que explicitam a essência da norma, sua razão de ser.

Etimologicamente, a palavra princípio remete à idéia de início, principal, começo e de fato podemos destacá-lo como: “preceito, regra, causa primária, proposição, começo, origem”¹⁸³; já na linguagem jurídica seria a máxima; ou a doutrina dominante; ou o alicerce de um direito.¹⁸⁴ A filosofia terá os princípios como as “proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado”¹⁸⁵, ou seja seria o postulado básico de toda e qualquer ciência, daí

¹⁸² RULLI JÚNIOR, Antônio. *Universalidade da jurisdição*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 103.

¹⁸³ GUIMARÃES, Deocleciano Torieri. *Dicionário técnico jurídico*. São Paulo: Rideel, 1995. p. 450.

¹⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3. p. 717.

¹⁸⁵ HOLLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Aurelio*. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1988. p. 529.

podermos utilizar o referido termo pelos diversos ramos do saber, pois “não se faz ciência sem princípios”¹⁸⁶.

Destacamos que, inicialmente, os juristas concebiam os princípios como mero vetores interpretativos. Entretanto, no pós-positivismo há uma mudança nessa postura. E é sob a ótica de que os princípios gozam de valência normativa e não se caracterizam mais, apenas, como viés hermenêutico que entendemos ser importante distinguir as diversas formas de expressão jurídica: norma, texto, regra e princípio, através de uma visão humanizante da hermenêutica¹⁸⁷, possibilita que o direito seja apreendido como um mecanismo de respeito à vida.

Mister se faz destacar que a distinção entre norma e princípio, na realidade, não subsiste na atualidade, pois é assente na doutrina que os princípios e as regras são espécies, cada qual, com suas peculiaridades, do gênero norma.¹⁸⁸

Trazemos, a colação, também, o ensinamento de Luís Roberto Barroso sobre a perspectiva pós-positivista hoje vigente, na qual são idéias centrais a “normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação, torna-se relevante a “distinção entre regras e princípios, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação do ‘Direito com a Ética’”¹⁸⁹

A diferenciação entre princípios e regras, segundo Canotilho, constitui um encargo complexo, mas realizável mediante alguns critérios: 1) grau de abstração: nos princípios este grau seria elevado, enquanto nas regras, ele seria reduzido; 2) grau de determinabilidade na aplicação no caso concreto: as regras por serem menos abstratas seriam aplicadas diretamente, já os princípios podem carecer de mediações para serem concretizados; 3) caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios constituem uma pedra de toque dentro do sistema, seja por serem hierarquicamente superiores (ex: princípios constitucionais), seja por sua importância estruturante (ex: princípio do estado democrático de direito); 4) proximidade da idéia de

¹⁸⁶ PORTANOVA, 2001. p. 13.

¹⁸⁷ Hermenêutica apreendida como ciência da compreensão, a hermenêutica filosófica.

¹⁸⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160.

¹⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327-329.

direito: as regras teriam um conteúdo mais funcional, e os princípios seriam *standards*;
5) natureza normogênica: os princípios servem de fundamento para as regras.¹⁹⁰

Já Humberto Ávila distingue princípios e regras tomando por base a dimensão de cada um deles, para o autor as regras teriam uma dimensão comportamental, enquanto os princípios seriam marcados por uma dimensão finalística.¹⁹¹

Vislumbramos, também, possível diferenciar as normas-regra das normas-princípio pela consequência produzida pelo choque de regras ou colisão de princípios. No caso das antinomias próprias (choque entre normas-regra), aplicar-se-á uma das vias fundamentais de solubilidade: a) o critério cronológico; b) o critério hierárquico; c) o critério da especialidade, e uma delas será expurgada do ordenamento ou ambas. Ao passo que se há antinomia imprópria (colisão entre normas-princípio) a aplicação de um princípio em detrimento de outro não implicará a exclusão ou diminuição de importância de nenhum deles, mas a mera preponderância de um sobre o outro para solubilizar o caso concreto¹⁹². Neste caso urge um juízo de ponderação.

As regras trazem em si as suas hipóteses de incidência, são preceitos a serem seguidos, uma conduta a ser observada, daí se caracterizarem por maior especificidade e aplicabilidade clara e inequívoca. Já princípio traduz um “sentido do direito [...], mas, que pode, em determinadas condições, ser directamente aplicado”¹⁹³.

A doutrina discute se seria mais grave ferir uma regra ou um princípio. Esse trabalho se abstém de se imiscuir nessa discussão, posto que para o desenvolvimento do mesmo se revela tal divergência de somenos relevância. O que não pode ser olvidada é a incontestável normatividade principiológica¹⁹⁴.

¹⁹⁰ CANOTILHO, 2003, p. 1159-1162.

¹⁹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 60.

¹⁹² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 71-91.

¹⁹³ FRANCO, João Melo; MARTINS, Antonio Herlander Antunes. *Dicionário de conceitos e princípios jurídicos*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 689.

¹⁹⁴ O posicionamento tradicional é explicitado na visão de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.748, ao afirmar que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas todo o sistema de comandos.”; entretanto, há quem defenda que, ÁVILA, 2003. p.83-84: “convém registrar a importância de rever a concepção largamente difundida na doutrina juspublicista no sentido de que a violação de um princípio seria muito

Observamos que assim como as espécies normativas não se confundem, também há distinções relevantes entre norma e texto. Texto é a letra da lei, norma é a interpretação do texto¹⁹⁵. Esta é inelutavelmente afetada pelas condições sociais e culturais de um grupo em um dado momento, a compreensão do texto revela o que é importante naquela sociedade que o produziu, traduz os valores segundo os quais há de ser a previsão normativa aplicada. A hermenêutica filosófica reconhece a historicidade dos conceitos e destaca que a compreensão acerca dos mesmos está inelutavelmente marcada pelo pré-compreensão vigente naquela comunidade, naquele momento.

Deve haver, sim, uma preocupação crescente com a atividade interpretativa que dota o texto de aplicabilidade, tanto que a ciência da compreensão moderna se preocupa com a maturação dos cânones hermenêuticos que devem reger a ação do intérprete. Mas, essa há de se desenvolver dentro de uma perspectiva zetética¹⁹⁶, que se preocupa com o direito como instrumento de regulação social a serviço do homem.

Essa ratificação de quem é o criador – homem –, quem é a criatura – o direito – é de uma importância inimaginável, pois possibilita salvaguardar o papel do direito a serviço da humanidade e não o homem como um servo do direito.

O magistrado quando é provocado a decidir um caso concreto, e tem que fazê-lo posto que subsiste o postulado do *non liquet*, caracterizando o direito na modernidade, há de fazê-lo esquadrihando todas as nuances que particularizam o

mais grave do que a transgressão a uma regra, pois implicaria violar vários comandos e subverter valores fundamentais do sistema jurídico.” E fundamenta seu entendimento afirmando que “quanto maior for o grau de conhecimento prévio do dever, tanto maior a reprovabilidade da transgressão [...] ou dito diretamente: descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio.”

¹⁹⁵ A distinção entre norma e texto é trabalhada por Muller, que defende que o resultado da interpretação de uma norma, passa a ser seu conteúdo. Cf.: ADEODATO, João Mauricio Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 236-259.

¹⁹⁶ Termo cunhado por Tércio Sampaio que o traduz como uma hermenêutica mais humanizante. A sedimentação de que o direito é um meio de pacificação social, está a serviço do homem e não o homem a serviço deste. Ressalve-se que a filosofia do direito vive uma reciclagem com o resgate da fronesis, da argumentação, um renascimento da retórica. São novas idéias que têm como escopo abandonar o débil normativismo legalista em prol de um direito crítico, que permite questionamentos a sua própria essência. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 39-47.

caso concreto, para que possa interpretar os textos legais em consonância com os anseios sociais, intersubjetivamente.

O *judicium* é a síntese suprema da jurisdição, “é atividade absolutamente obrigatória, pois o não julgamento é a manifestação mais característica da denegação de justiça”¹⁹⁷ Apesar de sabermos que este processo estará impregnado pelo sujeito – o seu “ser” – ativo da interpretação com pois é um indivíduo inserido num contexto social, histórico, lingüístico, etc. e é com supedâneo nos valores compartilhados por esta comunidade que ele deve decidir.

A humanidade do juiz é fator da maior importância, pois só ele pode ponderar a complexidade dos sentimentos humanos – o sentir ainda não é parte da tecnologia, apesar de seu crescente avanço. Só mediante uma interpretação humanista dos textos legais teremos normas, sejam regras ou princípios, aptas, de fato, a regularem o conviver – viver com o outro –.

A principiologia passa a gozar no pós-positivismo de uma relevância inolvidável, posto que constitui uma marca importante das constituições modernas trazerem em seu bojo diversos princípios que regem toda a ordem jurídica. Assim sendo, analisemos um pouco o que vem a ser um princípio jurídico.

É um enunciado que pode estar implícito ou explícito no texto dotado de grande generalidade, o que o faz ocupar uma “posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”¹⁹⁸.

Interessa-nos, sobretudo, uma perspectiva teleológica e axiológica acerca de tais princípios. Eles designam diretrizes valorativas a serem alcançadas, sem traçar, previamente, o comportamento que ensejaria essa realização, são, pois, normas que complementam o ordenamento, tendo por atributo, justamente, a demarcação de um fim com inequívoca relevância jurídica¹⁹⁹, fazemos coro à precisa definição de Humberto Ávila:

¹⁹⁷ MARQUES, 2000, p. 280.

¹⁹⁸ DINIZ, 1998, p. 737.

¹⁹⁹ ÁVILA, 2004, p. 63-69.

são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.²⁰⁰

O operador pode se utilizar deles de formas diversas, dentre as quais destacam-se as seguintes: 1) vetores interpretativos; 2) reveladores dos escopos apriorísticos do Estado (ex: princípios constitucionais); 3) mecanismo para complementar o ordenamento no caso de lacunas da lei (ex: princípios gerais do direito); 4) forma de solucionar conflitos concretos.

A busca pela significação latente aos textos constitucionais e que não se revela com o primeiro piscar de olhos se tornou urgente no pós-guerra ante a necessidade de redefinição dos pressupostos jurídicos de maior relevância, pois o enfoque na primazia da lei se mostrou falho e capaz de tolerar atrocidades com uma banalidade oligofrênica²⁰¹.

Assim, a hermenêutica constitucional emergente a partir da década de 1950 tem por campo objetual primaz os princípios insertos nos bojos das cartas políticas dos Estados, sobretudo, aqueles que remetem a proteção da dignidade da pessoa humana como um valor preferente sobre todos os demais, como forma, até de se evitar que houvesse uma brecha aberta para sermos indulgentes com as nefastas práticas que marcaram as guerras mundiais do século XX. A preocupação com isto não se restringiu ao campo doutrinário, marcando a atuação dos tribunais constitucionais em defesa dos direitos fundamentais, conforme já discutimos no capítulo precedente.

Pois, os princípios são “no quadro valorativo e finalístico que caracteriza essa produção cultural humana (o Direito), o elemento de maior destaque na incorporação dos valores e fins mais essenciais à vida e convivência sociais.”²⁰²

²⁰⁰ Ibidem, 2004, p. 70.

²⁰¹ Sobre o assunto sugerimos a leitura do relato de Hannah Arendt sobre o julgamento de Eichmann, do alto escalão nazista, e seu olhar perspicaz sobre a “burocratização” – legalização – que legitimou os impérios da Alemanha nas décadas de 30 e 40. Cf. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

²⁰² DELGADO, Mauricio Godinho, *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 13.

O constituinte de 1988 atento a esta tendência mundial e, acreditamos veementemente que, também, como forma de repudiar as práticas locais que deram as tonalidades – nada belas – do período ditatorial pátrio foi pródigo com a inclusão de diversos princípios no bojo de nossa Constituição. Os quais passaremos a analisar doravante, como um caminho lógico indispensável, para a análise do princípio, que assegurou constitucionalmente a jurisdição como uma garantia universal, posta ao dispor de quem interessar possa, ainda que não seja cidadão brasileiro²⁰³.

3.2 Os princípios e a constituição de 1988

*A positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização.*²⁰⁴

As normas constitucionais, sobre as quais já pudemos discutir um pouco aos discorreremos sobre aquelas marcadas pelo signo da fundamentalidade, são singularizadas pelas seguintes especificidades: 1) superioridade jurídica; 2) linguagem peculiar de normas dotadas de maior abertura; 3) conteúdo material específico; 4) caráter político²⁰⁵.

A consolidação do movimento constitucionalista, sedimentando a superioridade da carta política; sua condição de *norma fundadora* – dos objetivos da nação e *norma fundante* – pressuposto de validade de toda produção normativa, propiciou uma crescente constitucionalização dos princípios. Esta caracteriza a CF de 1988 como

²⁰³ Basta observarmos a redação do *caput* do artigo quinto de nossa CF/1988 para percebermos que os direitos previstos em seus incisos são assegurados aos brasileiros, natos ou naturalizados, os estrangeiros aqui domiciliados, além daqueles, em trânsito por solo nacional.

²⁰⁴ Humberto Ávila

²⁰⁵ BARROSO, 2003, p.311.

essencialmente principiológica, assim, as relações, entre a constituição e os princípios nela positivados²⁰⁶, cingem-se de notória importância.

Fazemos questão de frisar que os princípios constitucionais são normas que compõe o corpo da CF, com a mesma relevância que qualquer outra regra e gozando da mesma normatividade, sejam eles implícitos ou explícitos. Eles servem de parâmetro para solução de problemas jurídicos, seja através de sua aplicação direta ou de serem usados como critérios de interpretação. Constituem paradigma, também, para aferir a compatibilidade com os escopos incutidos na carta política, além de serem limites para o poder de reforma, ou seja, integram, indubitavelmente, o bloco normativo material da Constituição²⁰⁷.

A constituição há de ser apreendida como centro irradiador de legitimidade de todas as produções normativas do ordenamento²⁰⁸. O caráter aberto e dinâmico da CF decorre de sua constante adaptação às mudanças da sociedade. Esta decorre tanto do exercício do poder reformador, via formal de alteração do texto constitucional através das emendas²⁰⁹, quanto da mutação constitucional²¹⁰.

Entendemos, parafraseando Bobbio, por sistema uma totalidade ordenada²¹¹. Constitui assim, indubitavelmente a constituição uma unidade sistemática, seus dispositivos não podem ser compreendidos isoladamente. Para uma teleologia constitucionalmente adequada não de ser seus preceitos interpretados a luz do paradigma sistêmico e da noção de unidade do plexo constitucional, sob o risco de desvirtuarmos os intentos da constituição cidadã.

²⁰⁶ ÁVILA, 2003, p. 71: “a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização.”

²⁰⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 245-259.

²⁰⁸

²⁰⁹ Em quase 20 anos de constituição já há 56 emendas. Tal vulto de reformas, sugere que o mecanismo que deveria ser utilizado para adequar a carta magna às mudanças de carecimentos da sociedade, pode ser, na prática, uma forma de adequar a CF aos interesses pessoais dos políticos.

²¹⁰ Sinteticamente, compreende-se por mutação constitucional a atividade interpretativa que pode valorar diferentemente o texto, sem lhe alterar a semântica, ou seja, um processo informal de mudança.

²¹¹ BOBBIO, 1999, p. 71.

Os princípios constitucionais podem revelar os fins do estado (formadores do estado) a serem atingidos ou delinearem o mínimo a ser observado por diversos ramos jurídicos (princípios informadores).

A nossa constituição traz toda a base estruturante do sistema processual, prevendo no artigo 5º uma série de incisos discorrendo sobre diversas garantias e postulados basilares da jurisdição, ação e processo. Aliás, hoje, já não há como estudarmos o processo, dissociados das previsões constitucionais sobre o mesmo.²¹²

A preocupação com o acesso à justiça foi alçada ao plano constitucional, incluindo o constituinte no plexo principiológico da Carta Política uma garantia de uma prestação jurisdicional que não pode ser afastada, assim, faz-se imprescindível para entendermos o processo, analisá-lo a luz dos valores constitucionalmente consagrados, cujo fim remoto é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis.

É o processo que salvaguarda a todos os cidadãos, mesmo que em tese, tratamento igualitário por parte do aparato do estado. Em uma democracia, é ele o meio formal e técnico a serviço da noção de justiça, constituindo mecanismo real de garantia da aplicabilidade das diversas normas do ordenamento. Para tanto seus princípios sustentaculares devem estar insertos em um modelo constitucional.

Cândido Rangel Dinamarco, ao discorrer sobre as relações entre processo e constituição, ressalta que há de se observar dois sentidos vetoriais: 1) constituição – processo: neste se delinea a tutela constitucional dos princípios processuais; 2) processo – constituição: no qual se situa a jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade e preservação das garantias oferecidas pela CF)²¹³.

É na interação CF e processo que reside a garantia do próprio ordenamento jurídico. Os institutos processuais hão de ser apreendidos em observância aos ditames

²¹² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre a garantia constitucional do juiz natural. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.500: “É evidente a progressiva constitucionalização do processo civil brasileiro, sendo crescente não somente a atenção dada aos laços havidos entre Processo e Constituição, mas igualmente, e sobretudo, a adoção de soluções processuais obtidas a partir da aplicação do próprio texto constitucional.”

²¹³ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 25.

constitucionais, para que seu manejo possa ser potencializado pelos mecanismos e instrumentos jurídico-constitucionais.

E o processo há de ser compreendido em consonância com a dogmática constitucional emancipatória que não tem por foco o Estado, mas uma apreensão do texto da Carta Magna à luz da noção de dignidade de pessoa humana, esta em seu bem-estar físico, moral e psíquico. Posto que a realização do direito constitucional ocorre “na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial”²¹⁴

No esteio dos ensinamentos de J.J. Calmon de Passos, ratifica-se que a *constitucionalização do processo* é a grande novidade, na segunda metade do século XX, na seara do direito processual, sendo uma conseqüência proveitosa dos avanços democráticos alcançados no exercício da cidadania²¹⁵.

A cautela do constituinte ao inserir no seio da CF de 1988 os princípios que regem o processo no rol das garantias fundamentais corrobora a incontestável valência normativa dos princípios norteadores da atividade jurisdicional. Com isso, a constituição passa a ser a fonte formal das normas processuais.

E resta protegido como direito fundamental uma jurisdição universal, que garantida por tutelas não apenas de cunho reparatório, mas, também, preventivo, o que já demonstra a preocupação não com a tipicidade da tutela, mas com uma jurisdição inafastável.

3.3 A inafastabilidade da jurisdição

²¹⁴ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. São Paulo: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.14, n.54, jan./mar. 2006, p.29.

²¹⁵ PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal . *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em: 14 set. 2004.

De fato, “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade²¹⁶”, assim só podemos compreender qualquer previsão normativa se nos debruçarmos sobre a intrincada relação entre as normas e as condições históricas de sua realização. Eis o ponto de partida do qual partiremos para analisar o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Destacamos, de pronto, que sua plena eficácia depende de condições que transcendem o jurídico, sejam elas de ordem natural, técnica, econômica ou social. Logo, “a pretensão de eficácia das normas jurídicas somente será realizada se levar em conta essas condições.²¹⁷” Não há como trabalharmos o referido princípio sob um enfoque reducionista do direito à lei.

O referido princípio está albergado no ordenamento pátrio desde o constituinte de 1946, que dispôs no art. 141, § 4º: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”²¹⁸. Essa vedação ao afastamento de apreciação do judiciário, teve o inequívoco fito de coibir a “prática de lesões a direitos fundamentais, freqüentes na quadra da ditadura de Vargas”²¹⁹;

A referida normativa não teve, contudo, vida longa, pois, apesar da fórmula adotada pela carta política negar ao legislador competência para tolher o acesso à justiça, no obscurantismo da ditadura militar, o ato institucional nº 2, de 1965, não se eximiu de fazê-lo e excluiu de apreciação do judiciário os atos praticados pelo comando da revolução de 1964.

A constituição de 1967 propiciou em seu art. 150, § 4º²²⁰, o retorno da referida garantia, com redação idêntica a da carta de 1946, mas o manto da ditadura fez com que fosse uma previsão meramente formal.

²¹⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.14.

²¹⁷ HESSE, 1991, p.14.

²¹⁸ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14 abr. 2007.

²¹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) *As Garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 48.

²²⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14 jul. 2007.

O ato institucional nº 5, de 1968, teve por bem que usurpou, novamente, do judiciário, a possibilidade de limitar o poder dos generais do regime à época vigente e sob os auspícios de tal normativa tivemos o tempos mais sombrio da ditadura.²²¹

Assim, em 1988, o ordenamento pátrio tornou a salvaguardar o direito de ação constitucionalmente, no rol dos direitos e garantias fundamentais, art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que dispõe “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou *ameaça a direito*.”²²² (grifo inexistente na fonte).

Para compreendermos tal princípio temos que perguntar: qual era a conjuntura na constituinte de 1988? O país vivia um momento de abertura política, almejava-se um salto para a democracia e para a plena garantia de direitos fundamentais que foram tão desrespeitados nos anos antecedentes. Logo, pretendia-se um judiciário que não pudesse mais ser afastado dos cidadãos e um executivo cujos atos pudessem ser controlados.

A CF de 1988 “sinalizando mudanças substanciais para dar especial proteção aos direitos fundamentais [...] ampliou o princípio da proteção judiciária (art.5º, XXXV)”²²³, alargando sensivelmente a universalidade da jurisdição ao suprimir do texto constitucional vigente o termo *individual*, presente nas cartas pretéritas e acrescentar o vocábulo *ameaça a direito*, possibilitando, então, o direito de manejar tal tutela preventivamente.

O princípio da inafastabilidade tem origem na necessidade de defender o indivíduo contra os possíveis arbítrios do Estado, representado, nessa relação, pelo poder executivo. Em contraposição, a esse poder, atribui-se ao judiciário a função de mantenedor da justiça e da paz social, podendo para tal fiscalizar e limitar o poder estatal.²²⁴

²²¹ Escorço das lições de ROCHA, 1993, p. 46-49; e NERY JUNIOR, 2002, p. 98-99.

²²² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14 jul. 2007.

²²³ COELHO, 2002, p. 81.

²²⁴ GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso, XXXV, da constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 34: “o fato é que o atual dispositivo constitucional deixa claro que este princípio é um verdadeiro sustentáculo do estado de Direito”.

O constituinte, com esmero e cautela, previu o acesso à justiça como cláusula pétrea em nosso ordenamento vedando a possibilidade de na vigente ordem constitucional ele vir a ser objeto da atuação do poder reformador, quiçá do legislador ordinário com a criação de normas que restrinjam este sustentáculo do estado moderno de direito.

O princípio da inafastabilidade é o meio pelo qual se assegura a consonância dos comportamentos com os ditames normativos, constituindo em garantia insubstituível, logo, pedra de toque da ordenação normativa brasileira²²⁵. “A nova e grande revolução que, abandonando a idéia da rígida separação dos poderes, busca responder à trágica experiência de um poder político incontrolado, corrupto e tirânico.”²²⁶

Não devemos confundir o direito incondicionado de provocar o estado a atuar o direito objetivo com o direito de petição, assegurado no art. 5º, XXXIV. O cunho deste é notadamente político, conquanto aquele é um direito pessoal²²⁷.

O direito a postular a atuação da jurisdição há de ser incondicionado e a tutela jurisdicional, preventiva ou reparatória, adequada para dirimir a lide²²⁸. Esta preocupação com a adequação da tutela ao direito material vindicado tem feito com que a tutela ordinária seja cada vez mais extraordinária²²⁹.

Parece-nos dispiciendo ela inafastabilidade, tem-se vedada a proibição ao jurisdicionado de ir a juízo deduzir a pretensão. Levar ao judiciário uma contenda não

²²⁵ MELLO, 1999, p. 747-748.

²²⁶ PORTANOVA, 2001, p. 83.

²²⁷ Corroboram a posição adrede expendida os ensinamentos de NERY JUNIOR, 2001, p. 101-102: “direito de ação é um direito público subjetivo [...] o direito de petição, por ser político, é impessoal.”; GERAIGE NETO, 2003, p. 27: “há de se consignar que essa prestação jurisdicional que o estado tem o dever de fornecer deve ser a mais ampla possível, não se resumindo ao simples direito de *reclamação* junto aos poderes públicos, isto é o chamado direito de petição”; a contrário senso entende CRETELLA NETO, 2001, p. 38-39: “princípio da inafastabilidade é uma *espécie*, de que é *gênero* o direito de petição” e que “não se configura como *fundamento principiológico do processo civil* [...] é um princípio *pré-processual*”, com este, *data vênia*, discorda-se pelos fundamentos já esposados.

²²⁸ Este destaca é feito pelo casal Nelson e Rosa Mª Nery ao comentarem o inciso XXXV, do artigo 5º. Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 127.

²²⁹ A fina ironia do trocadilho tutela ordinária com o seu uso cada vez mais extraordinário é do Profº Alexandre Freire Pimentel, tivemos a possibilidade de pormenorizarmos as *tipologias da tutelas* em disciplina homônima ministrada pelo mesmo no curso de mestrado.

se confunde com o seu provimento, o quê o princípio salvaguarda é o conhecimento, satisfeitas as condições da ação, do litígio pelo órgão julgador.

O princípio da inafastabilidade é atavicamente ligado ao postulado do direito moderno do *non liquet*, pois é “aquele em que o Estado-juiz não pode deixar de pronunciar-se nas causas submetidas à sua apreciação. É o que garante o direito de acesso à justiça”²³⁰, tal definição de inafastabilidade traz em si a obrigatoriedade do *judicium* no Estado moderno, é um corolário da vedação da pacificação pelas próprias mãos e de segurança jurídica.

A obrigação que o Estado-juiz tem de decidir quando provocado cria uma relação lógica com a pretensão de resolução meritória pretendida pelo interessado, tornando a decisão sem resolução de mérito como uma excepcionalidade do sistema, pois não pacifica na prática.

Entendemos que o Estado profere o *non liquet* indiretamente quando o juiz provocado, digamos a garantir um medicamento ao portador do HIV se recusa a proferir uma tutela mandamental ordenando que seja dado o remédio por não ser uma questão jurídica, mas política. Ora, já frisamos repetidamente, a jurisdição tem um caráter político.

Percebemos que o princípio da inafastabilidade, ele além de garantir o acesso e uma tutela específica, ele também impõe as decisões que não enfrentam o objeto litigioso do processo como uma exceção indesejável. Tal princípio se afigura como um sustentáculo de suma importância da jurisdição e constitui uma diretriz constitucional do Estado para manutenção da ordem interna e promoção da pacificação social.

O prestígio da universalidade da jurisdição, ratificado pela sedimentação da normatividade dos princípios e a sua constitucionalização não representam o ocaso da tripartição dos poderes, mas reflete sua moderna feição, na qual a jurisdição é o instrumento fundamental para efetivação dos demais direitos fundamentais, haja vista que ela de *per se* também é um direito fundamental.

²³⁰ DINIZ, 1998, p. 723.

Mas, nem por isso defenderemos que o judiciário seja a panacéia para todos os problemas do Estado, que lhe incumba a função de sanar todas as omissões administrativas e legislativas, mas lhe compete inelutavelmente assegurar aos cidadãos o direito de questionar as atuações estatais, já que estas se desenvolvem sob a égide da democracia.

A jurisdição que antes era apenas um dos poderes do Estado, mas hoje é alçado a um plano essencial ante a problemática eficácia dos direitos, sobretudo aqueles dotados de fundamentalidade, pois “a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes.”²³¹

A jurisdição não apenas mais uma das funções do Estado, mas é também um direito fundamental, cuja tradução constitucional é: o princípio da inafastabilidade, que traduz ao mesmo o direito de provocar a prestação jurisdicional e a garantia dos demais direitos previstos seja na normativa constitucional, seja pelo legislador ordinário.

Assim, a inafastabilidade da jurisdição traz em si um duplo enfoque: é um *direito fundamental* e sob tal ótica há de ser discutido na sociedade, mas é o mecanismo que possibilita garantir a não interferência do Estado e até a atuação do Estado para se cumprir um preceito constitucional – como é o caso das ações sobre saúde. Assim, adequando ao nosso objeto a distinção feita por Jorge Miranda sobre direitos e garantias, concluimos que a universalidade da jurisdição é um bem juridicamente protegido – direito, portanto – mas, é ao mesmo tempo o mecanismo de assegurar a fruição de outros bens – logo, *garantia*.

Destacamos a relevância de se destacar a questão do amplo acesso à justiça, que traz em si uma indiscutível finalidade educativa, de verdadeira adaptação de comportamento a tempos democráticos, pois é uma filosofia libertária, aberta para o social e para a realidade, cuja busca imperativa é por métodos idôneos de atuação dos direitos sociais e por uma justiça mais humana, simples e acessível.²³²

²³¹ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=pt&nrm=isso.> Acesso: 14 de maio de 2007.

²³² PORTANOVA, 2001, p. 82-84.

Vislumbra-se uma participação crescente do Poder Judiciário no processo de produção jurídica²³³ isto requer uma revisão de conceitos, há situações em que a atividade judicial mais parece atividade legislativa. Fora as incursões nem sempre razoáveis ou legítimas no âmbito de decidibilidade do Executivo.

A visão que propiciou a valorização crescente dos direitos fundamentais decorreu dos horrores da segunda guerra mundial, pois o mundo percebeu aturdido que tais impropérios foram cometidos sob a chancela da legalidade. Então, ter apenas a lei como centro de importância no direito ficou flagrantemente impossível, impelindo uma mudança de enfoque para a defesa da condição humana.

E esta luta como já discutimos impõe inexoravelmente a garantia de determinados direitos sob a nota distintiva da fundamentalidade. Resguardados de maneira especial pela supralegalidade do texto que os protege e este tem sua aplicação balizada pelos mecanismos de controle de constitucionalidade, e sem eles, destaca Duverger, não haveria um valor jurídico superior.

Assim sendo os excessos – bem além de qualquer razoabilidade, merece que frisemos – da guerra incrementaram a atuação dos órgãos responsáveis pelo controle de constitucionalidade das leis e atos normativos para uma atuação em prol dos direitos fundamentais, isto agravou a emergência de uma revisão da teoria tripartite em sua forma tradicional, difundida por Montesquieu, pois a premência de efetividade destes direitos fomentou uma maior ingerência do judiciário sobre os demais poderes.

Poderíamos, *ad argumentandum tantum*, afirmar que ante à exigência constitucional de efetividade progressiva de suas previsões não haveria âmbito de discricionariedade, conseqüentemente, nem haveria porque falarmos em usurpação de função; mas, e os conceitos indeterminados excessivamente usados pelo constituinte?

Bem, eles lançam, indiscutivelmente, uma ampla margem de atuação ao intérprete na escolha da significação adequada para os conceitos, ou seja, a construção

²³³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 20-21.

do signo lingüístico que assegura os direitos fundamentais foi deslocada para o eixo de responsabilidade dos intérpretes da constituição²³⁴.

Eis uma forte jurisdicização da política, pois possibilidades de atuação que deveriam ser decididos pelo jogo político são transferidos para os tribunais decidirem. E eles tem que decidir, pois o acesso a eles é um direito inafastável, conforme destacamos, sendo para os mesmo um dever do qual eles não podem se eximir e o paulatino reconhecimento pela comunidade jurídica que o judiciário tem uma importante papel permanente na efetivação e desenvolvimento dos direitos.

Não há dúvidas de que a preocupação o direito à jurisdição se converteu em ponto central da moderna processualística. Não basta positivar direitos, pois basta de proteção formal apenas, urge amadurecermos as discussões dos limites da busca da efetividade pela via jurisdicional.

²³⁴ A referida análise é destacada por Peter Häberle que mostra a importância da atuação do interprete para construção efetiva dos preceitos constitucionais, destacando nesse contexto a importância da jurisdição constitucional, que é em última instância o órgão legitimado para aferir a adequação de uma interpretação, seja do legislador ou do administrados público, à axiologia constitucional. Cf. HÄBERLE, 1997, p. 10-21.

4 ATIVISMO JUDICIAL

*É das **paixões** que brotam as opiniões; a **inércia do espírito** as faz enrijecerem na forma de **convicções**²³⁵.*

Após analisarmos a teoria tripartite, discorreremos sobre a teórica dos direitos fundamentais e observarmos um pouco a universalidade da jurisdição, julgamos importante destacarmos quais são as características preponderantes na racionalidade ocidental, após a prevalência do pensamento cartesiano, pois o nascedouro de todos os pontos que percorremos subjaz a tal paradigma de cientificidade, ao menos em seu nascedouro, pois já revelamos um pouco as mutações que eles sofreram no tempo e no espaço.

O paradigma cartesiano implica em: 1) exclusão da subjetividade – se desejamos aniquilar com a linha argumentativa de alguém, dizemos logo que isso é subjetivo, com uma pecha pejorativa entranhada ao termo; 2) sensibilidade como indesejada para os critérios de segurança e certeza almejados; 3) eliminação das análises circunstâncias, eliminação da historicidade.²³⁶

Não podemos negar que o positivismo, mesmo com seu reducionismo ôntico, que no âmbito jurídico reduz o direito ao ordenamento posto, foi de grande valia, sobretudo, para a evolução das ciências exatas. Inicialmente, sua aplicação nas ciências do espírito, também, rendeu frutos, mas se revela limitadora em demasia dos fenômenos humanos – culturais, por excelência, como o jurídico, e, assim, não mais responde aos problemas diuturnos do direito. O Havemos de perceber por exemplo, que as teorias sobre o controle das leis se desenvolvem sob primado da legalidade, como defesa dele mesmo e mais tarde da constitucionalidade das leis e atos normativos²³⁷.

²³⁵ NIETZSCHE, 2005, p.270.

²³⁶ Sobre a evolução do pensamento científico, didática e elucidativa é a preleção de M^a José Esteves de Vasconcellos vale apenas olhar. Cf. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas: Papirus, 2002, p.49-66.

²³⁷ DUVERGER, 1984, p.167.

A ciência contemporânea, não apenas o direito, por reconhecer as limitações do pensamento sistemático, com seu reducionismo do objeto e sua pretensão universalidade, abraça o pensamento complexo²³⁸ e desenvolve um novo paradigma, o sistêmico²³⁹.

Neste a multilateral, o contexto histórico, as circunstâncias – “Eu sou eu e as minhas circunstâncias”, destaca Ortega y Gasset -, além da subjetividade não são isolados ou reduzidos, antes, são trabalhados como parte do complexo. O sujeito é reconhecido como detentor de uma complexidade irreduzível e que tem que ser considerada pelas ciências do espírito.

A produção comunicativa dos sujeitos da comunidade ocorre de maneira dinâmica na linguagem e é na relação dialógica entre os membros de uma comunidade que a significação dos conceitos é construída. É tempo, no direito, da comunidade jurídica revisitar alguns conceitos clássicos, como o de jurisdição. Mas, agora verteremos nossa atenção para o ativismo judicial.

4. 1. A ciência da compreensão e a pré-compreensão da judicatura

*É só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza.*²⁴⁰

A hermenêutica foi considerada inicialmente como técnica interpretativa, *hermenêutica como arte*, depois passa a ser percebida como método científico das ciências do espírito ou da interpretação²⁴¹, *hermenêutica como método da ciência da*

²³⁸ Cf. MORIN

²³⁹ VASCONCELLOS, 2002, p. 27-48.

²⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 7.ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p.360.

²⁴¹ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 3.ed. São Paulo: Atlas, p.261.

compreensão; atualmente falamos em *hermenêutica filosófica*, justificativa e validade da ciência da compreensão; ou *filosofia hermenêutica*, além do objeto, validade e justificação, indaga sobre a cognição.

A hermenêutica, hoje, não é mais vista como mera interpretação, sob enfoque normativo-metodológico, mas como inserta na experiência humana, fundada na compreensão, sendo uma tarefa criadora desenvolvida *na* linguagem²⁴², ela é que possibilita a apreensão das coisas. A questão hermenêutica enquanto objeto científico é recente.

Hermenêutica e interpretação não se confundem, esta é empregada em confronto com o caso concreto a ser analisado e decidido pelo judiciário; enquanto aquela é totalmente abstrata – é ciência que teria na interpretação uma das formas possíveis de compreensão –, não dispõe sobre casos a serem resolvidos, mas sobre cânones hermenêuticos que viabilizem a compreensão de qualquer texto em consonância com a intersubjetividade dialógica da comunidade a que o signo lingüístico se aplica.²⁴³

Falamos em um novo paradigma, no qual ela não é apenas método das ciências do espírito, mas, também, ciência para compreendê-las, perquirindo acerca do objeto (o que se interpreta) como se interpreta (validade metodológica) e o porque se interpreta (justificação da interpretação).

O processo de compreender tem por base os preconceitos – juízos previamente existentes sobre algo – que são inexpurgáveis do humano, tais conceitos prévios não são imutáveis, estão passíveis de constante atualização e revisão ou substituição quiçá, por um juízo diverso que no decurso do tempo lhe parece mais adequado. Mas, eles são o ponto de partida no instante de compreender para a compreensão.

²⁴² A interpretação acontece *na* linguagem e não apenas por *meio* da linguagem. Este enfoque foi destacado tanto na disciplina “Análise crítica do discurso jurídico”, ministrada pela Prof^a Dr^a Virgínia Colares, ou seja, a linguagem não é mero instrumento, mas horizonte significativo – meio *no* qual se dá a comunicação.

²⁴³ SENGGER, Carlos João Eduardo. *A importância da Interpretação nas relações sócio-jurídicas*. In Revista IMES Direito. Ano II, nº 4, janeiro/julho 2002, p. 61.

Compreender implica em produzir um novo texto, pois o intérprete, dentro de uma concepção dialógica, sempre lhe adicionará sentido: “*Ler é traduzir*”²⁴⁴. É uma atividade criativa. Esta tradução depende de uma apreensão antecipada sobre o sentido do texto e a fixação explícita do sentido que se antecipou. O tradutor sempre estará inserto em um tempo histórico, por isto a hermenêutica não pode descuidar do aspecto construtivista da historicidade²⁴⁵ do homem. O fenômeno da compreensão é um processo triplo “em cujos extremos encontramos o interprete como mente activa e pensante e a mente objectivada em formas significativas”²⁴⁶.

Ao invés de falar de subjetividade, falamos de intersubjetividade – pois, o sentido atribuída às coisas – tornando-as objetos – é estabelecido de forma dialógica.

O homem é complexo, pois é, e a complexidade é inerente ao ser, ela é majorada pelos avanços tecnológicos cada vez mais rápidos e pela ampliação das necessidades, assim ele é uma conjugação dele mesmo mais a sua vida, suas experiências, daí Gadamer destacar que “*toda compreensão é no fundo compreender a si mesmo*”, pois cada coisa que o ser humano compreende altera suas impressões prévias e incrementa o seu auto-conhecimento, por isso Ortega y Gasset destacaram o caráter circunstancial do homem.

Somos um reflexo de nossas circunstâncias, de nosso momento histórico, e de nossa abertura comunicativa e cognitiva, posto isto resta claro que todos os nossos preconceitos vão balizar nossa interpretação, pois eles, também, são parte do que eu sou.

A compreensão sobre os conceitos gera uma mudança na prática (sujeito como artífice e como partícipe), mas isso é cíclico, por isso podemos dizer que vivemos um momento de indeterminação relativa dos conceitos, pois eles estão sendo revisitados, reconstruídos, mas isto é cíclico, há períodos de estabilidade nos conceitos, como na Idade Média, e de instabilidade, como agora.

²⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: complementos e índices*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p.241.

²⁴⁵ HISTORICIDADE

²⁴⁶ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1993, p. 84.

Há uma constante projeção de um horizonte histórico que pela via da compreensão origina um novo horizonte no presente, assim a atividade é criativa e não simplesmente reveladora de significados. Pois estes sempre serão diferentes a depender do intérprete. Mas, e como evitarmos subjetivismos – na acepção negativa do termo, como horizonte individual de um sujeito apenas –? Através do agir comunicativo, que permite ao homem construir os significados.

Os significados são construídos na comunidade falante (interação comunicativa). As ações são sempre orientadas por um interesse. No caso do Direito, o texto legal tem o fio condutor para o horizonte comunicativo jurídico.

Como é possível compartilhar? Através do diálogo com o outro, o processo é um procedimento dialógico, pois construído em contraditório, com a participação do outro. A comunicação se estabelece por compartilhamento de significante e significado, criando signos lingüísticos com uma objetivação na mente que é sempre antecedente a compreensão do objeto em sua peculiaridade.

O processo de formação de sentidos se dá com o compartilhar, ao ser compartilhado o sentido se estabiliza e possibilita se comunicar. A mente se objetiva (objetivação da mente) porque há o compartilhamento dos significados, que podem ser alterados, pois sua estabilidade é relativa, daí novos paradigmas podem ser sempre estabelecidos dentro do processo dialógico de comunicação, pois há uma abertura para a mutação dos significados.

É possível se fazer um controle do significado, pois graças ao círculo hermenêutico que ocorre dentro do texto, os contextos são textuais e situacionais, assim é possível controlar metodologicamente a interpretação dos textos judiciais. Daí a relevância de fundamentação das decisões do magistrado como forma de controle popular de sua atuação.

Ao invés da cientificidade estar no objeto, ela está na objetivação da mente. Daí que se pode entender entre os campos disciplinares (comunidade científica que estabelece e compartilha o conhecimento).

A fixação do sentido não se dá subjetivamente, mas de maneira intersubjetiva. O jurídico acontece *na* linguagem, ao serem fixados na comunidade os sentidos fundamentais e basilares de regramento gregário caros a ela.

É claro que o interprete não pode ser neutro, pois há de ser comprometido com tais valores – usaremos doravante a noção de valor cujo sentido de fundamentalidade foi construído por uma comunidade como sinônimo de direitos fundamentais – e o seu “ser” impregnará a sua interpretação, conforme já destacamos, pois esta acontece a partir de sua circunvisão. Esta condiciona a sua pré-compreensão e quando chegamos àquilo que se abre na compreensão – o que foi compreendido – se torna acessível. No processo o acesso à ação intelectual do magistrado de compreensão do caso concreto se dará através da sentença judicial, que, como já enfatizamos, há de estar fundamentada.

A noção de pré-compreensão não é trabalhada apenas por Heidegger e Gadamer, mas, também por Bleicher, que destaca a antecipação feita pelo sujeito do significado do objeto, “cuja interpretação é caracterizada pela intersubjetividade semântica²⁴⁷”

Assim, a neutralidade do magistrado é um mito circunscrito à perspectiva cartesiana de redução ôntica da realidade jurídica à lei, pois o direito é uma tecnologia de interação humana e o juiz ao pacificar os conflitos que desta convivência surgem deverá fazê-lo como forma de efetivar os direitos fundamentais, que são aqueles valores cujo sentido de premência foi compartilhado pelos mais distintos constituintes mundo afora – no ocidente, frisemos.

4.2 Ativismo Judicial: notas conceituais e significativas

A escolha de uma definição depende de critérios de oportunidade e não de verdade²⁴⁸

²⁴⁷ BLEICHER, 1993, p.59.

²⁴⁸ BOLZAN, 2003, p.45.

Se direito é linguagem ou se tem por instrumento basilar a linguagem não é um problema que pertine ao presente trabalho, apesar de reconhecermos que é *nela* que a realidade acontece, por isso não poderemos nele nos deter.

Mas como indiscutivelmente a escolha dos vocábulos que compõem os textos legais e doutrinários é atavicamente atrelado à linguagem e a busca dos contornos precisos para os significantes e significados de cada termo e a atualização destes no decorrer do tempo é de importância crucial para os operadores do direito.

Assim sendo, não podemos prosseguir com o tema sem definirmos a significação que adotaremos para o termo ativismo, e isto não se trata de preciosismo terminológico, mas de cautela e cuidado no uso jurídico do vernáculo. Por isso começaremos desenvolvendo o conceito que adotamos acerca sobre o ativismo judicial.

4.2.1 Ativismo Judicial: precisando o conceito adotado.

O substantivo masculino ativismo, em filosofia, pode ser usado para “qualquer doutrina ou argumentação que privilegie a prática efetiva de transformação da realidade em detrimento da atividade exclusivamente especulativa²⁴⁹”; tem sua origem etimológica na junção do adjetivo ativo (que é mais dado à ação do que à contemplação²⁵⁰) + sufixo *ismo*, de origem grega, cuja função é acrescentar um novo sentido à palavra-raiz²⁵¹. Esta ampliação do vocábulo com o referido sufixo remetia inicialmente a doutrinas, movimentos artísticos ou estilos literários como em existencialismo, romantismo, positivismo, etc. Hodiernamente, contudo, *ismo* passou a ser utilizado para criação de vocábulos permeados por uma crítica ao exagero do

²⁴⁹ GADAMER, 2004, p. 335.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 335.

²⁵¹ Para compreender mais acerca da utilização do sufixo *ismo* na língua portuguesa vide: ARAÚJO, Laís Corrêa. Os “ismos” e os “istas”. Disponível em: <<http://www.geocities.com/SoHo/Den/9103/posfacio.html>>. Acesso em: 2 mai. 2008.

substantivo ou adjetivo ao qual se agrega, como em consumismo, pedantismo, grevismo, etc.²⁵²

Ativismo judicial remete a uma doutrina que defende uma postura do magistrado menos contemplativa e mais ativa em prol da efetividade da prestação jurisdicional ou é uma crítica a esta atuação do Estado juiz? Eis o primeiro problema a enfrentarmos. Pois, quando se fala em ativismo judicial não há um consenso terminológico, nem entre a doutrina, nem entre os poucos precedentes judiciais²⁵³, o que torna nossa tarefa bastante árdua.

Os processualistas freqüentemente o utilizam em referência a uma postura mais ativa do magistrado no que concerne a dilação probatória. Assim, ativismo seria a conseqüência de uma postura menos inerte do julgador, que não mais tem que se restringir as solicitações das partes para produzir as provas²⁵⁴ que julgar indispensável para a formação do seu livre convencimento, mas pode solicitá-las sempre que as entender imprescindíveis à boa consecução da justiça.

Tal mudança de postura do juiz é uma decorrência da sedimentação do caráter público do processo, que não exige tão-somente um decisor desinteressado no objeto litigioso do feito, mas que pugna por uma magistratura comprometida com uma prestação jurisdicional consentânea com os anseios de justiça de uma sociedade.

Haja vista que não podemos mais falar em processo apenas como solução imparcial e eqüidistante de um conflito de interesses, o que lhe dotava de uma feição eminentemente privatista, como se fosse apenas forma de administração de interesse

²⁵² A ressalva da evolução do uso do *ismo* não apenas para designar doutrinas, mas também para destacar uma crítica ao excesso do vocábulo ao qual se agrega é destacada por MORENO, Cláudio. Disponível em: <http://www.sualingua.com.br/01/01_absenteismo.htm>. Acesso em: 2 mai. 2008.

²⁵³ Consultamos o repositório de jurisprudência virtual nos sites dos seguintes tribunais: Supremo Tribunal Federal – no qual a pesquisa com o termo *ativismo* *nada* encontrou; Superior Tribunal de Justiça – encontramos duas decisões; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – escolhemos por ser freqüentemente um tribunal de vanguarda em suas decisões, e foi, de fato, a pesquisa mais frutífera, pois resultou em cinco acórdãos. No site do Tribunal de Justiça de Pernambuco não foi possível obter sucesso em nossa busca, destarte solicitamos apoio nesta tarefa a bibliotecária do referido órgão para nos auxiliar a encontrar *ativismo* em alguma decisão local, o que findou por ser, também, infrutífero, pois a pesquisa por termos avulsos não é eficaz.

²⁵⁴ Fala-se ativismo judicial atrelado à instrução probatória do magistrado, é mencionado na análise do art. 130, CPC.

das partes. Hoje o processo é notadamente reconhecido como o instrumento técnico e ético, de caráter público, a serviço de uma noção de justiça²⁵⁵.

Para os constitucionalistas o termo remete à atuação do Corte Constitucional de um país na implementação dos direitos e garantias fundamentais conforme o paradigma erigido pela Suprema Corte estadunidense na implementação de direitos civis.

Mas, a problemática de tal atuação da jurisdição em prol da implementação de direitos fundamentais, impõe uma revisão de sentido a tripartição dos poderes, em sua acepção clássica, o que já restaria mitigado dentro da ótica do sistema de freios e contrapesos.

Na verdade, o termo é freqüentemente associado à atuação da Suprema Corte norte-americana, cuja atuação no controle de políticas públicas se faz presente desde a década de 60 do século passado, sobretudo, na defesa de ações afirmativas para igualdade substancial dos negros no sul dos EUA²⁵⁶.

Talvez, não seja, na verdade, uma hipótese de um novo conceito, mas uma nova configuração de sentido para a jurisdição “numa democracia liberal nenhuma instituição é considerada sagrada, tudo está aberto à mudança, tudo pode ser “negado” por todos.” Na verdade, sempre há espaço para buscarmos novas tonalidades para o que á conhecemos em prol de “um arranjo sócio-político que garanta a liberdade pessoal e política pode acomodar melhor a dinâmica da modernidade.”²⁵⁷

Mas, mesmo que o ativismo judicial seja apenas o sentido da jurisdição no Estado Constitucional, a defesa dessa postura mais ativa do juiz na efetivação de direitos fundamentais requer cuidados e carece de balizas metodológicas seguras e hábeis de evitar uma tirania togada.

²⁵⁵ No Brasil uma obra há de ser destaca como grande bastião deste novo enfoque sobre o processo: *Instrumentalidade do processo*, de Cândido Rangel Dinamarco, sobretudo por sua ampla difusão de um pensamento pautado num perspectiva teleológica da metodologia estatal de conflitos, que não é um fim em si mesmo, mas um meio para o apaziguamento dos dissensos intersubjetivos, cada vez mais freqüentes em uma sociedade complexa e fragmentada como a atual.

²⁵⁶ Essa é a definição adotada pelo *Black's Law dictionary* para explicar o termo “*judicial activism*”. Cf. GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. USA: Thomson West, 2004, p.703

²⁵⁷ HELLER, 1999, p.20.

Passemos a uma análise do termo ativismo judicial segundo a jurisprudência de alguns tribunais o Supremo – STF, por ser o órgão de cúpula do judiciário; o Superior Tribunal de Justiça – STJ, pela atividade de uniformização da jurisprudência nacional; e os tribunais de justiça do Rio Grande do Sul e de Pernambuco – TJRS e TJPE, respectivamente –. Este, talvez, por uma preocupação situacional de onde estamos e aquele por sua atuação de vanguarda na implementação de diversos direitos fundamentais.

4.2.2 Ativismo na jurisprudência dos tribunais

O ministro aposentado do STF Carlos Velloso²⁵⁸ é um dos ardorosos defensores de um judiciário mais ativo na implementação dos direitos constitucionalmente assegurados. Não que rechacemos de pronto a idéia muito pelo contrário, do jeito que está não dá para continuar, pois inclusive o judiciário está caindo em descrédito, mas o que temos sentido falta, de um debate sobre os limites dessa atuação.

Se compreendermos a função judicante como destinada a efetivar direitos, então não há como dissociarmos isto de uma atuação do juiz mais dinâmica. De vemos cair por terra o mito da neutralidade do juiz, pois ele não será neutro – o que ninguém é não há neutralidade ante a subjetividade, mas comprometido com os direitos fundamentais.

A nova composição do STF abarcou esta significação de ativismo judicial conforme amplamente defendido por Celso de Mello, que defende a urgência de um

²⁵⁸ Em diversas palestras e entrevistas concedidas Carlos Velloso defendeu a necessidade de uma postura do STF mais ativa em defesa dos direitos fundamentais.

papel mais ativo dos juizes na interpretação das leis e mesmo da Constituição ante a precariedade das leis brasileiras, inclusive para suprir as omissões legislativas²⁵⁹.

O Supremo estimula à prática de ativismo judicial, segundo o referido ministro, “na implementação concretizadora de políticas públicas definidas pela própria Constituição que são lamentavelmente descumpridas, por injustificável inércia, pelos órgãos estatais competentes.”²⁶⁰

²⁵⁹ Foi o que ele fez em decisão histórica que assegurou acesso gratuito a creches escolares a crianças de até seis anos, no município de Santo André, vide a ementa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MÚNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.” Cf. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE-AgR 410715 / SP. 2T. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 22 nov. 2005. Disponível em:

<[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(\"CELSO%20DE%20MELLO\".NO RL.%20OU%20\"CELSO%20DE%20MELLO\".NORV.%20OU%20\"CELSO%20DE%20MELLO\".NORA.%20OU%20\"CELSO%20DE%20MELLO\".ACMS.\)&base=baseAco rdaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(\)> . Acesso em: 12 jun. 2008.

²⁶⁰ Entrevista do ministro Celso de Mello concedida a Márcio Chaer do Estadão, vide: CHAER, Márcio. Juizes devem ter papel mais ativo na interpretação da lei. *Revista Consultor Jurídico*, 15 de março de 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/42712,1>> Acesso em: 08 ago. 2007.

O ativismo judicial é um fenômeno recente na experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, seja por sofrer algumas resistências culturais, ou, até mesmo, ideológicas. Mas, a defesa de uma prática cautelosa de ativismo judicial destinada a conferir efetividade às cláusulas constitucionais, mesmo impondo ao Estado a execução de políticas públicas é importante arma contra as frustrações geradas pela inércia dos órgãos do Poder Público.

Apesar da entrevista²⁶¹ do ministro do STF falando diretamente sobre o ativismo judicial a pesquisa sobre o termo no sítio do supremo restou infrutífera²⁶². Realizamos a pesquisa usando o termo escolhido – *ativismo judicial* – e seu termo mais emblemático – *ativismo* – a fim de obter-se um maior espectro de resultados.

No momento seguinte, estes termos foram usados para pesquisa jurisprudencial no sítio do Superior Tribunal de Justiça (STJ); Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). Dentre as ferramentas disponíveis nos diversos sítios consultados, foram utilizados para pesquisa os campos “Pesquisa Simultânea de Jurisprudência”, “Pesquisa de Acórdãos – Acórdãos e Decisões Monocráticas” e “Notícias”.

O STJ encontrou o termo em duas decisões que versavam sobre os poderes instrutórios do magistrado, atrelado, assim, a sua acepção micro-política, dentro do microcosmo processual, que não é o enfoque por nós aqui trabalhado, apesar de ser o adotado pelos doutrinadores da área de processo.

Na verdade, na atividade jurídica brasileira – tanto na jurisprudência, como na doutrina processual – parece preponderar, de fato, a utilização do signo lingüístico em exame sob esta perspectiva dos limites da atuação do magistrado *no* processo, como podemos ver no precedente abaixo colacionado:

²⁶¹ O ministro acaba a entrevista defendendo que “o Supremo Tribunal Federal não pode permitir que se instaurem círculos de imunidade em torno do poder estatal, sob pena de se fragmentarem os direitos dos cidadãos, de se degradarem as instituições e de se aniquilarem as liberdades públicas. No regime democrático, não há nem pode haver qualquer instância de poder que se sobreponha à autoridade da Constituição e das leis da República.”. Cf. CHAER, Márcio. Juízes devem ter papel mais ativo na interpretação da lei. Revista Consultor Jurídico, 15 de março de 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/42712,1>> Acesso em: 08 ago. 2007.

²⁶² Pesquisamos o termo *ativismo judicial*, no site <www.stf.gov.br>, pela primeira vez em 08 ago. 2007, reiteramos em 10 de dez. 2007 e em 13 jun. 2008, sem logarmos êxito nenhuma das vezes.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ. DETERMINAÇÃO EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. ART. 130 DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO.

[...] 2. "A experiência mostra que a imparcialidade não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. *Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar o sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas de um sadio ativismo*".²⁶³ (grifos inexistentes na fonte)

Na pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul encontramos duas decisões relacionando ativismo judicial aos poderes instrutórios do magistrado, com entendimento bastante próximo ao apresentado pelo STJ, que não foi o enfoque central por nós adotado e que já foi adredemente explicitado.

O TJRS, que escolhemos por ser o tribunal brasileiro referendado pela ONU pela qualidade de suas decisões, foi, de fato, onde a pesquisa se mostrou mais frutífera, apesar de não expressiva, resultou em cinco acórdãos. Das quais três utilizavam outra significação para o signo lingüístico bastante interessante, pois o atrelava à atuação do magistrado na defesa dos interesses da família.

A família²⁶⁴, apesar de não constituir um direito fundamental que se realize através do Estado, é, também, constitucionalmente protegida. A efetiva proteção da família é aplicação concreta da previsão constitucional que a alberga, por isto achamos válido reproduzir uma parte da ementa de um dos acórdãos com tal verve, pois entendemos sinalizar a adoção de uma pré-compreensão da judicatura como garantia constitucional de efetivação de direitos.

Por vislumbrarmos que o ativismo judicial, na verdade, muito se aproxima com a mudança da significação da jurisdição num Estado Democrático e Constitucional de

²⁶³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 629312. Quarta Turma. Relator: Hélio Quaglia Barbosa. Data de julgamento: 27/03/2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ativismo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 20 fev. 08.

²⁶⁴ A defesa da família, apesar, de ser uma previsão constitucional – art. 226, vide seu caput: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” – da maior relevância não pode ser enquadrada como direito fundamental prestacional, cuja efetividade requiera uma política pública para sua promoção, como aqueles previstos no art. 6º, da CF: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, cuja realização se dá *através* do Estado.

Direitos, no qual uma atuação passiva da magistratura não responderia aos reclames dos direitos fundamentais e constitucionais. Pois este novo paradigma reclama uma postura ativa do magistrado na defesa do plexo normativo da Constituição – com o qual ele há de estar previamente comprometido – achamos que seria interessante trazer, *in verbis*, um precedente judicial que usa o signo lingüístico em tal acepção:

ACÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO. [...] *O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consecutários.* APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA.²⁶⁵

Em PE o controle de políticas públicas, pela via judicial, para implementar direitos sociais, apesar de freqüente, não se desenvolve sob o signo lingüístico de ativismo judicial, tanto que no TJPE a busca pelo termo resultou sem nenhum achado. Nem a pesquisa *in loco* – fomos ao tribunal procurar os possíveis precedentes sobre a matéria – nada encontrou, não foi possível colacionar nenhum precedente do TJPE mencionando diretamente o *ativismo judicial* em nenhuma de suas significações possíveis.

Percebemos com a pesquisa que o ativismo judicial é uma realidade emergente, que começa a surgir e se sedimentar, primeiramente na doutrina e apenas, muito raramente já foi de alguma forma tratada em precedentes judiciais. A significação em formação para a comunidade jurídica nacional.

Aliás, sequer podemos dizer que o termo ativismo judicial exista na jurisprudência de algum tribunal, pois o que sobre ele encontramos foi pouquíssimos

²⁶⁵ O desembargador Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior foi o pioneiro em acórdãos utilizando o termo como um imperativo das peculiaridades concernentes ao direito de família, o fez em três processos do mesmo Tribunal de Justiça, no Rio Grande do Sul: na Apelação Cível 598165736, na Apelação Cível 598472447 e no Agravo de Instrumento 70000138990, além da decisão cujo trecho citamos Cf.: BRASIL, Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível 70008795775. Sétima câmara cível. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Data de julgamento: 23/06/2004.

precedentes para que possamos falar em entendimento jurisprudencial da matéria, haja vista a notória irrelevância estatística dos mesmos.

Mas, basta estarmos atentos ao noticiário local, via imprensa escrita ou televisionada, para rendermos conta de que na acepção macro-processual por nós adotada controle das políticas públicas de implementação dos direitos sociais é deveras freqüente na atuação da magistratura pernambucana, seja para garantir o direito à saúde de um cidadão que foi baleado em uma ação de policiais²⁶⁶; seja a reforma de uma escola – direito à educação; seja a organização dos conselhos tutelares de Olinda – proteção à infância...

Se antes quando a jurisdição era apreendida como dizer o direito no caso concreto, o judiciário quando provocado a decidir sobre pontos eminentemente políticos se eximia de fazê-lo alegando não poder invadir as esferas de competência do legislativo ou executivo, hoje não é mais assim. A população, também, não aceita isso, pois não se contenta com mera previsão formal de direitos, deseja exercê-los efetivamente, nem que seja pela via judicial.

A pré-compreensão da judicatura hodierna não vislumbra o judiciário como mero esclarecedor dos conceitos previstos abstratamente pelo legislador, mas como última via para assegurar o respeito por todos – demais funções estatais inclusas – do plexo normativo da constituição. Isso muitas vezes exige uma postura do juiz mais ativa, diversa daquela consentânea com uma perspectiva privatística – clássica – do processo, que prevaleceu no Estado Democrático de Direito.

A mudança de importância das previsões constitucionais, sobretudo, dos direitos fundamentais é típica de um modelo estatal não subsumido, apenas, à lei; mas, um, no qual a própria lei e tudo mais devem observância à axiologia constitucionalmente prevista. Assim, sendo, mister se faz que analisemos qual é a pré-compreensão da judicatura que se faz prevalente a um Estado Constitucional e democrático de direito.

²⁶⁶ O que precisa de maiores discussões na comunidade jurídica... Será que havendo um orçamento destinado a proteção da saúde de toda população pernambucana é justo usar parte significativa dele para trazer uma equipe médica do exterior para operar uma única pessoa? Não que estejamos relativizando a importância ou o valor da vida, mas será que é isto que está assegurado no direito fundamental à saúde? Parece-nos que ainda há muito a ser clarificado sobre a matéria.

4.3 Pré-compreensão da judicatura no Estado Constitucional e Democrático de Direito.

É preciso evoluir cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial²⁶⁷

A emergência de efetividade dos direitos fundamentais propiciou caminho para defesa de um judiciário pró-ativo, pois o processo civil clássico já não é mais capaz de responder aos anseios da defesa de direitos coletivos e de todos os direitos fundamentais.

O princípio da universalidade da jurisdição (inciso XXXV do art. 5º) e os princípios deste corolários: do direito de ação, do direito de defesa, da igualdade das partes, do juiz natural e do contraditório devem ser compreendidos sob um enfoque duplo, pois basta assegurar o acesso das partes ao processo, mas no decorrer deste é imprescindível que o juiz desenvolva uma participação ativa, em todas as fases processuais. As novas exigências de coordenação, direção, diálogo, prova e cooperação²⁶⁸ propugnam um novo papel do juiz no processo.

Assim ao defendermos que o ativismo judicial nada mais é do que o sentido da jurisdição no Estado Constitucional, pois a pré-compreensão da judicatura não concebe a atividade jurisdicional mais como uma função neutral de aplicação da lei, mas como o dever estatal de defesa dos direitos fundamentais, não estamos impingindo uma quebra da imparcialidade do julgador que pauta toda a lógica central do processo, pois, conforme já destacamos oportunamente, ele não é neutro e tem que estar atento aos

²⁶⁷ Celso de Mello, STF MS 20999/DF.

²⁶⁸ O princípio da cooperação de origem portuguesa é o cerne dos atuais estudos do Profº Lúcio Grassi, ele trabalha o mesmo em atrelamento com a atuação do magistrado *no* processo, ou seja em uma perspectiva de micro-poder do ativismo judicial, vide GOUVEIA, Lucio Grassi. O ativismo judicial como garantia da paridade de armas no processo civil. In: SEVERO NETO, Manoel (org.). *Direito, cidadania & processo*. v.3. Recife: FASA, 2006, 187-204.

direitos e garantias constitucionais, logo toda sua atuação tem que estar pautada nos direitos fundamentais e ele tem que ter um compromisso apriorístico e singular com a efetividade de tais direitos.

O juiz tem que ser comprometido com a constituição e com os direitos fundamentais. Isto decorre de uma grande virada paradigmática sofrida no processo com a maturação da noção de supremacia constitucional, com o positivismo colocado em cheque e com a abertura, ainda que tímida, para a aceitação da multilateralidade do direito e para a complexidade.

Hoje será que poderíamos pensar as premissas não apenas com enfoque em solução, mas em efetivação dos direitos, se presumirmos que todo direito tem que ser efetivado, ainda que o seja em última instância pelo judiciário, poder inequivocamente o menos dotado de legitimidade, pelo ótica da legitimação democrática de escolha. Os juízes e tribunais teriam que concretizá-los, pois eles estão previstos, logo existem e fazem parte da esfera de direitos dos indivíduos que podem vindicar a forma de exercê-los pela via jurisdicional.

Tutela jurisdicional, é o agir estatal para implementação de direitos através do processo, ela é marcada pela atipicidade, pois o sistema, para garantir o acesso à justiça deve estabelecer formas de provimentos aptos a efetivar a todo e qualquer interesse material²⁶⁹, sobretudo, àqueles permeados pela nota distintiva da fundamentalidade. Aliás, como destaca o professor Alexandre Pimentel a tutela ordinária é cada vez mais extraordinária.

Hodiernamente a interpretação jurídica²⁷⁰ tem superada a idéia de que seu objetivo consiste em simples ato de explicar, esclarecer, ou conferir significado a um vocábulo de forma a apresentar-se o real sentido de uma expressão.²⁷¹

²⁶⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: DPJ, 2006, p.146-149.

²⁷⁰ HÄRBERLE, 2001, p. 12.

²⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 19ª ed., 2006, p. 8. SINGER, Carlos João Eduardo. *A importância da interpretação nas relações sócio-jurídicas*. In Revista IMES Direito. Ano II, nº 4, janeiro/julho 2002, p. 55. Assevera o autor que diante da complexidade que se estabeleceu, decorrente da multiplicidade de relações formais e materiais, "impõe-se ao intérprete o entendimento dos padrões vigentes da modernidade ter o conhecimento mais profundo do direito e da realidade social, com a revalorização da filosofia jurídica, como também ter a necessária vivência com os fatos sociais que representam a base da vida em sociedade, cabendo principalmente ao estruturador e

O ato interpretativo habita no estabelecimento do horizonte de sentido possível, latente no texto, cujo potencial de significação dependerá da tradição cultural e do momento histórico em que se encontra o intérprete e da sua abertura para o texto. É o que Gadamer destaca como sendo a alteridade textual, a comunicação entre o leitor e o texto exige “simplesmente a abertura à opinião do outro ou à do texto²⁷²”, não significa que o operador do direito deve continuar a perseguir a *mens legislatoris*, pois ante a complexidade inerente ao processo legislativo isto não seria possível²⁷³, mas para que compreendamos a *ratio essendi* da jurisdição enquanto garantia constitucional é indispensável que tenhamos uma consciência formada hermeneuticamente receptiva, desde o primeiro momento, ou seja, uma postura intelectual aberta às possibilidades comunicativas do texto.²⁷⁴

Isso implica o problema da neutralidade do juiz e sua imparcialidade. Isso diz com a cognição do juiz, porque ele não é neutro, ensejando o estudo da cognição *no* processo e a cognição *do* processo. (para Habermas, o investigador das ciências precisa conhecer as regras metodológicas e também tem que conhecer o fim a que se destina essa cognição).

Devemos estar abertos para reconhecemos as mutações de sentido que surgem na história. O processo dialético possibilita distinguir as modificações. O objeto

ao aplicador do direito perceber as causas e problemas que afligem a coletividade quer sob o aspecto individual, quer sob o aspecto coletivo e, assim, lograr interpretar corretamente as relações e implicações, tendo como balizamento a ética e a real finalidade da lei, cujo texto é frio, de forma que a regra legislada oportunize a geração do calor à justiça desejada.” Vigo esclarece que a interpretação no âmbito do direito continental vem sendo objeto de investigação intensa na busca de soluções para os novos problemas apresentados. Cf. VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Jurídica*. , Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 13.

²⁷² GADAMER, 2005, p. 42.

²⁷³ Além do que essa busca em identificar a vontade legislativa que orienta a elaboração dos textos legais – *mens legislatoris* – era totalmente compatível com a primeira fase hermenêutica, enquanto ela era apreendida como a arte de interpretar e propiciou desenvolvimento de diversas formas interpretativas: gramatical, histórica, teleológica, etc. No momento atual ela pouco elucida, pois a hermenêutica é a ciência da compreensão, que se desenvolve sob cânones hermenêuticos que possibilitam a perquirição da *ratio essendi* das leis.

²⁷⁴ Transcrevemos, pela clarividência da idéia contida, as palavras do próprio Gadamer sobre o assunto: “quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem neutralidade com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes.” Cf. GADAMER, 2005, p. 403.

de estudo não é o fenômeno (ôntico), mas o aspecto deontológico, ou seja, meio *no* qual se conhece o objeto da realidade.²⁷⁵

A progressiva redução e diminuição dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito conseqüencial a interdição de seu exercício abusivo. Mas, e quem controlaria a tirania togada que poderia advir desta amplíssima justiciabilidade? Pensar os limites dela também se faz imperioso.

O que vale juridicamente é definido através de um processo inequivocamente político. Assim podemos dizer que o processo de positivação do direito é o eixo central da hodierna relação entre direito e política, mas como direito e justiça não são conceitos coincidentes após a secularização do direito, a validade das leis é definido de forma decisionista, e a decisão foi outorgada pelo sistema ao judiciário²⁷⁶.

A dinâmica da modernidade é bastante peculiar e é pautada na negação, na crítica e no questionamento dos modelos, assim, é inerente ao operador do direito moderno a perscrutação dos conceitos dos institutos jurídicos basilares. E nisto consistirá nosso trabalho em analisar a significação do ativismo judicial. “A dinâmica da modernidade é algo mais que o arranjo social moderno. Este termo se refere à forma ou ao modo como se alteram as instituições modernas e as formas de vida. As forças motoras impulsionam um desafio que desenraiza e derruba qualquer ordem estabelecida. A dinâmica moderna se caracteriza por uma negação constante e pela justaposição, pela crítica e pela idealização.”²⁷⁷

Não podemos olvidar que os “objectos são determinados pela maneira como os compreendemos²⁷⁸”, assim superado o positivismo jurídico devemos estar cômnicos de que o direito não se resume à lei e o processo não é apenas o meio concretizar o direito abstrato previsto pelo legislador, como disse Chiovenda, nem é só o meio de justacomposição da lide, como afirmou Carnelutti, ele é mais, é a metodologia estatal de atuar a jurisdição, que é garantia constitucional. Assim, devemos compreendê-lo em

²⁷⁵ Por isso que se diz que a linguagem não é o instrumento *pelo* qual se dá a comunicação, mas sim é o próprio lugar onde a acontece a vida.

²⁷⁶ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.6-14.

²⁷⁷ HELLER, Agnes. Uma crise global da civilização. In: HELLER, Agnes. et al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: contraponto, 1999, p.17.

²⁷⁸ BLEICHER, 1999, p.46.

sua tridimensionalidade – político, teleológico e lei –. O direito de ação em seu sentido político é um dever do Estado; no aspecto teleológico envolve as relações de poder intrincadas pela desigualdade social e há de pautar-se nos parâmetros legais previamente instituídos dentro do processo democrático.

A desvinculação do processo de sua realidade fenomênica traz um distanciamento entre a pauta ordenadora – teoria – e a “realidade” – prática. O CPC responde e resolve para as relações privadas típicas liberais, mas com a insurgência de uma nova pauta reguladora pela CF/1988 ele não mais responde aos anseios alimentados pelos direitos nela albergados, sobretudo àqueles ditos fundamentais sociais que dependem de uma atuação positiva do estado para serem postos em prática.

O paradigma cartesiano não trará as soluções carecidas pelo incremento da complexidade da vida moderna, além do que a percepção da circunstancialidade e da historicidade do homem colocam as bases daquele em cheque.

Adicionemos à crise do cartesianismo o reconhecimento de que a constituição é ao mesmo tempo o vértex e a aurora que sustém todo ordenamento, é um sistema de valores – traduzidos nos direitos fundamentais – que pauta e há de permear todo o sistema jurídico, e teremos os ingredientes fundantes da virada paradigmática que abres as portas do jurídico ao pensamento sistêmico.

O cidadão passa a ser credor dos direitos constitucionalmente albergados e anseia pela sua implementação, mesmo que essa tenha que se dar sob os auspícios da jurisdição. Íncio, contudo, que esta não é a panacéia para todos os problemas, pois, também, é limitada e não apenas limitadora.

Mas, ainda urge amadurecer a discussão acerca da pré-compreensão da judicatura, que exsurge pós-virada paradigmática da relevância dos direitos fundamentais, como garantia constitucional de implementá-los para além das redomas meramente teóricas.

Pois, indubitavelmente, resta preeminente que para um dia pudermos ver os direitos fundamentais e as garantias constitucionais habitarem para além do universo onírico do povo brasileiro a adoção de um paradigma sistêmico, capaz de enxergar as

implicações do processo para além do âmbito jurídico-normativo apenas, contemplando sua realidade social, econômica e finalística, de quiçá viabilizar a vivência do homem com seus iguais – *convivência* – de forma pacífica, pois “nada é mais importante para o homem do que viver em compreensão mútua com os seus semelhantes²⁷⁹”

²⁷⁹ GADAMER, 2005, p. 405.

CONCLUSÕES

I. O processo de laicização do direito e a alçada da burguesia ao poder propiciaram as bases para prevalência do primado da LEI, como única forma de percepção do jurídico, que denotou um Estado por ela balizado, democrático, com a nota distintiva de uma carta política escrita, separando os poderes do Estado e salvaguardando direitos inalienáveis do homem. Acabamos nos distanciando de uma perspectiva humanista do direito, e isto não pode acontecer, pois o homem o cria como uma metodologia de autorregulação das condutas subjetivas, para viabilizar o convívio entre homens. Lembrando que o direito escrito é uma decorrência do processo de secularização do direito, uma resposta aos anseios burgueses e monopolização da produção normativa.

II. A tripartição dos poderes é uma forma de controle do poder pelo próprio poder, que possui uma configuração dinâmica e não estática, necessidade de atualização ao tempo histórico vigente, sem manutenção das amarras com as significações possíveis quando de seu surgimento, assim temos que verter nosso olhar para os acontecimentos históricos que impulsionaram a mutação na pré-compreensão que temos das três funções estatais, em nosso caso, sobremaneira, a jurisdicional.

III. Direitos fundamentais – mutação histórica ampliação das necessidades de liberação do homem, não apenas política e de livre pensamento, mas também, econômica o que ante a desigualdade social impende uma prestação positiva do Estado.

IV. A segunda guerra mundial acelera a derrocada da primazia da lei no direito, emergindo a relevância da defesa dos direitos como eixo central axiológico de todo o sistema jurídico. Devemos isto, sobretudo, ao trabalho do Tribunal Federal alemão. Agora, a constituição pode ser reconhecida como um sistema, haja vista sua ordenação, além de sua destinação ordenadora, é a pauta de valores de maior

relevância para os ordenamentos jurídicos hodiernos. A sedimentação da vitalidade dos direitos fundamentais para a própria condição humana é imprescindível para permitir a *liberdade*, evitar a *desigualdade* e fomentar a *solidariedade* que balizam a axiologia constitucional moderna.

Mas, a permissão pouco refletida de ampla tutela pelo judiciário da colocação em prática – melhor é falarmos em ausência de colocação ou colocação deficitária no caso brasileiro – dos direitos fundamentais, sobretudo os de segunda geração pode respaldar o fomento de uma *tiranía togada*, um novo tipo de despotismo esclarecido que, também, não nos parece almejável.

V. Crise das ciências sociais e do direito, o sistemático não responde mais, por conta de sua redução ôntico-causal analítica, então surge um novo paradigma de ciência – o sistêmico – que busca trabalhar com a complexidade e multi-versatilidade do direito, cuja realidade excede em muito à legislativa. Assim, a norma não se confunde com o texto, mas com a interpretação que dele exsurge e é possível reconhecemos a craga normativa dos princípios.

VI. O processo judicial não é apenas instrumento, mas, sobretudo, garantia constitucional enquanto limitador do poder político, pois é dotado, também, de uma dimensão política. Isto é assegurado é clarificado no bojo constitucional através do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Se somarmos a essa sua feição à proibição do *non liquet* – postulado básico da própria modernidade do direito – cancelada pelo dogma da completude do ordenamento jurídico, teremos como premissa basilar da atividade jurisdicional que todo problema que o Estado é provocado a decidir, deve ser resolvido. E quem ingressa com um processo quer um deslinde com a análise do mérito, ainda que a decisão seja pela sua improcedência. Assim, ao vindicar pela efetivação de um direito prestacional o cidadão não quer uma decisão explicando a impossibilidade de reivindicá-lo judicialmente, sob pena de invasão na esfera do administrador e do legislativo, que se furtam de cumprir com as previsões constitucionais.

VII. A compreensão tem como ponto de partida os nossos conceitos prévios – preconceitos –, mas estes transcendem os juízos meramente individuais, pois são condicionados à realidade histórica do nosso ser. Para alcançar a sua possibilidade verdadeira a compreensão se estrutura em tais elementos, mas sem que eles sejam arbitrários, pois são legitimados pelo seu compartilhamento como valor intersubjetivo. O problema é que a velocidade das mudanças hoje impõe que homens e mulheres estejam sempre abertos a rever hábitos, idéias e conceitos cada vez mais rapidamente. Por isso o surgimento do Estado social e a alteração da pré-compreensão da relevância dos direitos fundamentais, a partir do pós-guerra, acaba colidindo frontalmente com a noção clássica de jurisdição e processo.

VIII. A efetividade dos direitos fundamentais sociais depende de uma revisão da noção da jurisdição, pois depende de uma postura mais ativa e não neutral de juristas comprometidos com a dignidade humana preferente, devemos lembrar, que todas as instituições em uma democracia estão abertas à mudança, pois tudo pode ser “negado” por todos. Afinal, devemos a todo momento estar buscando um arranjo sócio-político que garanta a liberdade pessoal e política pode acomodar melhor a dinâmica da modernidade. Urge que procuremos definir a jurisdição hoje, pois “viver na incerteza é traumático. Viver na incerteza de significados e valores é ainda mais.”²⁸⁰

IX. Mudança de paradigmas nas teorias hermenêuticas. Não mais *mens legislatoris*. *Ratio essendi* através da abertura cognitiva e de uma postura intelectual aberta a alteridade do texto.

X. A valência normativa dos princípios e a necessidade de burilar os distintos conceitos acerca das normas, princípios, regras e texto. Rememorando-se sempre que da interpretação do texto advêm as normas, estas são gênero que abarca os princípios

²⁸⁰ HELLER, 2002, p.21.

(dotados de maior abstração) e as regras (postulados mais específicos). Os princípios constitucionais tornam a dignidade da pessoa humana como um valor preferente e dentre eles o princípio da inafastabilidade da jurisdição, propicia que as pequenas tiranias das injustiças incontroláveis subsistam. A cautela do constituinte ao inserir no seio da CF de 1988 os princípios que regem o processo no rol das garantias fundamentais corrobora a normatividade dos princípios norteadores da atividade jurisdicional, pois, a constituição é fonte formal das normas processuais.

XI. Houve uma reviravolta paradigmática no direito alterando significativamente a pré-compreensão da judicatura, pois o eixo central da atuação do juiz não é mais cumprir a lei, mas efetivar direitos fundamentais. O processo não é mais captado sob os auspícios da ótica privatista, mas sob o seu aspecto publicista. O prestígio da universalidade da jurisdição, ratificado pela sedimentação da normatividade dos princípios e a sua constitucionalização não representam o ocaso da tripartição dos poderes, mas reflete sua moderna feição, na qual a jurisdição é o instrumento fundamental para efetivação dos demais direitos fundamentais.

XII. A garantia constitucional de um controle jurisdicional inafastável há de ser interpretada de tal forma que dela se possa extrair espécies de tutela (provimento jurisdicional e seus respectivos efeitos) aptos a pacificar o mais diverso tipo de controvérsia. Assim, percebemos que a tutela jurisdicional é marcada pela atipicidade, pois o sistema, para garantir o acesso à justiça deve estabelecer formas de provimentos aptos a efetivar a todo e qualquer interesse material, sobretudo, àqueles permeados pela nota distintiva da fundamentalidade.

XIII. Agnes Heller²⁸¹ aponta como uma enfermidade moderna a deficiência de significados que dantes eram basilares e afirma que isto poderia dissolver a ordem política. “quanto mais os direitos ultrapassarem os deveres, menos um poder moral será

²⁸¹ HELLER, Agnes. 1999, p.23.

reconhecido; quanto mais os deveres ultrapassarem os direitos, menos a constituição será reconhecida como um poder moral.” Este última hipótese é exatamente o que vivemos no Brasil atualmente, basta que analisemos a altíssima carga tributária – equivalente às mais altas do mundo, como Alemanha e Suécia, por exemplo – em comparação a contraprestação oferecida pelo Estado, é inegável que o cidadão que paga todos os seus impostos e que é obrigado a pagar escola para seus filhos, plano de saúde para sua família, etc. achará a nossa constituição uma falácia.

XIV. Assim, não pode haver neutralidade ante a dignidade humana, pois é com ela o compromisso maior dos juízes e eles hão de defendê-la, pró-ativamente, se necessário. Uma dignidade preferente acima de tudo e não dizemos isso como mero jogo retórico ou semântico, mas como enfoque prioritário a ser usado em toda interpretação jurídica. Não há como almejarmos um juiz neutro, pois os direitos fundamentais para serem efetivados exigem um comprometimento apriorístico de todos os operadores jurídicos com os valores insertos nos direitos fundamentais. Mas, comprometimento com os direitos fundamentais não significa um cheque em branco dando amplos poderes e liberdade de atuação, nem um golpe mortal na teoria tripartite, que embasa um elaborado mecanismo de controles e freios do poder pelo próprio poder.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Mauricio Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do supremo tribunal federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais nos estado Democrático de Direito. *Nomadas: Revista Critica de Ciencias sociales y jurídicas*. Disponível em: <<http://www.ucm.es/info/nomadas/15/dcalmeida.pdf>>, Acesso em: 01 dez. 2006.

ALVIM, J.E. Carreira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAÚJO, Laís Corrêa. Os "ismos" e os "istas". Disponível em: <<http://www.geocities.com/SoHo/Den/9103/posfacio.html>>. Acesso em: 2 mai. 2008.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: (teoria generale e dogmatica)*. 2.ed. riv. e ampl. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1971.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

_____. *A era dos direitos*. 3. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 13.ed. São Paulo: Paz e terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Teoria do estado*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Jurisdição Constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=pt&nrm=isso> Acesso: 14 de maio de 2007.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 10 jun. 2008.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14 jul. 2007.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14 jul. 2007.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14 jul. 2007.

GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. USA: Thomson West, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUSATO, Paulo César. *Política jurídica como expressão da aproximação entre o Common Law e o civil law*. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível em: < > Acesso em: 12 jul 2007.

CALMON, Eliana. As gerações dos direitos e as novas tendências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.) *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CAMPOS, Hélio Sílvio Ourem. Estado de direito e organização de poderes uma evolução histórica. *Revista da AGU*, a.III, n.24, jun.2003. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_III_junho_2003/Helio-Estado%20de%20Direito.PDF>. Acesso em: 12 fev. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANARIS, Klaus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: SAFE, 1993.

CHAER, Márcio. Juízes devem ter papel mais ativo na interpretação da lei. *Revista Consultor Jurídico*, 15 de março de 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/42712,1>> Acesso em: 08 ago. 2007.

CINTRA, A. C. de Araújo; DINAMRGO, C. Rangel; GRINOVER, A. Pellegrini, *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CLAVERO, Bartolomé. Constitución Europea e historia constitucional: el rapto de los poderes. *Historia constituciona (revista elecronica)*, Oviedo, n. 6, set. 2005. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/06/articulos/html/Numero06.html>>. Acesso em: 07 abr. 2008.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. São Paulo: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.14, n.54, jan./mar. 2006

COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre a garantia constitucional do juiz natural. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, Ivo. Jurisdição constitucional e a promoção dos direitos sociais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho, *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DIAS, Ronaldo Bretãs de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

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

_____. Universalizar a tutela jurisdicional. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista4/04.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2008.

DIPPEL, Horst. Constitucionalismo moderno: introducción a una historia que necesita ser escrita. Disponível em: <<http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/08.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2007.

DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos: instituições políticas e direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1985.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

FERNANDEZ, Eusebio. *Teoría de la justicia y derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con - Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Ricardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermano Vitale, Danilo Zolo*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

_____. Sobre los derechos fundamentales. México: *Cuestiones constitucionales*. IJ-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/15/ard/ard5.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANCO, João Melo; MARTINS, Antonio Herlander Antunes. *Dicionário de conceitos e princípios jurídicos*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1991.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *Verdade e Método II: complementos e índices*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso, XXXV, da constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GLANZ, Aída. *Os direitos sociais e a moderna teoria da constituição*. Disponível em: <<http://www.prt1.mpt.gov.br/AidaArtigoDecisorioTrabalhista.doc>>. Acesso em: 12 jan. 2007.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3.ed. Madrid: Civitas, 2001.

GOUVEIA, Lucio Grassi. O ativismo judicial como garantia da paridade de armas no processo civil. In: SEVERO NETO, Manoel (org.). *Direito, cidadania & processo*. v.3. Recife: FASA, 2006, 187-204.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUIMARÃES, Deocleciano Torieri. *Dicionário técnico jurídico*. São Paulo: Rideel, 1995.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

HELLER, Agnes. *Uma revisión de la teoria de las necesidades*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1996.

_____. Uma crise global da civilização. In: HELLER, Agnes. et al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: contraponto, 1999.

HELLER, Agnes. et al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: contraponto, 1999.

HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1988.

Instituto Antônio HOUAISS de lexicografia. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

IPPÓLITO, Rita Marasco. Efetivação dos direitos fundamentais sociais. Disponível em: <<http://www.ucpel.tche.br/direito/revista/vol4/05.doc>>, Acesso em: 20 jan. 2007

KELSEN, Hans. *Teoria General del Estado*. Barcelona, Madrid, Buenos Aires: Labor, 1934.

_____. *Teoria Geral do direito e do Estado*. São Paulo Martins Fontes, 2005.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LIMA, George Marmelstein. *Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*. Monografia apresentada na especialização de Direito Público promovida pela UERJ em parceria com o CJF. Disponível em: <www.georgelimaxpg.com.br/alemanha.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2007.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 49, jul. 1990.

LUÑO PEREZ, Antônio Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. Madrid: Editorial Thecnos, 1999.

MALDONADO, Maurílio. *Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos : desenvolvimento no Estado brasileiro*. Site da Assembléia legislativa do Estado de São

Paulo. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf>. Acesso em: 04 ago 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A jurisdição no estado constitucional. *Biblioteca digital do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2174>>. Acesso em: 20 jun. 2007.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Berlin: Konrad Adenauer – stiftung, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 19ª ed., 2006.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. Disponível em: <Derechos liberales y derechos sociales. http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620824573839199024/cuaderno15/volIII/doxa15_09.pdf> Acesso em: 08 mar. 2007.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

MORENO, Cláudio. Disponível em: <http://www.sualingua.com.br/01/01_absenteismo.htm>. Acesso em: 2 mai. 2008.

MORIN, Edgar. *A Cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

MOURA ROCHA, José Elias Dubard de. *Interesses coletivos: ineficiência de sua tutela judicial*. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. *Processualística sistêmica*. *Revista da pós-graduação em direito da UNICAP*. Ano 1, n.1, 2002, p.147-172.

MOURA ROCHA, José de. *Sobre a jurisdição*. Symposium: *Revista da Universidade Católica de Pernambuco*. v.26, n.2, Recife, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa M^a de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia a direitos fundamentais*. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais*. V. I. Coimbra: Coimbra, 1996.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em: 14 set. 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Francisco Sérgio Magalhães; PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. *Separação dos poderes no atual estado democrático de direito brasileiro*. Disponível em: <<http://idcb.org.br/documentos/artigos1801/Separacao.doc>>. Acesso em: 04 ago. 2007.

PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucária. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, a. 8, n. 15, abr. 2006, p.128-146. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/282/28281509.pdf>> Acesso em: 12 jan. 2007.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31-51.

RULLI JÚNIOR, Antônio. *Universalidade da jurisdição*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Ordem e hermenêutica*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *Da teologia à metodologia: secularização e crise do pensamento jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Jurisdição constitucional e separação de poderes: limites e legitimidade do controle de constitucionalidade das leis. *Revista da pós-graduação em direito da UNICAP*. Ano 1, n.1, 2002, p.61-80.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v.1. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

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

SENGER, Carlos João Eduardo. *A importância da Interpretação nas relações sócio-jurídicas*. In Revista IMES Direito. Ano II, nº 4, janeiro/julho 2002.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos: checks and balances*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2006.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas: Papirus, 2002.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito Processual Civil: Do Antigo ao Novo Código*. Coimbra: Almedina, 1998.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Jurídica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: DPJ, 2006.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.