



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

ALEXANDRE STURION DE PAULA

LIMITES E POSSIBILIDADES PROCESSUAIS DO ATIVISMO
JUDICIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LONDRINA
2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ALEXANDRE STURION DE PAULA

**LIMITES E POSSIBILIDADES PROCESSUAIS DO ATIVISMO
JUDICIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**LONDRINA
2007**

ALEXANDRE STURION DE PAULA

**LIMITES E POSSIBILIDADES PROCESSUAIS DO ATIVISMO
JUDICIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial, com concentração em Direito Processual Civil, da Universidade Estadual de Londrina-UEL, como requisito parcial à aprovação do curso e outorga do título de Mestre em Direito. Dissertação orientada pelo Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti, e co-orientada pelo Prof. Dr. Marcos Antônio Striquer Soares.

Conceito: _____

Conceito conferido pela Banca Examinadora composta pelos Doutores:

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Doutor em Direito Processual Civil
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Marcos Antônio Striquer Soares

Doutor em Direito Constitucional
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Doutor em Filosofia
Universidade Federal do Rio de Janeiro

**LONDRINA
2007**

AGRADECIMENTOS

Aos colegas do Curso de Mestrado em Direito Negocial, em especial aos colegas da área de concentração em Processo Civil, pelo grato convívio e mútuo aprendizado, assim como ao contagiante colega Aldimar (*in memoria*).

À Capes pelo auxílio financeiro e pelo incentivo à pesquisa científica jurídica.

Agradeço ao Secretário Francisco pelo constante apoio aos mestrandos em todas as nossas atividades.

Durante a inicial vida acadêmico-científica tive a grata satisfação de poder compartilhar do convívio e contato com vários docentes que encontram no magistério uma vocação singular. A todos eles agradeço, pois um mestrando prestes à conclusão de seu curso representa o investimento depositado por vários professores, sem os quais o isolado autodidatismo não alcançaria maiores horizontes.

Agradeço com sinceridade as lições de meus orientadores Luiz Fernando Bellinetti e Marcos Antônio Striquer Soares, que souberam criticar construtivamente e, mesmo diante de controvérsias respeitaram os posicionamentos no estudo em demonstração de que na inexatidão precisa do Direito prevalece a democrática construção crítica e a própria pesquisa científica.

Agradeço, por fim, e de forma muito especial, à minha família que nestes dois anos de curso me possibilitaram o incentivo necessário para que pudesse fazer com que este preparado sonho acadêmico se tornasse realidade. A todos vocês meus sinceros agradecimentos. À Deus e à Virgem Santíssima por me possibilitar trilhar esta caminhada.

DEDICATÓRIA

Dedico o presente estudo a meus pais, Malver e Édina. Ao pai pelo incentivo e sacrifício no escritório possibilitando que hoje pudesse concluir o Curso. À mãe por sempre ter o dom de me encorajar diante do cansaço e animar a prosseguir em meus projetos de vida. À minha noiva Aline por tanta compreensão e perseverança. Aos meus irmãos pelo constante apoio. Sobretudo, à Deus, pela oportunidade da vida e das aspirações acadêmicas.

PAULA, Alexandre Sturion de. **Limites e possibilidades processuais do ativismo judicial à luz da Constituição Federal**. Londrina, 2007. 163f. Dissertação. (Mestrado em Direito Negocial) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Londrina.

O estudo em questão objetiva aferir as possibilidades processuais do ativismo judicial no processo. Para tanto analisa as concepções de Direito, Processo, Estado, Jurisdição, Constituição e Poder. A investigação, partindo da premissa da existência de um Estado Democrático de Direito Social que alterou o pensamento jurídico vigente impondo uma nova sistemática na aplicação do direito e concretização da justiça, toma o julgador como referencial de análise, e busca constatar quais os limites e possibilidade do ativismo judicial na instrução probatória, antecipação de tutela, litigância de má-fé, acesso à justiça e implementação de políticas públicas. Objetiva concluir pela necessidade de um ativismo judicial que tenha na hermenêutica constitucional e sistemática do Direito o norte para a efetiva e eficaz prestação jurisdicional. O estudo não busca ser exaustivo sobre a temática, mas sim, atualizar e incorporar novo posicionamento ao contexto das discussões em torno do Direito Processual Constitucional. O estudo ampara-se em técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Juiz – Hermenêutica – Estado Social – Direito – Processo - Constituição

PAULA, Alexandre Sturion de. **Procedural limits and possibilities to the judicial activity to the light of the Federal Constitution.** Londrina, 2007. 163f. Monograph. (Master in Business Right) - Center of Applied Social Sciences, State University of Londrina.

The study in question objectively assess the possibilities for procedural judicial activism in the process. For both reviews the concepts of law, procedure, rule, Jurisdiction, Constitution and Power. The research, based on the premise of the existence of a Democratic State of Social Right changed the thinking existing legal imposing a new systematic application of the law and implementation of justice, takes the judging as a benchmark for analysis, which include search and the limits and possibilities the judicial activism in the probative, anticipation of guardianship, litigation in bad faith, access to justice and implementation of public policies. Objective complete by the need for a judicial activism that has the constitutional and systematic hermeneutics of law to the north the effective and efficient provision court. The study does not seek to be exhaustive on the subject, but, update and incorporate new positioning the context of the discussions around the Constitutional Law Procedure. The study supports itself in technical bibliographical research.

Word-key: Judge – Hermeneutic – State Social – Right – Process – Constitution

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. DIREITO E PROCESSO. NOÇÕES	12
2.1. Gênese histórica e evolução do Direito	12
2.2. Noções definidoras e conceituais do Direito	16
2.3. Direito processual: instrumento da jurisdição	18
2.4. Noções de princípio, norma, regra e valor	21
3. ESTADO SOCIAL E CONSTITUIÇÃO	22
3.1. O Estado e sua evolução: da sociedade ao Estado Social	22
3.2. A Constituição de 1988 e o Estado Social Constitucionalizado	30
3.3. Constituição: gênese, concepções, e suas funções	35
3.4. Sistema Constitucional e normas constitucionais	41
4. CONCEPÇÕES DA JURISDIÇÃO	45
4.1. Modernas noções conceituais de jurisdição	46
4.1.1. Chiovenda	47
4.1.2. Carnelutti	47
4.1.3. Calamandrei	49
4.1.4. Kelsen	50
4.1.5. Couture – nosso posicionamento	51
4.1.6. Outras concepções de jurisdição	52
4.2. Características e escopos da Jurisdição	53
5. OS PODERES E A LEGITIMIDADE DO JUIZ	56
5.1. Conceito e teorias do poder	57
5.2. Formas de exercício do poder	60
5.3. O juiz na história e no Estado	62
5.4. A atual seleção dos juízes e sua legitimidade	67
6. ENSINO JURÍDICO, HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E INTEPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO DIREITO	71
6.1. Infiltração da zetética no ensino jurídico	71
6.2. Importância da hermenêutica constitucional	74
6.3. Interpretação Constitucional e Sistemática do Direito	76
7. POSSIBILIDADES DE UM ATIVISMO JUDICIAL PELA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS	82
7.1. Noções e eficácia da norma constitucional	84
7.2. Normas constitucionais programáticas	88
7.3. Constituição econômica programática: à guisa de conclusão	91
8. ATIVISMO JUDICIAL, FORMALISMO E SEGURANÇA JURÍDICA	95
8.1. Concepção de ativismo judicial	95
8.2. Formalismo jurídico e ativismo judicial	97
8.3. Ativismo Judicial e Segurança Jurídica	99
9. O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE AS BALIZAS HERMENÊUTICAS E	103

PROCEDIMENTAIS SEGUNDO OS JUSFILÓSOFOS	
9.1. Valores sociais e ativismo judicial e as lições de Hans Kelsen	103
9.2. As regras do jogo no ativismo judicial e as lições de Hebert Hart	104
9.3. A ponderação no ativismo judicial e as lições de Max Weber	106
9.4. A interpretação no ativismo judicial e as lições de Ronald Dworkin	108
9.5. Sincretismo entre procedimentalismo e substancialismo no ativismo judicial e as lições de Robert Alexy	110
9.6. A racionalidade comunicativa no ativismo judicial e as lições de Jürgen Habermas	111
10. LIMITES E POSSIBILIDADES PARA O ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO	114
10.1. Ativismo judicial na instrução	114
10.2. Ativismo judicial na antecipação de tutela	119
10.3. Ativismo judicial diante da litigância de má-fé e do atentado à dignidade da justiça	124
10.4. Ativismo judicial e o acesso à justiça: concessão da assistência judiciária gratuita	129
10.5. Ativismo judicial e judicialização de políticas públicas	133
10.6. Ativismo judicial na implantação da qualidade total no Poder Judiciário	137
10.7. Derradeiras considerações sobre as limitações do ativismo judicial	141
11. CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS	152

1. INTRODUÇÃO

A dissertação em questão tem em conta que o sistema jurídico brasileiro, em seu conjunto, ainda está imerso em uma cultura formalista distante da realidade social brasileira. Muito embora o processo civil venha ganhando dinamismo para a promoção do acesso à justiça e da efetividade do processo, e o constitucionalismo moderno pretenda socializar as relações jurídicas, ainda não se sedimentou com clareza a certeza de que a forma não prepondera o valor que por ela se emana.

Há, pois, que se desconstituir o atual pensar jurídico para adequá-lo ao novo paradigma jurídico imposto pela Constituição Federal de 1988, ainda relegada, para que o processo atinja a efetividade perseguida e o Poder Judiciário assuma o mister que lhe incumbe.

O julgador, neste contexto, exerce especial destaque, eis que é o Estado-Juiz o detentor da jurisdição. Trata-se, pois, da necessidade de construção de um novo paradigma da jurisdição, que deve ser interpretada e aplicada não mais segundo ditames meramente normativos, em sintonia com o formalismo jurídico frio e legalista, mas sim, em consonância com a hermenêutica e princípios constitucionais que informam o Estado e os poderes dele emanados para a concretização do direito.

Em face dos crescentes conflitos trazidos a um processo para que o Estado-Juiz lhes dê a devida solução, o estudo almeja indagar, diante da nova ordem constitucional, quais são as limitações e reais possibilidades que o julgador, no processo, dispõe para com apurada hermenêutica constitucional e aplicação de instrumentos processuais, trazer acesso à justiça, efetividade processual e satisfatória solução aos conflitos.

A investigação em tela pretende analisar o ativismo judicial na persecução da efetividade do processo, eis que esta representa, segundo Donaldo Armelin, a tradução do acesso à justiça.¹ Esta efetividade há muito propalada, em concreto não tem transbordado os alicerces da teoria. E este fato se deve, dentre outros fatores, à persistência de uma cultura jurídica positivista e distante dos

¹ Segundo Donaldo Armelin (apud SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 69): "(...) basicamente, o acesso à Justiça pode ser traduzido como uma questão que passa, inexoravelmente, por dois problemas subjacentes: a efetividade do processo e a sua socialização".

ditames constitucionais e da realidade social brasileira que redundam, em especial, na falaciosa neutralidade do julgador.

Neste sentido, concebendo pela urgente necessidade de um atuar judicial mais ativo, posto que “o juiz que se omite é tão nocivo quanto ao juiz que julga mal”², a pesquisa estreita-se à análise da aplicação e interpretação do direito pelo juiz, atento à maior efetividade do processo, efetividade esta que deve atingir a prática e abstrair-se da retórica, interligando “processo civil com a justiça social”.³

Para tais intentos se faz imprescindível prévios posicionamentos acerca das concepções de Direito, Processo, Jurisdição, Estado, Constituição e Poder, para culminar na concretização das normas constitucionais e processuais pelo ativismo judicial. Ressalte-se, portanto, que a adoção dos quatro primeiros capítulos da dissertação almejam estruturar as balizas do sistema jurídico por nós concebido.

Nos capítulos 6, 7, 8 e 9 apresentaremos algumas críticas relacionadas à formação e atuação do julgador, assim como a concepção adotada do ativismo judicial. No último capítulo apontaremos com maior especificidade as possibilidades e os limites do ativismo judicial no processo.

Percebe-se, pois, a relevância da investigação diante da necessidade hodierna de se impulsionar fomento aos estudos do processo e seus conflitos intersubjetivos, atribuindo instrumentos e novos posicionamentos teóricos que corroborem com a atividade do operador do Direito, em especial o magistrado, para que a efetividade do processo rompa com a retórica e com os excessos de alguns dogmas processuais para atingir seu fim último, que consiste em manter a paz social com uma acessível, justa, rápida e eficaz prestação jurisdicional.

A pesquisa, portanto, parte da premissa de que “as necessidades do mundo moderno requerem a atuação participativa do Estado-Juiz, ficando relegada a segundo plano a concepção da inércia irrestrita do Poder Judiciário”,⁴ de forma que o papel do juiz é fundamental no processo judicial, mormente diante de um Estado Democrático de Direito social, que exige uma interpretação e aplicação de valores que possibilitem a efetividade do processo a partir de sistemática

² MARINONI, L. G. *Novas Linhas de Processo Civil*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 124.

³ *Ibid*, p. 25.

⁴ SOARES, R. A. M. *Tutela Jurisdicional Diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 48.

interpretação do direito ao caso concreto.

Não se pretende apenas reproduzir, mas sim contribuir com os novos posicionamentos. “A idade dos sonhos dogmáticos acabou”,⁵ mas ainda são os estudos dogmáticos admitidos em detrimento de novos pensamentos. Hoje “não se pode pensar o processo na ausência da luz constitucional. Ou melhor, a teoria do Estado e o direito constitucional fazem parte da moderna processualística.”⁶ A Constituição, no entanto, vem sendo pouco empregada como fomento jurídico a motivar o dinamismo processual pelo julgador, não raras vezes burlada por leis infraconstitucionais, em aversão a construção escalonada dos níveis de normas jurídicas kelseniana.⁷

Note-se que, tendo em vista a renitência do legalismo positivista, um ativismo judicial faz-se salutar, mormente se considerado os direitos fundamentais sedimentados na Constituição, a realidade social brasileira e a neutralidade jurídica que se desenvolve desde os bancos acadêmicos, em oposição ao dinamismo processual que viabiliza instrumentos de efetivação dos direitos materiais.

Destarte, “o juiz moderno, portanto, ciente da sua responsabilidade, deve participar ativamente do processo”.⁸ Cumpre neste estudo, analisar como este ativismo judicial poderá ocorrer no processo. Por certo que não se esgotará, por inadmissível, a aferição do ativismo judicial em todos os atos, procedimentos e ritos processuais, de forma que elegemos alguns pontos fundamentais do processo, como a instrução probatória, a antecipação de tutela, a litigância de má-fé, o acesso à justiça através da assistência judiciária, a implantação da qualidade total ao Poder Judiciário e a concretização de políticas públicas como pontos referencias de nossa análise.

O estudo principiou por investigação segundo técnica de pesquisa bibliográfica.

⁵ MARINONI, op. cit., p. 19.

⁶ Ibid., p. 21.

⁷ Segundo Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 247): “a norma jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas [...] Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”.

⁸ MARINONI, op. cit., p. 102.

2. DIREITO E PROCESSO: NOÇÕES

Em estudos mais detalhados são recomendáveis, ao menos sumariamente, a análise de certa origem ou fidelidade histórica da temática para melhor pautar as colocações que hoje se firmam. A dissertação em questão, ao ter o direito e o processo como fundamento, não poderia ser diferente.

Por certo não ousaremos retroagir a pormenores históricos os quais os manuais de Introdução ao Estudo do Direito e Teoria Geral do Processo bem o fazem e dispensam maiores digressões, no entanto oportuno desde logo alinhar nossas concepções.

2.1. Gênese histórica e evolução do Direito

Ao ponderarmos uma linha genealógica do Direito, que sempre se faz em construção, nos deparamos com a dificuldade de se apontar a real gênese do direito, pois como já afirmava Caio Mário, “onde quer que homens coexistam, seja na célula menor que é organismo familiar, seja na unidade tribal, seja na entidade estatal, ainda que em estágio rudimentar, encontra-se sempre o fenômeno jurídico”.⁹

Porém, de pronto podemos afirmar que o Direito, em sua gênese, caracterizou-se por sua plena oralidade, configurando-se com maior propriedade na manifestação dos sacerdotes, “que foram os primeiros juízes”¹⁰. Tratava-se de um conhecimento restrito e que conferia privilégios aos seus conhecedores, em especial ao se considerar que no período arcaico o Direito era indissociável da Religião e da Moral, de forma que uma sentença de um sacerdote revestia-se de divindade, e impunha sanções severas que culminavam na perda da liberdade e até na morte do reputado ‘infrator’.

A reiteração no decorrer do tempo de sentenças dos sacerdotes, chefes e reis passaram a representar a nascente do direito. Assim é que segundo Paulo Dourado de Gusmão “a primeira fonte do direito é, pois, a sentença do juiz.

⁹ PEREIRA, C. M. S. *Instituições de Direito Civil*. v. 1, 19 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 3.

¹⁰ GUSMÃO, P. D. *Introdução ao Estudo do Direito*. 30 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 287.

Antes de existirem os costumes, e as leis, existiam as sentenças dos chefes”.¹¹ Prosseguindo advieram as leis, que retratavam a essência das sentenças proferidas pela legitimada autoridade dos chefes, ou seja, as leis passaram a se tornar precedentes obrigatórios, e portanto, surgiu o costume em sua observância material e formal, mesmo porque em período em muito pretérito afrontar a lei, e o costume era um pecado, já que a lei representava um precedente revestido de divindade, sujeito a diversas sanções, hoje concebidas categoricamente como desumanas.

Como é de se caracterizar as sociedades humanas, estas progrediram e aumentaram-se de forma que as relações jurídicas havidas no seio desta sociedade também atingiram gradativos aumentos, ao ponto de se exigir que o direito consuetudinário, até então amplamente observado, fosse positivado. Isto porque, como ressalta Gusmão,

à medida que as relações jurídicas multiplicaram-se, tornando-se complexas, e que as sociedades pluralizaram-se, tornaram-se incertos os costumes, sendo então compilados por sacerdotes ou por determinação real. Tal é a origem dos antigos códigos, como, por exemplo, o de Hamurabi.¹²

Os Códigos como o de Ur-Namu e de Hamurabi eram apresentados como transmitidos pela divindade, de modo que os sacerdotes-juizes ou os reis-juizes, invocando as divindades apresentavam grandes poderes, realizando os conhecidos ‘Julgamentos de Deus’, impondo ordálias que, ao que cremos, apenas deveriam demonstrar o poder dos juizes, o temor à observância da ‘lei’ e a crença da divindade dos julgamentos e decisões dos sacerdotes e reis.

Ainda no período arcaico o formalismo era observado com destacado fervor. Cerimoniais, atos simbólicos, palavras e rituais sagrados, gestos e ações compunham julgamentos e relações jurídicas. Interessante ressaltar que neste período os indivíduos não detinham direitos, mas tão-somente deveres. Os grupos é quem detinham legitimidade para contratar e estes possuíam direitos. O direito em sua gênese, portanto, possuía forte vigor no direito coletivo, o qual hoje é tratado com relativa novidade.

A observância de formalismos prosseguiu também no direito egípcio, que, porém, alternaram a divindade dos deuses pela dos Faraós na realização dos

¹¹ GUSMÃO, op. cit.,

¹² Id Ibid.

formulários preestabelecidos. “Os tribunais, cujos juízes eram dignitários locais, julgavam em nome do Faraó, orientados por um funcionário da corte, que dirigia o julgamento.”¹³ E a fluência entre Direito e Religião prosseguiu por diversos povos e períodos, assim como aos hebreus, com o Livro da Lei, o Deuteronômio, posteriormente condensado na Torá, que apresentava a lei positivada e prescrita então existentes.

Contudo, ainda no direito grego antigo já se verifica o distanciamento entre Direito e Religião, eis que

O direito da Grécia Antiga, particularmente o de Atenas, era bem diferente do direito do Egito e do direito da Mesopotâmia; apesar de conter elementos religiosos e morais, não era considerado como expressão da vontade da divindade da cidade-Estado.¹⁴

Os gregos emergem uma nova forma de criação do direito, com a instituição da governantes, mas estabelecida livremente pelo povo na Assembléia”.¹⁵ Os gregos, desta forma deixaram além das terminologias jurídicas até hoje observadas (quirografário, hipoteca, anticrese, etc) legados que nos são sagrados como a democracia e o direito público, e sobretudo, a justiça, que segundo Gusmão, “pode-se dizer, era a meta do direito grego, confundida sempre com o bem da ‘polis’.”¹⁶

No entanto, ao findarmos este pequeno apanhado da gênese do direito, podemos apontar qu organizaram e fomentaram a solidificação do direito. Primeiro os romanos separaram o direito da religião com a Lei das XII Tábuas. Aliás, diverso dos gregos, os romanos não possuíam a “personificação da idéia do direito em figuras divinas”,¹⁷ o que já sinalizava a distinção entre direito e religião. Motivaram com os pareceres de Papiniano, Ulpiano e Gaio a criação da ciência jurídica como forma de interpretar e aprimorar as leis, suprimindo casos omissos pela lei. Os pareceres destes jurisconsultos foram compilados e resultaram no ‘Corpus Juris Civilis Romanorum’, que posteriormente veio a representar o marco do direito europeu.¹⁸

¹³ GUSMÃO, op. cit., p. 291.

¹⁴ Ibid., p. 296.

¹⁵ Id Ibid.

¹⁶ Id Ibid.

¹⁷ CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 32.

¹⁸ Cf. GUSMÃO, op. cit., p. 299.

O direito romano residiu tão forte nos demais ordenamentos jurídicos que o direito comum alemão e as Ordenações Filipinas sofreram grande influência dos romanos, tanto que a Lei da Boa Razão, de 1769, “mandava o juiz recorrer ao direito romano em caso de lacuna”.¹⁹ O direito germânico aplicável aos latinos, no entanto, não logrou a mesma sistematização pluralismo de tribos germânicas surgidas, e cada qual com suas leis e costumes. Surgiram aí a ‘Lex Wisigothorum’, dos godos, a ‘Lex Borgundionum’, dos bargundos, a ‘Lex Alamannorum’, dos alemães, e a ‘Lex Salica’, dos francos.²⁰

Os glosadores de Bolonha, na Idade Média, tornam a renascer o direito romano, e o Direito Canônico também passou a influenciar-se por esse, e tanto o direito romano como o canônico contribuíram enfaticamente para a formação e evolução do direito moderno. Este passou a sentir a necessidade de novas tratativas para as diversas relações jurídicas que doravante se despontavam, em especial pelo comércio marítimo e suas influências. Novos Códigos e Constituições mitigaram entre o enfraquecimento e revigoramento do direito romano, como se observou no tocante ao direito civil francês, no entanto, fortalecendo o sistema continental, codificado, o ‘civil-law’.

No sistema que preservou maior identidade com o direito romano, a lei representa a principal fonte do direito, e as codificações, e caracteriza-se como alicerce basilar da estrutura jurídica do ordenamento jurídico do Estado. Assim caracterizaram-se o direito francês e alemão.

No entanto, com menor apego ao direito romano, e à identidade do direito com a lei codificada, encontra-se o sistema do ‘common law’, ou anglo-americano, que tem nos precedentes judiciais o grande alicerce do direito, possuindo a lei fundamento secundário.

A gênese do direito, por assim dizer, e de forma sintética e estanque como acima se apontou, pode ser resumida na evolução da observância de costumes e dizeres de juízes sacerdotais, cujas sentenças eram revestidas de divindade, até a separação entre direito e religião e as recentes codificações, presenciadas inclusive no sistema ‘common law’. De toda sorte, é certo afirmar que mais difícil que traçar a real gênese normativa ou costumeira do direito, é pretender

¹⁹ GUSMÃO, op. cit., p. 301.

²⁰ Cf. GUSMÃO, op. cit., p. 300 seq.

apontar um ponto culminante e final de sua evolução, já que o direito é e sempre se faz em constante e perene evolução.

2.2. Noções definidoras e conceituais do Direito

A noção basilar da definição do Direito está ligado à conduta humana, assim como a conduta humana”.²¹ Para Kelsen “a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas com pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas”.²²

Porém, Norberto Bobbio salienta que “o problema da definição do Direito encontra sua localização apropriada na teoria do ordenamento jurídico e não na teoria da norma”.²³ Bobbio sintetiza que “o que comumente chamamos de Direito é mais uma característica de certos ordenamentos normativos que de certas normas”.²⁴

Desta forma, a definição de direito não está atrelada apenas às idéias de conduta normativada, embora a forte influência de Hans Kelsen, mas também à idéia de sistema, ordenamento e sanção organizada, como leciona Bobbio.²⁵ Ressalte-se, ainda, que um sociólogo ou um filósofo poderão apresentar uma definição divorciada do Direito, buscando concebê-lo, talvez, como fenômeno social, daí o eco na doutrina de que a definição e conceituação do Direito é por demasiada subjetiva e incerta.

No entanto, buscando certa delimitação teórica e para chegarmos à conceituação do Direito, e atentos à lição de Bellinetti quanto a imprescindibilidade, “como matéria preliminar, que em qualquer trabalho jurídico exponha o autor qual é sua visão do direito”,²⁶ que já adiantamos não pode ser pura e simplesmente

²¹ VILANOVA, L. *Causalidade e Relação no Direito*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 110.

²² KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 79.

²³ BOBBIO, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed., Brasília: UnB, 1997, p. 28.

²⁴ Id *Ibid*.

²⁵ Id *Ibid*.

²⁶ BELLINETTI, L. F. *Sentença Civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 20.

normativa, é salutar tomar duas concepções: uma é de que “o Direito é o princípio de adequação do homem à vida social”,²⁷ outra é que o Direito é, pois,

uma idéia bem elaborada pelo espírito, idéia ética, forma normativa que torna possível ao homem a realização, em sociedade, de suas potencialidades criadoras, isto é, a realização de seus valores, conforme a intensidade de suas valorações.²⁸

Assim podemos concluir que o conceito de Direito deve conceber: a) a inserção do homem na sociedade (*ubi societas ibi jus*); b) de que o Direito é fruto da criação humana para o próprio homem; c) de que o Direito apresenta-se como o instrumento a fim de permitir o máximo de igualdade de “status” jurídico; d) de que o Direito sistematiza todas estas concepções ordenando valores, ideais, princípios e normas para a reta conduta □□□□□□□□□□ capazes de remover a desarmonia social.

De que vale o Direito sem a presença do homem e da sociedade? Assim, deve seu conceito girar em torno do homem. Mas no sentido prático, ou seja, quanto a realização das condutas humanas, vez que são estas que podem interferir na relação de um para com outro ou outros seres humanos, e, por tanto, ser relevante que o seu fazer ou deixar de fazer, mais que seu intrínseco pensamento, seja calcado em certos princípios, regras, ideais, normas que superam a mera limitação, objetivando assegurar que o poder de um não afete a liberdade, a igualdade e as condições de existência humana dos outros.

Portanto, o Direito tem, dentre seus misteres, a limitação de poderes para resguardar o mínimo de igualdade social entre todos. Por certo que, ao direcionar pela reta conduta permite o seu cumprimento ou descumprimento. E para a segurança da ordem social deve possuir medidas sancionatórias a fim de restaurar a harmonia rompida pelo descumprimento □□□□□□□□□□.

Desta forma, o Direito, em nossa singela concepção: é o ramo do conhecimento criado pelo homem que, segundo ideais e valores coletivos, sistematiza princípios, normas e regras que orientam a conduta e as relações humanas para uma harmônica convivência social, que uma vez desrespeitada enseja a respectiva sanção por autoridade competente que reorganize a harmonia anteriormente almejada.

²⁷ PEREIRA, op. cit., p. 5.

²⁸ BOSON, G. B. M. *Constitucionalização do Direito Internacional: internacionalização do Direito Constitucional – Direito Constitucional Internacional Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 46.

2.3. Direito processual: instrumento da jurisdição

É fluente nos estudos do direito a concepção de que o processo é o instrumento da jurisdição. Mas seria um instrumento de concretização do direito? Desde logo esta noção poderia transparecer vaga para quem concebesse o direito como algo inexato e maleável à volitividade dos indivíduos em uma sociedade em permanente progresso. De igual forma poderia se apresentar uma noção inconclusiva ao se partir do entendimento de que o processo civil nada mais representa que uma estratégia de poder. Em ambos os casos a indagação seria: o processo civil instrumentaliza qual direito e a quem?

Como sabido no direito romano o processo se caracterizava pela sua concepção privatística, ou segundo a idéia de contrato. Em sua gênese romana, “o processo dependia de prévio consenso das partes”²⁹, na época da ‘litis contestatio’ “o Estado não se impunha sobre os particulares ou não era capaz de sujeitar os litigantes à sua decisão. Era preciso que as partes se submetessem incontestate, o processo assume caráter público, e o Estado possui poder de intervenção nas relações entre as partes, através da jurisdição, e pela investidura do Estado-juiz com poder de império e poder de sanção, meios coercitivos e substituição das partes.

É dispensável o cotejo mais profundo sobre a importância dos fatores políticos subjacentes à discussão do processo, e, em especial, a maior ou menor presença e imposição do Estado nas relações e condutas humanas, pois, desde a autonomia do processo civil, o indivíduo continuou exercendo salutar participação ativa no processo, porém, “o processo é colocado pelo Estado à disposição das partes, mas bem sabem elas que estão submetidas ao poder jurisdicional, dele não podendo escapar”.³⁰

Assim, como bem destaca Dinamarco,

Se hoje é possível a plena consciência do monopólio estatal do poder de realizar imperativamente os desígnios do direito objetivo substancial, é porque a civilização dos povos evoluiu o suficiente para que, acima dos indivíduos, se instituísse e

²⁹ MARINONI, L. G. *Curso de Processo Civil 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 387.

³⁰ MARINONI, p. 389.

consolidasse a autoridade de um Estado responsável pela paz social e pelo bem-comum.³¹

Observa-se, assim, que nos parece que não se mostra de todo racional ditar que o processo é, pura e simplesmente, a instrumentalização do direito, pois assim como o direito recebe influências cotidianas no seio da sociedade e do Estado, há de se considerar que o processo instrumentaliza o direito segundo a direção que lhe é imposta pelos modelos políticos. E ainda segundo lição Mirjan Damaska, resgatada por Carlos Augusto Silva, há “inutilidade de perquirir-se sobre os diferentes modelos políticos”,³² realçando ainda que “fatores políticos desempenham papel central na explicação dos notáveis contornos dos sistemas processuais”.³³

O Estado, ao qual se estrutura os fatores e modelos políticos, demonstra-se elemento imprescindível para a desenvoltura do processo civil para real e efetivo alcance de seus escopos, sejam eles político, jurídico, social ou econômico. Note-se que o dirigismo estatal emana no sentido de que “o processo judicial deixa de ser visualizado como mera disputa entre sujeitos privados, indiferente ao interesse estatal. A condução dos processos judiciais deve, nessa visão ativa do Estado, ser controlada por agentes estatais”.³⁴

Destarte, o processo instrumentalizará o direito segundo a direção estatal determinar ou, ainda, segundo a concepção se der ao direito pelo próprio Estado, o que destaca a importância de se compreender os modelos político e ideológicos estatais para, então, melhor entender o sistema processual e a instrumentalização da jurisdição e do processo por se conceber que o Estado preocupa-se com a efetiva aplicação do direito aos casos concretos, mas sim, porque o Estado importa-se “com o conjunto das situações submetidas ao crivo da jurisdição, pois, assim, é que o seu poder se impõe”.³⁵

Neste escólio é que se concebe que “o processo civil disciplina o exercício de um poder, no sentido de que as leis processuais regulam a atividade jurisdicional, e a formatação dessas normas afeta diretamente o exercício da

³¹ DINAMARCO, C. R. *Execução Civil*. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31.

³² SILVA, C. A. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 8.

³³ Id *Ibid*.

³⁴ *Ibid.*, p. 9.

³⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 73.

jurisdição.”³⁶ É possível, então, compreender que o tolhimento por normas processuais de valores democráticos, por vezes restringindo o próprio sistema judiciário de seus misteres maiores, caracteriza-se como clara demonstração de atuação de detentores do poder agindo estrategicamente segundo seus interesses e seu poder.

Destarte, o entrelaçamento entre o modelo jurídico-político estatal e a jurisdição com o processo se apresentam amplamente conexos, eis que conforme o atuar ideológico e jurídico estatal haverá determinada amplitude ou limitação para que a jurisdição desenvolva, no processo, as persecuções esperadas pelo indivíduo e pela sociedade. E lembremos que a ótica positivista marcadamente inserida na concepção dos juristas pátrios até recentemente tinha por concepção uma visão de processo diversa da que modernamente se busca solidificar. Segundo Elaine Harzheim Macedo,

sob a ótica positivista, pode-se afirmar que o processo surgiu como método ou sistema de atuação da jurisdição, visando exatamente a afastar qualquer orientação discricionária da parte dos órgãos ou agentes jurisdicionais, isso é, os tribunais e os juízes, traduzindo-se essa forma de agir em juízo como ‘procedimento judicial’, representativo da movimentação do processo, mas que com ele não se confunde.³⁷

Entretanto, modernamente, “um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige postura ativa do magistrado.”³⁸ E isto se deve justamente ao Estado Democrático de Direito que se faz presente no seio da sociedade atual, e que não mais admite que o juiz atue como o fazia no Estado Liberal. Assim, prosseguimos o presente estudo com a noção de que o processo é um instrumento do poder revestido pela jurisdição, e por tal razão necessário se faz a análise acerca do Estado social e da Jurisdição para compreendermos com clareza o sustentáculo de nossas afirmações ao final do estudo.

2.4. Noções de princípio, norma, regra e valor

³⁶ Id Ibid.

³⁷ MACEDO, E. H. *Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 171.

³⁸ MARINONI, op. cit., 2006, p. 414.

Antes de caminharmos para a análise da concepção estatal, e aos estudos da Jurisdição e da Constituição, é salutar brevemente apontarmos algumas noções definidoras de princípios, normas, regras e valores, visto que no decorrer do estudo será possível delimitação sucinta para melhor compreensão da pesquisa.

Sem rodeios temos que princípio jurídico, em essência, corresponde à nascente do direito, pois por meio destas normas e regras serão criadas ou orientadas. Segundo Paulo de Barros Carvalho, “os princípios aparecem como linha diretiva que iluminam a compreensão dos setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”.⁴⁰ Os princípios possuem maior grau de abstração, no entanto não perdem seu caráter imperativo e impositivo.

Willis Santiago Guerra Filho leciona, neste sentido, que

os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extrando a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis.⁴¹

Como é de se verificar o princípio enquanto no tempo pode não apresentar a clareza com a qual se observa quando da análise em um caso concreto. Assim poderíamos afirmar ao destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, que isolado encontraria diversas definições que poderia demonstrar uma incerta aplicabilidade. Contudo, quando destacado em um caso concreto, confrontado com normas, regra de interpretação distintiva, permitindo delimitar sua definição ao caso em que é invocado.

E pela importância que possui o princípio jurídico diz “respeito ao ponto de partida de toda e qualquer interpretação, permitindo melhor compreensão do sistema jurídico”.⁴² E em razão de seu grau de abstração e ao mesmo tempo por corresponder à vigia estrutural do Direito é que a aplicação dos princípios “envolve

⁴⁰ CARVALHO, P. B. *Curso de Direito Tributário*. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 106.

⁴¹ GUERRA FILHO, W. S. *Teoria Processual da Constituição*. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos: IBDC, 2000, p. 17.

⁴² GUIMARÃES, A. S. *A importância dos princípios jurídicos no processo de interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 2003, p. 85.

um esforço muito maior do que a aplicação de regras, onde uma vez verificada a identidade do fato ocorrido com aquele previsto por alguma delas, não resta mais o que fazer para se saber o tratamento que lhe é dispensado pelo direito”.⁴³ No presente estudo enfatizaremos a aplicação dos princípios, momento os constitucionais.

Ato contínuo, aclaremos a idéia de regras e normas. As regras (normas estritas) “possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas de Direito, com a descrição (ou ‘tipificação’) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção”.⁴⁴ Portanto as regras são impositivas, prescrevem uma exigência, que uma vez descumprida impõe uma sanção. Note-se que as regras não admitem várias interpretações, pois ou permitem ou proíbem algo, diverso dos princípios que possibilitam o equilíbrio entre demais princípios eventualmente coexistentes, pois “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso e importância”.⁴⁵

Quanto às normas jurídicas, estas “podem ter estrutura de regras ou de princípios. Em geral as normas infraconstitucionais têm estrutura de regras e as normas constitucionais tem estrutura de princípios”.⁴⁶ Tércio Sampaio Ferraz Júnior destaca que mais importante que a conceituação das normas jurídicas são as diversas classificações de tipos de normas”.⁴⁷

As normas, por sua atributividade, generalidade, autorização de reação do lesado, por sua imperatividade, podem receber valorações deontológicas quanto a sua validade, eficácia e justiça.⁴⁸ e podem ser classificadas segundo o critério sintático (primárias ou secundárias); semântico, que tem em conta sua validade, e programático, “que levam em consideração os efeitos sobre os sujeitos, a sua função junto aos sujeitos normativos”.⁴⁹ O estudo em questão não prescinde de maiores divagações acerca da norma, pois esta não representa o cerne da investigação.

⁴³ GUERRA FILHO, op. cit., p. 18.

⁴⁴ Ibid., p. 17.

⁴⁵ HONESKO, V. H. N. *A norma jurídica e os direitos fundamentais: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico*. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 121.

⁴⁶ MAGALHÃES FILHO, G. B. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 68.

⁴⁷ FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 124.

⁴⁸ Cf. BOBBIO, N. *Teoria da Norma Jurídica*. 2. ed., Bauru: Edipro, 2003, p. 45.

⁴⁹ FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 129.

Por fim, os valores. Segundo Pauperio, os valores são

objetos intuíveis peculiares, com validade intrínseca, semelhante à correspondente a outras idéias. Ao contrário, porém, dessas, os valores têm uma característica 'sui generis', que 'Recaséns Siches' chama 'vocalização de ser realizadas', ou seja, pretensão de imperar nos seres e dar validade ao mundo através da ação humana.⁵⁰

Se metaforicamente fossemos apontar os princípios como o tronco de uma árvore, enquanto as normas e regras os galhos, por certo, em nossa concepção, os valores correspondem à raiz da árvore, pois deles emanam os princípios que por sua vez orientam a criação e aplicação das normas. Nesta senda, o conceito de valor não pode ser precisamente definido, pois como destaca Johannes Hessen, "pertence ao número daqueles □□□□□□□□□□ 'ser', 'existência', etc, que não admitem definição. Tudo o que se pode fazer a respeito deles é simplesmente tentar uma clarificação ou 'mostração' do seu conteúdo".⁵¹

Considerando a vida como um valor, podemos apontar a universalidade da seguridade social e a dignidade da pessoa humana como princípios que emanam deste valor, assim como a norma da concessão do benefício assistencial ao idoso como a norma que objetiva, em síntese, efetivamente garantir este valor (vida). Os valores, portanto, "são tanto mais altos quanto meros 'divisíveis' forem."⁵²

O estudo em tela tomará a importância dos valores através dos princípios que desses emanam, em especial os princípios constitucionais colhidos nos artigos 1º ao 6º da Constituição Federal, com destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em nosso entendimento os princípios não excluem as normas quando ambos estiverem em harmonia com o(s) valor(es) que os alicerçam.

No entanto, para tal confronto no curso □□□□□□□□□□ necessário que o juiz, em primeiro lugar compreenda os valores e princípios que são informados pelo Estado e Constituição vigente, pois aí residem os ideais vivos da democracia⁵³, e em segundo empregue outro modelo de

⁵⁰ PUAPERIO, M. *Introdução à Axiologia do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 168.

⁵¹ HESSEN, J. *Filosofia dos Valores*. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Almedina, 2001, p. 43.

⁵² *Ibid.*, p. 99.

⁵³ Neste sentido destaca Luiz Fernando Bellinetti que "em nosso tempo sempre que se constitui um regime democrático, há um momento em que os ideais mais vivos de democracia são registrados para indicarem os rumos da sociedade, e justamente esse momento parece-me o mais próximo pragmaticamente possível de traduzir os ideais de um povo. É o momento da feitura de sua

interpretação que ultrapasse a exegese tradicional, assim como penetre pelos princípios informadores do Estado e da Constituição vigentes razão do imprescindível exame do atual paradigma jurídico para a eficaz aplicação do direito ao caso concreto.

que despontam na transição entre o Feudalismo e o Absolutismo, o que denominam Estado Moderno".⁴¹

De fato nos parece lógica a concepção da segunda teoria. Ora, nem mesmo havia sociedade nos primórdios da civilização, mas sim comunidades. Com o conhecimento e entrosamento de novos clãs e com as migrações e relações com outros povos, o advento dos conflitos nela surgidos, mormente quanto ao domínio do poder do grupo social, é que o Estado desponha-se com maiores delineamentos, fruto desta sociedade.

Assim, a respeito do motivo da criação do Estado, acredita-se que foi uma transição natural, em que diferentes linhas envolvendo o poder se expandiram com referencial a um grupo em determinado território. Note-se que há ainda a teoria contratual, onde a vontade de alguns homens ou de todos deram a origem ao Estado; e as teorias partem: a) da origem familiar patriarcal (Robert Filmer); b) da origem em atos de força, de violência ou de conquista (Oppenheimer); c) da origem em causas econômicas ou patrimoniais (Platão, Heller, Preuss, Marx e Engels); d) da origem no desenvolvimento interno da sociedade (Roberto Lowie).

Salutar destacar, ainda que muito superficialmente, algumas características de alguns Estados numa evolução dos direitos fundamentais até o presente Estado hodierno. Inidemos, de pronto, com os Estados Antigos, destacando-se o Estado Grego e Romano. Cumpre ressaltar, inicialmente, que um dos aspectos marcantes do Estado Antigo consiste no seu caráter mítico, ou seja, apresentavam-se como Estados com fortes características teocráticas, entrelaçando-se o poder com a religião.

O Estado Grego caracteriza-se por seu estágio de desenvolvimento em muitos aspectos exemplar. Fernando Facury Scaff, citando Paul Hugon apresenta as seguintes características deste Estado: "1ª) a preponderância do coletivo sobre o indivíduo; 2ª) a idéia de igualdade [...]; 3ª) o desprezo pela riqueza".⁴² A preocupação com a supremacia dos interesses coletivos sobre o individual e a restrição de habitantes em cada 'polis' para que se viabilizasse o controle da cidade pela elite, consistiram nos principais aspectos da civilização

⁴¹ SCAFF, op. cit., p. 25.

⁴² Cf. SCAFF, op. cit., p. 28.

helênica, eis o escopo de se criarem cidades-Estado.

Observe-se, desta forma, que o enfoque principal no Estado Grego ainda circundava o ser humano. Significa dizer que o "Ser" preponderava sobre o "Ter", inverso dos dias atuais. A igualdade, antes uma práxis, hoje um objetivo a ser alcançado. A preocupação com os direitos envoltos à patrimonialização ultrapassam a eficácia dos direitos fundamentais que proporcionem a dignidade da pessoa humana. Há, hodiernamente, a privatização do público, em oposição aos interesses coletivos.

Já o Estado Romano principiou pelas características da civilização helênica, contudo, em virtude de sua "ambição de criação de um Estado Universal"⁴³ e das diversas modificações então decorrentes, como liberação de culto, naturalização de todos os povos do Império Romano, suas tendências mercantilistas, e crises com a Igreja Católica, levaram o Estado Romano a ruir. Note-se que no Estado Romano o interesse público não preponderava sobre o privado, razão da importância que se p[ro]prietários rurais passam a ser senhores absolutos em suas terras.

Como não é difícil de conceber, quando a preocupação com o privado suplanta os interesses públicos e coletivos, dá-se ignição a uma desordem onde os sujeitos detentores de maior capital ou patrimônio irão conduzir a elaboração de normas, antes de exclusiva atividade pública. Significa afirmar que os direitos humanos e fundamentais padecerão de ataques e aviltações em todas as direções, criando dirupções na sociedade até então aglutinada em princípios coletivistas, rompendo o estamento, criando hierarquia e classes de pessoas.

Com a queda do Estado Romano, gradativamente surge e se consolida um Estado Feudal caracterizado por três aspectos: o sistema de lealdades, a servidão e as relações entre a Igreja Católica e o Estado. O sistema de lealdades baseava-se em três institutos: a) o *patrocinium*, onde uma pessoa livre se submetia à proteção de um poderoso; ou seja, a ligação entre o vassalo (protegido, servo) e o suserano (protetor, soberano); b) o *beneficium*, em que se outorgava a uma pessoa a concessão de direitos, em especial quanto a terra e tudo quanto a ela fosse ligado, inclusive pessoas. Este sujeito passava a exercer a governança do

⁴³ SCAFF, op. cit., p. 30.

local; c) a *immunitas*, era a concessão de isenção quanto aos poderes fiscais, judiciais, militares e dos senhores feudais à casa do indivíduo ou coletividade.

A servidão era a situação em que se encontravam os vassallos em relação às exigências do senhor feudal que lhes exigiam obrigações a serem prestadas em pecúnia, serviços ou 'in natura'. No tocante às relações da Igreja Católica com o Estado muito se poderia cotejar, no entanto, destacaremos apenas que a Igreja Católica buscou ocupar maiores espaços e poder no Estado Feudal. Discussões travaram-se quanto ao confronto entre o poder temporal dos Imperadores e o espiritual da Igreja Católica e do redundou na "independência da Igreja em relação ao poder laico",⁴⁴ no entanto, a Igreja determinaria o que fosse justo, e aos senhores laicos incumbiria ministrarem a justiça em conformidade com as determinações cristãs.

O Estado Feudal com o passar do tempo vai sofrendo uma transição para o Estado Absolutista, pois "neste período existia um 'sistema pré-capitalista de produção de mercadorias'".⁴⁵ Não se produzia apenas o que era necessário à subsistência, mas também com o objetivo de atender a um mercado. Uma sociedade de mercancia surge afastada dos feudos, originando-se guetos com regras próprias de convivência em detrimento dos laços feudais, surgindo a 'comuna', espécie de corporação dos comerciantes que se uniam em prol de seus interesses comuns, fossem materiais ou morais. Nasceram os burgos, as cidades, ainda ligadas às relações feudais, que passaram a sofrer gradientes conflitos. Os vassallos são motivados a saírem dos campos para as cidades, tornando-se um homem livre, iniciando-se a atividade de artesanato.

As cidades eram fortificadas com muralhas e milícias urbanas, organizadas e custeadas pelos próprios burgueses. E dentro destas muralhas imperava a lei de seus habitantes, inclusive com organizações para tanto, não mais prevalecendo a vontade do suserano no interior das muralhas. Daí que todo aquele que habitasse dentro das muralhas "por mais de um ano e dia seria considerado homem livre"⁴⁶ conforme a regra interna à muralha. Isto porque o direito teve que se modificar.

⁴⁴ SCAFF, op. cit., p. 40.

⁴⁵ Ibid., p. 41.

⁴⁶ SCAFF, op. cit., p. 44.

O direito romano, que havia sido traspassado para a Idade Média através da Igreja Católica, que nele viu a possibilidade de concretizar suas aspirações universalistas, não mais servia aos burgueses em suas atividades mercantis, posto que era por demais formalista. Logo, era necessária sua adequação aos seus interesses de classe.⁴⁷

Podemos afirmar que é com o Estado Feudal que se consolida a inserção da ruptura que a propriedade e o poder impôs no enfraquecimento dos direitos fundamentais. A partir de então as classes de cidadãos buscam se unir (clero, nobreza e burguesia) para fazer valer seus interesses. Observe-se que os burgos de início cristalizam este entendimento, ou seja, os oprimidos pelos detentores do poder, aí incluso o poder econômico e espiritual da Igreja refugiam-se – para ser preciso –, em burgos, na tentativa de retornar o estabelecimento da igualdade e da predominância do interesse público sobre o privado, por conseguinte, e ainda que incidentalmente, com a práxis do respeito aos direitos fundamentais.

Entretanto, é no Estado Absolutista que se observa claramente esta divisão de classes. Assim é que o clero, a nobreza e o terceiro estado, aqui inclusos os burgueses, artesãos e camponeses passam a ter uma relação tanto amistosa quanto conflituosa e pensões e concedia privilégios ao alto clero. De outro lado, os artesãos eram submetidos a longas jornadas de trabalho e os camponeses viviam oprimidos por impostos reais, obrigações feudais, dízimos, corvéia (trabalho gratuito), dentre outras imposições que se mantinham longínquas da preocupação com a dignidade humana. Exceção ao terceiro estado prestava-se à alta burguesia, a quem se permitiu monopólios comerciais e industriais e garantiu-lhes ascensão social.

Embora seja celebre a frase de Luís XIV de que ‘L’État c’est moi’, sintetizando as idéias absolutistas, pode-se concluir pelos aspectos acima que o poder real era limitado ante as necessidades e dependências do poder real às classes sociais, mormente quanto a produtividade e tributos oriundos destas. A concentração de poderes também não residia apenas diretamente nas mãos do monarca absolutista, eis que um organismo burocrático surgia com o intuito de manter a máquina administrativa em contínuo funcionamento.

⁴⁷ Ibid., p. 48 seq.

Assim, o poder real também fora cedendo espaço e perdendo forças. E este poder fora repellido com maior veemência pela burguesia revolucionária que, investindo o terceiro estado ao poder, ampara-se na Revolução Francesa para “estretar os poderes da Coroa e destruir o mundo dos privilégios da feudalidade decadente. E desse prélio saiu vitoriosa”.⁴⁸ É por tais razões que Scaff ressalta que:

É certo que a burguesia apenas assumiu completamente o controle da máquina estatal por ocasião do advento do Estado Liberal; todavia, entendemos que não se pode considerar o Estado Absoluto como uma derrota burguesa, mas como uma vitória parcial.⁴⁹

Aos poucos se desponta um Estado Moderno caracterizado pelos conceitos de soberania, povo e território. A soberania evolui das concepções de Jean Bodin, constante em *‘Os seis livros da República’*, em que esta ainda permanecia na pessoa do soberano como um poder perpétuo e divinizado, para o conceito de Jean Jacques Rousseau, em *O Contrato Social*, onde a soberania é transferida ao povo, introduzindo as características de inalienabilidade, indivisibilidade e perpetuidade.

E Scaff salienta que “essa idéia de soberania baseada no povo foi um dos pilares da Revolução Francesa para extinguir o Estado Absolutista”.⁵⁰ Observe-se porém, que embora o fim do Estado Absolutista marque o início do Estado Liberal, fruto da Revolução Francesa, esta não se avantajou na questão da defesa dos direitos fundamentais como pretensamente propagado, eis que este Estado Liberal “adotava a mesma retórica do Estado Absolutista, só que não embasava a soberania em Deus, mas no povo”.⁵¹

No entanto, em 1802, período posterior a Revolução Francesa, Napoleão Bonaparte “restabelecia as leis relativas ao tráfico de escravos vigentes ‘antes de 1789’”,⁵² o que demonstra que os sujeitos detentores do poder mudaram, sem contudo, renovar no cerne a tríplice ideologia mote da Revolução. Inegável, contudo, apontar o Estado Liberal como uma antítese ao Estado Absolutista, eis que neste o rei decidia com poderes incontestáveis, ante sua divinização. Já no

⁴⁸ BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42.

⁴⁹ SCAFF, op. cit., p. 44.

⁵⁰ Ibid., p. 45.

⁵¹ Ibid., p. 49.

⁵² Id Ibid.

Estado Liberal “somente aquilo que o povo quisesse é que poderia ser efetuado pelo Estado”.⁵³ Para que este modelo de Estado pudesse efetivar-se alguns princípios foram erigidos para viabilizar o desenvolvimento do Estado Liberal. Destacam-se dentre estes princípios o da ‘legalidade’, que impunha a idéia de que leis fossem elaboradas através de representantes do povo, eis que este é o detentor da soberania.

Em oposição ao Estado Absolutista criou-se um mecanismo de Separação de Poderes de forma que ninguém pudesse mais deter todo o poder do Estado sozinho. Destarte, surgem os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, presente até nossos dias. Implantou-se também o voto censitário. Entretanto, como somente a burguesia compunha o Poder Legislativo, todo o controle do Estado Liberal voltava-se aos interesses desta classe. Outro princípio basilar deste Estado consistia na liberdade contratual.

Alimentado pelo ‘estado de Natureza’ apregoado por John Locke, que aponta que os homens são “absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem”⁵⁵, assim como pelas lições de Thomas Hobbes de que “onde o soberano não tenha prescrito regra, o súdito tem a liberdade de fazer ou não fazer conforme seu próprio critério”⁵⁶, preconiza o Estado Liberal que também as relações econômicas devem ser livres, sem influência de títulos nobiliárquicos ou intervenção estatal, daí tais características sintetizarem-se na célebre frase: ‘*laissez faire, laissez passer*’.

Oriundo ainda desta característica surge a propriedade privada e o assalariamento. As relações econômicas eram livres, contudo, exigia a necessidade de algum bem, produto para troca, ou seja, exigia propriedade de algo. Em não havendo esta propriedade, o trabalhador entrava com sua força de trabalho, dando gênese, no Estado Liberal, a uma delineada implantação do salário como contrapartida da relação contratual do aluguel do trabalho.

O meio de produção conduz a uma Revolução Industrial, em que

⁵³ SCAFF, op. cit., p. 50.

⁵⁵ LOCKE, J. *Segundo Tratado sobre Governo Civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1994, p. 83.

⁵⁶ HOBBS, T. *Leviatan*. Trad. Antonio Escotado. 2. ed., Madrid: Nacional, 1983, p. 308. Tradução livre do original: “*donde el soberano no há prescrito regla, el súbdito tiene libertad de hacer o no hacer com arreglo a su propio critério.*”

uma das características marcantes é a existência de excesso de força de trabalho em relação aos postos oferecidos, de forma que o detentor do capital passou a abusar de quem só detinha a mão-de-obra, que logo se sujeita a todo tipo de indignidade de trabalho para a própria sobrevivência, eis que sua importância resumia-se à possibilidade ou não de ofertar sua força de trabalho, que passa a ser considerada uma mercadoria, gerando a mais-valia transformada em lucros aos empregadores.

As transformações advindas do liberalismo propiciaram a fomentação da economia de oligopólios passaram a ganhar eco. Aspectos de ordem social, como o desemprego, e de ordem econômica, como a predominância de investimentos em produtos de uso pessoal e voltados à indústria, em detrimento do bem estar coletivo exaltam o início dos conflitos. Após as Guerras Mundiais há uma exigência para que o Estado atue em defesa dos direitos sociais, poupando ainda maiores perdas nesta área. Clama-se, assim, por um Estado Social.

Imperativo considerar, no entanto, que o Estado Social não elimina as concepções do Estado Liberal, mas busca amenizar o poderio econômico de determinadas classes que agem em detrimento de todas as demais. Daí a constatação de que uma transformação, "ainda que de caráter superestrutural",⁵⁴ edifica-se entre a contradição da igualdade política com a desigualdade social. E ressalta Bonavides que "o Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal".⁵⁵ O Estado Liberal, segundo o douto doutrinador, "fundou a concepção moderna da liberdade e assentou o primado da personalidade humana, em bases individualistas",⁵⁶ enquanto o Estado Social cristalizou os direitos humanos, daí imputações a este Estado, dentre outras características, a idéia de se tratar de um Estado intervencionista, de patronagem e paternalista.

3.2. A Constituição de 1988 e o Estado Social constitucionalizado

Ante o interesse do presente estudo, passaremos a cotejar algumas observações necessárias ao Estado Social ou ao hodierno Estado Democrático de

⁵⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 185.

⁵⁵ Ibid., p. 184.

⁵⁶ Ibid., p. 202.

Direito Social, como se afigura cristalinamente por intermédio da Constituição Federal promulgada em outubro de 1988. Martinez leciona que:

O Estado de Direito Social é uma fase, ou melhor, é o resultado de uma longa transformação porque passou o Estado Liberal clássico e, conseqüentemente, é parte do curso histórico do Direito, quando incorpora os direitos sociais para além dos direitos civis.⁵⁷

Esta constatação é perceptível na Constituição Cidadã, que tempera a liberdade econômica com a predominância dos direitos sociais, própria de uma Constituição que se amotina ser social e democrática a um só momento. E tal fato possui lógica nas próprias nascentes do Estado de Direito Social que possui como documentos pilares a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, e a Constituição de Weimar de 1919. Daí definirem-se "constitucionalmente, os direitos sociais e trabalhistas como direitos fundamentais da pessoa humana, sob a proteção do Estado".⁵⁸

Inelutável ponderar, porém, que ao passo em que se buscava uma afirmação na defesa do garantismo social, de outro lado, ondas de resistência despontavam-se, em especial no Ocidente, contra as reivindicações populares. Salutar, portanto, determinar quando será possível denominar um Estado como 'social'. Bonavides nos esclarece:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.⁵⁹

⁵⁷ MARTINEZ, V. C. Estado de Direito Social. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 384, 26 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5494>>. Acesso em 26. Jul. 2004.

⁵⁸ Id Ibid.

⁵⁹ BONAVIDES, op. cit., p. 186.

Ao retrocedermos ao pósGuerra, em que imbúdos pela proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados passaram a positivar o princípio da dignidade humana, refutando a volta do Estado de Exceção, e em solo pátrio, ao lembrarmos o 'Movimento Diretas Já', de 1985, e o documento resultante de toda a pressão da massa, ainda que representadas na elite política, ou seja a Constituição Federal vigente, e ao analisarmos seu conteúdo, indiscutivelmente constatamos que, jurídica e ideologicamente, em 05 de outubro de 1988, dá-se gênese a um Estado de Direito Social, trazendo um novo paradigma jurídico, até então desconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio com a tamanha clareza e intento com que se efetivou nesta Lei Fundamental, embora, diga-se, desde 1930 já houvessem esboços de direitos sociais, sem contudo, sequer aproximar-se do que se constata no a□□□□□□□□□□.

Apenas à título de rápida comparação, note-se que foi com a promulgação da hodierna 'Constituição Cidadã' que se ergueram e propagaram os estudos acerca do constitucionalismo. Isto se deve ao fato das peculiaridades presentes no atual texto constitucional. Segundo já pudemos levantar em outro estudo,⁶⁰ em todo o seu período de independência o Brasil, enquanto Monarquia e após República, com o vigente sistema de governo, adotou sete Constituições, cada qual com as suas peculiaridades.

A positivação constitucionalista dá-se início com a Constituição de 25 de março de 1824, com seus 179 artigos, é o mais longo texto constitucional pátrio, caracterizado pela independência brasileira e pela presença de um Poder Moderador cumulado ao Poder Executivo exercido pelo monarca. A Carta Imperial de 1824 consiste num texto semi-rígido. Não possui a defesa dos direitos fundamentais como norte, eis que apenas principiou pelo voto censitário. Em seu artigo 178 constatamos o cerne dos ideais do constitucionalismo inglês esculpidos na referida Constituição:

É só Constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos e aos Direitos Políticos e individuais dos cidadãos. Tudo o que não é Constitucional pode ser alterado sem as mesmas formalidades referidas pelas Legislaturas ordinárias.

⁶⁰ PAULA, A. S. *O Direito Alternativo e o Novo Paradigma Jurídico: a busca de um direito ideal substanciado na supremacia constitucional*. Rio de Janeiro: Sotese, 2004, p. 105-108.

Segundo Nogueira,⁶¹ a Constituição de 1824 institucionaliza a monarquia constitucional, seguindo aos Poderes do Estado. Porém ressalva que a prática constitucional por ela instituída só se efetivou com a instalação do Poder Legislativo, em maio de 1826. De toda sorte, representa um texto voltado mais aos Poderes Políticos que à valorização dos direitos fundamentais.

Já no início do período Republicano nos deparamos com a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, a mais concisa do referido período, com apenas 91 artigos e mais oito artigos constantes nas Disposições Transitórias. É, praticamente, um fruto da genialidade de Rui Barbosa. Este texto constitucional galgou avanços rumo aos direitos fundamentais, visto que a própria República já consiste na entrega, ainda que utópica, do poder ao povo. Tem entre suas características a extinção do Poder Moderador, a instituição do "Habeas Corpus" e a abolição da escravatura. A Constituição de 1824 disciplinou apenas em seu último artigo (art. 179) uma 'Declaração de Direitos' entre os artigos 72 e 78, ampliando os direitos civis sem, contudo, fugir ao contexto de organização estamental destes direitos.

A Constituição de 16 de julho de 1934 fora a mais extensa do período republicano até então, com 187 artigos e mais 26 artigos das Disposições Transitórias. Esculpida na era Vargas, introduziu novos direitos como o voto feminino, caracterizando-se, ainda, pela criação da Justiça Eleitoral e sua forma rígida. Segundo Poletti, a Constituição de 1934 fora "qualificada por Pontes de Miranda, como 'a mais completa, no momento, das Constituições americanas'"⁶² Entretanto, fora rasgada pelo golpe de 1937. Poletti afirma ainda que:

A Constituição de 34 representou um progresso na direção do realismo constitucional, no cotejo com o idealismo de 1891. Não obstante tenha se perdido em normas programáticas, as quais, embora de valor ideológico, resultaram em ineficácia. Foram sonhos irrealizados. Em face disso, a socialização ou a socialdemocracia, apesar de permanecerem historicamente nos textos constitucionais, continuam na dependência da realização econômica da sociedade e do desenvolvimento cultural do povo. (...) Ficarão ela, todavia, para sempre como um repositório valioso de temas constitucionais e como um marco

⁶¹ NOGUEIRA, O. *Constituições Brasileiras: 1824*. v. I. 2. ed., Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 17.

⁶² POLETTI, R. *Constituições Brasileiras: 1934*. v. III. 2. ed., Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 54.

relevante de nosso constitucionalismo republicano.⁶³

De fato, os artigos 113 e 114 que compõem o capítulo "Dos Direitos e das Garantias Individuais" dirige a Constituição para vários dos direitos fundamentais presentes no vigente texto constitucional, muitos dos quais, porém, taxados como meras normas programáticas. Outrossim, consiste a Constituição de 1934 como a pioneira no trato dos direitos e garantias individuais com a proximidade com as que hodiernamente presenciamos.

Em 10 de novembro de 1937 encontramos a Constituição 'Polaca', com 187 artigos. Representou um retrocesso às conquistas até então alcançadas em razão da presença do regime ditatorial. Walter Costa Porto sintetiza as características deste texto constitucional através da lição de Pontes de Miranda. Salienta Porto que:

Para Pontes de Miranda, autor do melhor texto de interpretação da Constituição de 1937, as características principais da Carta eram a coordenação, entregue ao Presidente, da atividade dos órgãos representativos, a possibilidade de indicação pelo Chefe do Poder Executivo, de um dos candidatos ao cargo, a eleição indireta dos representantes dos Estados-Membros na Câmara Federal e a eliminação do princípio da separação e independência dos poderes.⁶⁴

O retrocesso então implantado só cede espaço à democracia com o advento da Constituição de 1946. É Barbosa Lima Sobrinho quem nos aponta as características da Constituição de 18 de setembro de 1946, com seus 222 artigos, ao elencar as seguintes inovações à Constituição Polaca:

Voto secreto, regime de partidos, representação proporcional, instituição da suplência, validade dos diplomas, Justiça Eleitoral para o julgamento de todas as fases do pleito, inclusive a verificação de poderes, são conquistas incorporadas à Carta de 1946.⁶⁵

Como se verificou, tornou a Constituição de 46 a resgatar os direitos individuais, que, contudo, após o Golpes de 1964, sofreram novas restrições com a Constituição de 24 de janeiro de 1967, e seus 217 artigos. Iniciam-se limitações à liberdade individual com o estabelecimento da ditadura. Caracteriza-se,

⁶³ POLETTI, op. cit., p. 54.

⁶⁴ PORTO, W. C. *Constituições Brasileiras: 1937*. v. IV. 2. ed., Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 63.

⁶⁵ LIMA SOBRINHO, B. *Constituições Brasileiras: 1946*. v. V., 2. ed., Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 49.

portanto, por ser repressiva, mormente após a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, por muitos considerada como a 'Constituição de 1969', que reprimiu ainda mais a liberdade e os direitos individuais.

Enfim, a democracia, a cidadania, os direitos individuais e coletivos, e as garantias materiais e instrumentais só encontram sustentação com a promulgação, a 5 de outubro de 1988 da Constituição 'Cidadã', nas palavras de Ulisses Guimarães. Caracteriza-se o vigente texto constitucional em relação aos demais textos pretéritos, e torna-se espelho para os demais ordenamentos estrangeiros, por romper "com um sistema jurídico fechado no individualismo, no dogmatismo civilista, na sobrelevação do patrimônio econômico em detrimento da pessoa humana".⁶⁶ A Constituição Federal de 1988 introduziu no ordenamento jurídico uma série de direitos fundamentais, muitos dos quais sequer imaginados no sistema jurídico pátrio, distribuídos em 250 artigos, mas com cerne entre os artigos 5º ao 17. Neste escólio, não há como refutar que:

A Constituição Federal vigente, ao garantir os direitos sociais, aí incluso a educação, a saúde o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, bem como assegurar a livre associação profissional, o sufrágio universal pelo voto direto e secreto, e a soberania popular mediante plebiscito, referendo e a iniciativa popular, vedando, ainda, a cassação de direitos políticos e permitindo a liberdade partidária, está por amparar o cidadão brasileiro por um Estado democrático de direito caracteristicamente 'social'.⁶⁷

Destarte, à par de concepções diversas, às quais guardamos respeito, não nos parece duvidosa a constatação de que estamos diante de um Estado Democrático de Direito Social. Esta também é a conclusão a que chega Ingo Wolfgang Sarlet ao afirmar que:

Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado social e democrático de Direito (o art. 1º, 'caput', refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição.⁶⁸

⁶⁶ PAULA, op. cit., p. 107.

⁶⁷ Ibid., p. 107 seq.

⁶⁸ SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 63.

É de se concluir ainda, que a participação popular é viável, inclusive com propostas de ampliação desta atuação através da regulamentação do artigo 14, como almeja a Ordem do efetiva e eficaz participação cidadã e democrática do povo, soberano detentor do poder, na vida do Estado. E os direitos e garantias fundamentais estão sobejamente dispostos no texto constitucional, o que valida a existência de um Estado Social.

Inolvidável também afirmar que os direitos sociais traduzidos nos direitos fundamentais não encontram a hodierna eficácia como aguardada por milhares de cidadãos, embora, em nosso entendimento, possível sua imediata eficácia. Assim, barreiras necessitam serem vencidas, como a estreita compreensão da extensão dos direitos fundamentais e a suplantação da restrição destes direitos como consistentes em meras normas programáticas, desprovidas, pois, de eficácia.

E a alteração deste panorama étárgico de concretização dos direitos fundamentais principia pela supremacia constitucional, eis que por meio de um constitucionalismo ativamente almejado no seio da sociedade e, em especial, pelo exercício da judicatura teremos um avanço sobre o mero formalismo, com o desapego a dogmas processuais que confrontam o direito constitucional material, para, enfim, atingir a dignidade humana atualmente apenas propalada de forma retórica.

Tal ensejo apresenta-se relevante no sentido de tratar-se de um concreto meio para evitar a derrocada do Estado Social, como querem e se agigantam muitos setores econômicos, que visualizam no Estado Social retrocessos e limitações à propriedade e iniciativa privada, tementes de perderem a liberdade econômica com intervenções estatais decorrentes de ideologias e princípios inerentes ao Estado Social, como a valorização e preponderância da dignidade humana sobre os aspectos econômicos.

3.3. Constituição: gênese, concepções e suas funções

Se estamos diante de um Estado Democrático de Direito 'social', e se a Constituição 'Cidadã' cristaliza este modelo estatal, então é de todo salutar

compreender a concepção de Constituição e constitucionalismo para os fins práticos do presente estudo.

Neste sentido temos que as atuais concepções acerca da Constituição emergiram com a sua positivação, cujo marco pode ser firmado em 1653 com o ‘Instrument of Government’ de Cromwell, considerada a primeira Constituição escrita.⁶⁹ Observe-se, porém, que para se alcançar a vigente noção de Constituição, como adiante veremos, o esboço constitucional que se apresenta é pretérito ao séc. XVII de Cromwell, remontando à ‘politeia’ grega, onde se principia as noções de Constituição enquanto essência da comunidade, sendo que Aristóteles, em ‘Política’, obra que elaborou acompanhando Alexandre, ‘O Grande’, apresentava a seguinte conceituação de Constituição: “A Constituição do Estado tem por objeto a organização das magistraturas, a distribuição dos poderes, as atribuições de soberania, numa palavra, a determinação do fim especial de cada associação política”.⁷⁰

Extraí-se desta concepção aristotélica a idéia de Constituição como a estrutura de uma associação política a qual poderíamos hoje associar como sendo o Estado, e em cujo conteúdo já constava a distribuição dos poderes, antecedendo ao esclarecimento de Montesquieu. Os romanos republicanos também apresentavam uma compreensão de Constituição a partir desta ‘res publica’, que entendia, segundo Canotilho, como “agregado de homens associados mediante um consentimento jurídico e por causa de uma utilidade comum”.⁷¹

Estas concepções clássicas, ainda que de certa forma rudimentares em comparação às noções hodiernas, bem demonstram que os conceitos de Constituição antecedem em muito à sedimentação da Constituição escrita. Lassalle já salientava que “uma Constituição ‘real’ e ‘efetiva’ a possuíram e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos”.⁷²

Mas a noção grega ou romana de Constituição sedimenta-se nas idéias de Constituição material, e não a formal, cujos conceitos e proliferação eclodiram a partir do séc. XVII. Karl Loewenstein já lecionava que:

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 62.

⁷⁰ ARISTÓTELES, *Política*. Rio de Janeiro: Papirus, 1997, p. 98.

⁷¹ CANOTILHO, op. cit., p. 58.

⁷² LASSALLE, F. *A Essência da Constituição*. 6. ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 25.

Para Platão e Aristóteles, assim como em toda a teoria política grega, a 'politeia' foi a constituição em sentido material. Mesmo os mais agudos juristas da época posterior a da República romana, sobretudo Cícero e os estoicos, não exigiram que as normas fundamentais da comunidade fossem escritas em 'línguas' materiais, ou simplesmente codificadas. Eles tinham consciência de um direito superior que, conforme a natureza predominava sobre todas as legislações humanas.⁷³

Em breve adendo, entendase que Constituição material "é o conjunto de normas que regulam as estruturas do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais, independentemente das fontes formais donde estas normas são oriundas".⁷⁴ E por Constituição formal ao ato "'escrito' e 'solene' criador de normas jurídicas hierarquicamente superiores".⁷⁵

À par da questão, é cristalino que de fato a partir do final do séc. XVII, que se universaliza a Constituição escrita, em especial em razão das conquistas das revoluções americana e francesa, assim como da autocracia napoleônica e da disseminação das técnicas de constituição escrita à monarquia constitucional.⁷⁶ Esta crescente adesão à positivação formal da Constituição é que promove eco e estudos acerca da Teoria da Constituição.

Porém, é de se ressaltar que enquanto as Constituições materiais possuíam maior solidez, vez que se alicerçavam os valores e princípios observados pela comunidade, as Constituições escritas detinham e ainda desvantagens, como seu caráter formal e legal. Como bem salienta Santi Romano,

Com a queda do dogma do Estado de natureza e com a dissipação das teorias contratualistas, revigorado o princípio da unidade orgânica do Estado, as constituições escritas não são hoje consideradas senão como uma categoria de leis, ainda

⁷³ LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed., Barcelona: Ariel, 1970, p. 152. Tradução livre do original: "Para Platón y Aristoteles, así como en toda la teoría política griega, la 'politeia' fue la constitución en sentido material. Aun los más agudos juristas de la época posterior de la República romana, sobre todo Cicerón y los estoicos, no exigieron que las normas fundamentales de la comunidad fuesen escritas en 'legues' materiales, o simplemente codificadas. Ellos tenían conciencia de un derecho superior que, conforme a la naturaleza, predominaba sobre todas las legislaciones humanas."

⁷⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 57.

⁷⁵ Ibid., p. 67.

⁷⁶ LOEWENSTEIN, op. cit., p. 159.

que tenham o mesmo caráter e, às vezes, eficácia diversa e maior do que a das leis ordinárias.⁷⁷

Significa dizer que as Constituições estão sujeitas a alterações por critérios políticos, econômicos e jurídicos não raras vezes discutíveis, abrindo espaço a interesses escusos ou a movimentos e tendências nacionais e internacionais virem a interferir na sua alteração. E tal fato não dista de nosso cotidiano. Recentes exemplos deste aspecto vêm se dando na Constituição Cidadã desde 1995, com as modificações por Emendas Constitucionais n.º 5, 6, 7, 8, 9, 16, 19, 20, 27, 28, 30, 39, sob a forte influência dos efeitos da globalização⁷⁸, demonstrado que o direito, e a própria Constituição material de um Estado cede espaço à economia global.

Contudo, apesar desta característica desvantagem, que retira a força doutrinária, ideológica, material da Constituição escrita, temos que este ainda consiste em sistema largamente difundido, “e aparece, indissolúvelmente, ligado à forma do constitucionalismo hodierno, em contraposição ao fato de que as constituições precedentes eram todas, salvo algumas exceções particulares, prevalentemente consuetudinárias.”⁷⁹

Seja qual for a forma adotada, material ou escrita, é certo que a Constituição possui funções imprescindíveis à existência do Estado e ao exercício do poder. Konrad Hesse de forma sintética reúne tais funções ao lecionar que:

A Constituição é a ‘ordem jurídica fundamental da Comunidade’. A Constituição fixa os princípios diretores conforme os quais se deve formar a unidade política e se devem unir os procedimentos para resolver os conflitos no interior da Comunidade. Regula a organização e o procedimento de formação da unidade política e a atuação estatal. Cria as bases e determina os princípios da ordem jurídica em seu conjunto. Em tudo isso é a Constituição ‘o plano estrutural básico orientado a determinados princípios de sentido para a conformação jurídica de uma Comunidade’. [...] A Constituição estabelece os pressupostos da criação, vigência e execução das normas do resto do ordenamento jurídico.⁸⁰

⁷⁷ ROMANO, S. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Trad. De Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 44.

⁷⁸ Cf. GODOY, A. S. M. *Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Safe, 2006, p. 19-22.

⁷⁹ ROMANO, op. cit., p. 45.

⁸⁰ HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 16 seq. Tradução livre do original: “La Constitución es el ‘orden jurídico fundamental de la Comunidad’. La Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la

Desta forma encerra-se que a Constituição fixa os princípios, determina as tarefas do Estado, disciplina a criação e execução de leis, limita poderes, estrutura e planeja o ordenamento jurídico, tudo a partir da formação e da cooperação das atuações humanas que se organizam pra realizar as tarefas estatais.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari esclarece o conceito de Constituição, informando ser esta "a norma jurídica fundamental de um sistema ou de uma ordem normativa",⁷⁴ mas leciona também que a Constituição:

Reflete um padrão valorativo ideal, reflexo das aspirações da sociedade e para realizá-las, tem a capacidade de discipliná-la, modificá-la, de modo que realizando o binômio ~~norma/~~normatividade, possa-se chegar a uma 'Constituição temporalmente adequada', a qual, além de organizar o Estado, estruturar seus órgãos, definir suas competências, declarar e garantir os direitos fundamentais, determine tarefas, estabeleça programas, defina os fins da sociedade estatal, bem como o modo de seu atendimento.⁷⁵

Significa dizer que a Constituição contempla normativamente da organização estatal às relações privadas; dos direitos e deveres tanto do Estado quanto da própria sociedade, e mais, direciona o Estado e Nação a um caminho adequado atribuindo ao Estado a missão de efetivar as aspirações da sociedade. Consiste, ainda, em normas supremas, isto é, possuem "caráter fundacional e primazia relativa".⁷⁶ A doutra constitucionalista paranaense leciona ainda que:

No estado contemporâneo as Constituições, deixam de prever apenas regras limitativas da atividade do Estado, que integram os tradicionais limites do Estado de Direito. Suas tarefas, modificam-se e multiplicam-se e por meio delas passa-se a exigir do

unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal. Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto. En todo ello es la Constitución 'el plan estructural básico, orientado a determinados principios de sentido para la conformación jurídica de una Comunidad'. [...] La Constitución establece los presupuestos de la creación, vigencia y ejecución de las normas del resto del ordenamiento jurídico."

⁷⁴ FERRARI, R. M. M. N. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

⁷⁵ Id *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*, p. 33.

Estado a responsabilidade pela conformação adequada da sociedade, de acordo com as exigências por ela apresentada.⁷⁷

O entendimento Democrático de Direito Social não admite inércia ante os objetivos a que se propôs. Nesta senda, de fato as Constituições têm apresentado mutações no sentido de impor ao Estado obrigações e responsabilidades perante a sociedade. Oportuno destacar neste sentido, a lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz ao apontar que:

As mudanças nas Constituições observa o constitucionalista britânico [Karl Wheare] podem ocorrer de dois modos: em primeiro lugar, quando surgem mudanças nas circunstâncias sociais que, se não modificam o texto da Constituição, impõem-lhe, todavia, significado totalmente diferente do até então atribuído, ou perturbam o equilíbrio constitucional; uma segunda forma de mudança constitucional, mais patente, ocorre quando tais forças dão origem a circunstâncias que conduzem a modificação da Constituição, seja por emenda formal seja por uma decisão judicial, ou pelo desenvolvimento ou criação de algum uso ou començão de natureza constitucional.⁷⁸

Primeiramente é de se concluir que a Lei Fundamental vigente já representa um novo paradigma jurídico em relação ao próprio constitucionalismo nacional. De outro lado, ainda assim percebemos que, considerando o cenário socioeconômico nacional, mutações constitucionais se fazem necessárias, mormente aquelas que derivem de decisões judiciais, sem que se rompa com os valores e ideais constitucionais, mas justamente o oposto, ou seja, decisões judiciais que busquem dar aplicabilidade ao que já consta no texto constitucional, como as normas constitucionais programáticas, o que nos induz afirmar que, a rigor não estaríamos diante de uma verdadeira mutação constitucional, mas sim, aplicando um comando hermenêutico: a máxima efetividade da constituição.

Podemos findar afirmando que a Constituição direciona com imperatividade e normatividade as atuações do Estado através das funções desempenhadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, devendo estes, obrigatória e independentemente, cumprir todos os preceitos e valores

⁷⁷ FERRARI, op. cit., p. 60.

⁷⁸ FERRAZ, A. C. C. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 7.

constitucionais, uma vez que a cada um fora atribuída uma função específica, mas a todos compete o cumprimento da completude do sistema constitucional.

O sistema constitucional possibilita efetivar, se assim podemos dizer, através da jurisdição, a junção dos objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito social e os preceitos constitucionais insertos formal e materialmente na Constituição 'Cidadã' com o ordenamento jurídico infra-constitucional. Por tal razão, a instrumentalização da jurisdição necessita da compreensão da existência do Estado Democrático de Direito 'Social', de sua cristalização constitucional na Lei Fundamental de 1988 e do entendimento de que o ordenamento corresponde a uma engrenagem que principia pelo sistema constitucional.

3.4. Sistema Constitucional e normas constitucionais

Embora com relativa contemporaneidade, vêm-se observando no seio da Teoria Geral da Constituição e da seara do Direito Constitucional a noção de *sistema constitucional*, como sendo algo mais amplo que as concepções ao largo da Constituição. Segundo Paulo Bonavides,

A palavra 'Constituição' não basta, hoje, no campo do Direito Constitucional, para exprimir toda a realidade pertinente à organização e funcionamento das estruturas 'básicas' da sociedade política. [...] tem-se recorrido ao vocábulo 'sistema', senão para promover uma crise semântica ao menos para indicar algo mais preciso e abrangente, mais próximo ao sentido daquilo que se pretende exprimir.⁷⁹

No entanto, quando se coteja o estudo do sistema constitucional de pronto observa-se que a questão ainda se apresenta aberta aos estudos e a maiores rigores científicos. Como bem ressalta Paulo Bonavides, a temática sistema constitucional

Quase não figura na literatura jurídica, precisamente em virtude de carecer dos elementos científicos de uma reflexão de base, semelhante àquela que acompanha o sistema político, desde o livro de Easton, livro que é sem dúvida uma análise seguramente renovadora de toda a metodologia dos estudos políticos. E o é pelo menos no entendimento de quantos se

⁷⁹ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 75.

voltam contra a Ciência Política clássica, de teor tradicional e institucionalista.⁸⁰

A concepção de sistema constitucional pode ser traduzida como uma evolução do constitucionalismo clássico no sentido de que este concebia a Constituição em seu sentido formal, enquanto que o sistema constitucional a concebe não apenas como um instrumento jurídico, ou mesmo sob a ótica jurídica, mas sim como um conjunto de forças que tem sua interpretação primária pela sociedade. Esta inovação que o sistema constitucional dá à Constituição, ao Direito Constitucional e Ciência Política é de todo salutar.

Compreende-se sistema, para este desiderato a sintética noção de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a que destaca Marcos Antônio Striquer Soares como sendo o “conjunto de elementø” e um ‘conjunto de elementos que estão relacionados entre si’.⁸¹ E a interpretação sistemática exige, cada vez mais, a reunião de elementos. Isto se deve porque o Direito, a Sociologia, a Filosofia, possuem ramificações, e quando de sua aplicação, exigem a junção destas para a correta decisão e materialização do pleito almejado. Significa dizer que a "exegese de uma norma implica interpretar o sistema jurídico inteiro, uma vez que qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito"⁸², e este deve ser o mister do julgador que se predispõe à árdua tarefa de dizer o direito entre os homens.

A partir das concepções do sistema constitucional a Constituição brasileira, por exemplo, não consiste apenas no texto desenvolvido e redigido em outubro de 1988, mas abrange todas as forças que estão subjacentes ao texto escrito, ou seja, insere na concepção constitucional também o sistema material, aí englobando os valores e princípios, o mundo da vida presente na sociedade. A introdução da Constituição formal no sistema material tem um duplice objetivo, bem destacado por Paulo Bonavides:

Busca evitar o grave inconveniente de um normativismo extremo e abstrato, esvaziado de conteúdo material, a que de certo conduziria a posição kebeniana – constitucionalismo jurídico imponente perante a Constituição real – como, por

⁸⁰ BONAVIDES, op. cit., 2002, p. 76.

⁸¹ SOARES, M. A. S. Sistema jurídico e teoria geral dos sistemas - aulas do professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior nos dias 12, 14 e 16/03/73 - Apostila do "Curso de Extensão Universitária" da Associação dos Advogados de São Paulo. *Revista Jurídica da UniFil*, Londrina, v. 1, 2004, p. 209.

⁸² FREITAS, J. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

outra parte, serve ainda de valioso anteparo contra aqueles que, presos ao sociologismo de realidades inarredáveis e fatais, exprimem negação e ceticismo em face da eficácia normativa das Constituições. Nestas, a privação da juridicidade importa sempre subalternização e desprestígio, com graves danos para a proteção das liberdades humanas.⁸³

A visão do sistema constitucional, ao que nos parece, permitirá enfrentar com melhor precisão questões ainda conflituosas como a negativa de exeqüibilidade das normas constitucionais programáticas, que se observadas sob a ótica pura e simples da Constituição formal apresenta, de fato, uma diretriz de política estatal dirigida aos governantes. De outro lado, uma vez inserida dentro da concepção do sistema constitucional é cristalino o 'plus' que se apresenta à imperatividade da norma constitucional programática, no sentido de que não se apresenta como mera diretriz, mas como imposição aos governantes, inclusive com a possibilidade de se ver reclamada sua inobservância ao Poder Judiciário, que, irrefutavelmente, deverá atribuir a imperatividade à norma.

Paulo Bonavides leciona que hodiernamente esta posição de se impor exeqüibilidade à norma constitucional programática já ganha lastro de forma que sintetiza que,

Em suma, urge reter que no presente estado da doutrina, pelo menos da melhor doutrina, à qual aderimos, as normas programáticas já não devem ser consideradas ineficazes ou providas apenas de valor meramente diretivo, servindo unicamente de guia e orientação ao intérprete, como pretendiam Piromallo e outros constitucionalistas antigos e contemporâneos, habituados a deduzir o conteúdo programático das Constituições a um devaneio teórico de boas intenções ou uma simples página de retórica política e literária.⁸⁴

E a Constituição passa a ganhar eficácia com a sua contextualização sistemática. O sistema constitucional ressalte-se, não se atém apenas ao texto da Constituição escrita, mas expande-se às leis complementares e leis ordinárias, trilhando ainda às instituições e poderes, de forma que uma norma constitucional possui ao seu redor um conjunto axiológico de principiologia e normatividade que direta ou indiretamente lhe dão suporte, o que, fatalmente, exige uma maior interpretação, uma rigorosa hermenêutica constitucional para que a

⁸³ BONAVIDES, op. cit., 2002, p. 79.

⁸⁴ BONAVIDES, op. cit., 2004, p. 223.

Constituição seja interpretada segundo o atual e verdadeiro sentido fático, político, econômico e jurídico que se lhe deve dar.

A interpretação representa um dos pilares essenciais da hodierna necessidade de se promover com maior justiça a aplicação da lei nos casos concretos através das sentenças. Em razão disto, a interpretação sistemática, além da norma estanque, apresenta-se com maior importância e com maior exigência de compreensão pelo julgador, eis que "pensar o Direito como um conjunto de normas é subestimar a complexidade do fenômeno jurídico".⁸⁵

Torna-se imprescindível, inclusive, não se limitar apenas ao sistema jurídico para a melhor interpretação da norma ao caso concreto, mas sim, concatenar elementos suficientes, inclusive da economia, política, filosofia, história, sociologia, etc, para que se obtenha a melhor solução a cada caso.

Significa dizer, por este simples panorama, que à luz da atual Constituição Federal, e do sistema constitucional vigente, é exigência primordial que o magistrado atue de forma ativa, busca com o sistema constitucional e jurídico.

⁸⁵ FREITAS, op. cit., p. 19.

a idéia de jurisdição como uma das funções do Estado – sendo ou não institucionalizada como um de seus poderes – traz profundas modificações na estrutura organizacional da magistratura que passa a atuar exclusivamente em nome do Estado. Seus membros passam a ser vistos como órgãos do poder público, a exigir tratamento normativo diferenciado, em especial no que diz com a investidura e em relação às garantias do respectivo exercício de suas atribuições.⁸³

A jurisdição, hoje, representa, pois, um construído da própria civilização humana, daí Cambi considerar que “a atuação da jurisdição nos Estados Modernos se dá pela atividade dos órgãos públicos, constituídos por funcionários do próprio Estado que devem respeito e obediência a um determinado regime jurídico.”⁸⁴ A jurisdição consagra a um terceiro a solução de conflitos, sendo que ao Estado, modernamente, recaiu o mister de atuar entre as partes com poderes substitutivos e com sanção e poder de ‘imperium’ para a garantia do equilíbrio social.

4.1. Modernas noções conceituais de jurisdição

Uma vez concebendo-se que a jurisdição é a única atividade de solução de conflitos que recebe os poderes estatais e dirigida pelo Estado, inclusive coercitivamente sobre as partes a que substitui, cumpre-nos trazer os conceitos doutrinários que se firmam acerca da jurisdição. Antes salutar destacar a advertência de Cândido Rangel Dinamarco que leciona que

à jurisdição costuma ser atribuída uma tríplice conceituação, dizendo-se habitualmente que ela é ao mesmo tempo um ‘poder’, uma ‘função’ e uma ‘atividade’. Na realidade, ela não é ‘um poder’, mas o próprio poder estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual; assim como a legislação é o poder estatal exercido para criar normas e a administração, para governar. Como ‘função’ a jurisdição caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-juiz busca realizar – notadamente o escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios [...]. A ‘atividade’ jurisdicional constitui-se dos atos que o juiz realiza no processo, segundo as regras do procedimento.⁸⁵

⁸³ MONTESQUIEU, op. cit., p. 67.

⁸⁴ CAMBI, E. *Jurisdição no Processo Civil: compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 18.

⁸⁵ DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.I, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 298.

Desta forma, a jurisdição possui uma trina unidade entre poder, função e atividade, cujos conceitos e definições dos principais processualistas demonstram concretizar-se em harmonia.

4.1.1. Chiovenda

Um dos grandes pensadores do processo civil, Giuseppe Chiovenda entende que a jurisdição é a

função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva.⁸⁶

No entender de Giuseppe Chiovenda o diferencial entre as funções jurisdicional e a administrativa reside justamente na substitutividade que a atividade jurisdicional apresenta. Daí, inclusive, seus defensores entenderem equivocada a denominação de jurisdição à 'jurisdição voluntária', já que o Estado-juíz não estaria substituindo as partes.

Eduardo Cambi aponta que

nas palavras de Chiovenda, 'o juiz age 'atuando a lei'. A administração age 'em conformidade com a lei'; o juiz considera a lei em si mesma. O administrador considera-a como norma de sua própria conduta. E ainda: a administração é uma atividade 'primária' ou 'originária'; a jurisdição é uma atividade 'secundária' ou 'coordenada'.⁸⁷

Como se verifica, Chiovenda tem uma visão legalista da jurisdição, assim como se filia à teoria dualista do ordenamento jurídico no sentido de que o direito material prescreve as regras e o direito processual objetiva tão-somente a realização desta prescrição material.

4.1.2. Carnelutti

⁸⁶ CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 3. ed., Campinas: Bookseller, 2002.

⁸⁷ CAMBI, op. cit., p. 19.

Já Francesco Carnelutti preconiza a jurisdição como a justa composição da lide, destacando “o poder do juiz de fazer justiça”.⁸⁸ Esta concepção decorre da filiação de Carnelutti à teoria unitária do ordenamento jurídico. Para Carnelutti “o ordenamento jurídico substancial é insuficiente para produzir direitos e obrigações.”⁸⁹ Desta forma, para Carnelutti, a jurisdição não se sujeita necessariamente à lei. Cambi destaca que “na visão carneluttiana, a atividade jurisdicional não se reduz ao conteúdo do preceito legal, pois, quando este não é justo, o direito não consegue alcançar seu fim.”⁹⁰

Em tempos em que os conflitos se acentuam e se multiplicam em demandas coletivas, em que não apenas o acesso à justiça é reivindicado, mas também a sua efetividade, em momento em que além da efetividade requer-se celeridade e eficácia das decisões, os juristas, sociólogos e filósofos, ao deterem-se acerca do processo estagnaram-se na análise do mecanismo do processo, relegando em significativos aspectos o dinamismo processual, ou seja, na lição de Carnelutti, “desmontaram a máquina peça por peça com grande atenção e fizeram dela interessantes descrições; mas da força que a faz mover, se preocuparam muito pouco.”⁹¹

Carnelutti quer retratar uma questão relevante na discussão processual, a de que o homem julga o próprio homem, não se trata pois de relação entre coisas mas entre sujeitos com diferentes capacidades e interesses volitivos, e embora o processo tenha na pessoa do julgador um imprescindível referencial de reflexão, os estudos processualísticos pouco tem se detido acerca do mesmo, primando mais pela técnica processual, pelas medidas e ações em geral, despreocupando-se com as partes em foco e com o julgador que movimentará a máquina processual como o fim último do processo que é a obtenção de uma decisão diante da pretensão e da defesa presentes no processo.

Carnelutti destaca que o problema do processo é, antes de tudo, “encontrar o homem digno de julgar”.⁹² Segundo Carnelutti o juiz é parte no processo e tem-se que tomar tal ponto de partida para a escolha do julgador, para que este

⁸⁸ CARNELUTTI, F. *Direito Processual Civil e Penal*. v. 1., Campinas: Peritas, 2001, p. 441.

⁸⁹ CAMBI, op. cit., p. 25.

⁹⁰ Ibid., p. 27.

⁹¹ CARNELUTTI, op. cit., p. 113.

⁹² Ibid., p. 114.

seja dentre os escolhidos aquele que seja o mais imparcial. Em razão disto leciona que

o problema do juiz insere, portanto, no problema do desenvolvimento da personalidade, o qual é o desenvolvimento que transforma o 'indivíduo na pessoa'. O juiz deveria ser escolhido entre aqueles que se encontram no ponto mais alto deste desenvolvimento.⁹³

Estas concepções de Carnelutti, mais distantes do legalismo jurisdicional de Chiovenda, nos parecem melhor retratar a concepção de jurisdição.

4.1.3. Calamandrei

Piero Calamandrei conjuga uma conceituação legalista, e próxima a de Giuseppe Chiovenda, porém, integra a esta concepção a atividade do juiz. Cambi cita a lição de Calamandrei ao ditar que:

O Estado moderno reservou ao juiz a tarefa de aplicar as regras jurídicas gerais, já formuladas em abstrato pelo legislador, aos casos concretos. A tarefa do magistrado se construiria em garantir e controlar 'a posteriori', nos casos a ele submetidos, a observância da vontade do Estado, manifestada 'a priori' na lei.⁹⁴

Calamandrei, diverso de Carnelutti, preconiza pela atividade jurisdicional mesmo onde não há lide. Filiando-se à teoria dualista do ordenamento jurídico, Calamandrei entende que o pronunciamento jurisdicional é igualmente necessário mesmo nos processos em que não há lide, que embora conte com relação substancial diversa do processo onde há lide, não reduz a obrigação jurisdicional de se pronunciar, pelo processo, acerca do direito material. Advoga, pois, o binômio processo-ação.

Eduardo Cambi sintetiza o posicionamento de Calamandrei sobre a jurisdição, ao ensinar que este entende a jurisdição

Como sendo um modo restritivo de conceber o papel da função jurisdicional, limitando o senso de justiça dos juízes e, destarte, reiterando-lhes o que lhes é mais importante; isto é a liberdade para fazer a justiça no caso concreto. Aliás, a maior preocupação dos magistrados não deve ser com a unidade da aplicação do direito objetivo nem tampouco com a observância

⁹³ CARNELUTTI, op. cit., p. 114.

⁹⁴ CAMBI, op. cit., p. 37.

cega e irresponsável das leis vigentes, mas com a concretização da justiça através da verificação da eficácia da lei no caso concreto.⁹⁵

Destaca ainda Luiz Guilherme Marinoni que

na verdade, a distinção entre a formulação de Chiovenda e as de Carnelutti e Calamandrei está em que, para a primeira, a jurisdição declarara a lei, 'mas não produz uma nova regra, que integra o ordenamento jurídico', enquanto, para as demais, a jurisdição, 'apesar de não deixar de declarar a lei', cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico.⁹⁶

Enfim, estas são as lições de Piero Calamandrei acerca da jurisdição, que nos apontam para certo hibridismo entre os posicionamentos de Francesco Carnelutti e Giuseppe Chiovenda, sendo o embate doutrinário entre Carnelutti e Calamandrei bastante profícuo.

4.1.4. Kelsen

Hans Kelsen é rotulado como o positivista jurídico por excelência. Primando pela validade e eficácia da ordem jurídica e pela dissociação dos aspectos morais e sociais da norma jurídica preconiza por um conceito de jurisdição filtrado de subjetivismos, já que a criação da lei não se divorcia da própria aplicação da lei.

Hans Kelsen leciona que "a jurisdição é uma função 'constitutiva' do direito, e a sentença, um verdadeiro ato de criação do direito, na medida em que desempenha, diante do caso □□□□□□□□□□ sentença importaria no equívoco de se rotular Kelsen como um positivista. Embora, não nos olvidemos, a criação do direito a que se refere Kelsen, a nosso ver, não representa pura constituição, mas sim, declaração do direito através da aplicação lei já existente.

Ao se cogitar em constituição de um direito pelo juiz outra reflexão que nos conduz é a conceber até onde estariam os limites e as possibilidades constitutivas do direito pelo juiz, ou seja, qual seria a sua margem de produção. Questão, contudo, que não está afeta a este estudo neste momento.

A preservação do ordenamento jurídico e o perene resguardo da validade do direito é que fundamenta as construções acerca da jurisdição no

⁹⁵ CAMBI, op. cit., p. 54.

⁹⁶ MARINONI, op. cit., 2006, p. 39.

pensamento kelseniano, que não advoga a busca da justiça no caso concreto pelo juiz, mas sim, a preservação da validade e eficácia do direito, razões que o levam a ser considerado como o referencial positivista no cenário doutrinário jurídico internacional.

4.1.5. Couture – nosso posicionamento

Concebendo a jurisdição como um poder e um dever, Eduardo Couture defende a idéia de a mesma ser uma função. Assim aponta que a função jurisdicional consiste numa

Função pública, realizada por órgãos competentes do Estado, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato de juízo, se determina o direito das partes, com o objeto de dirimir conflitos e controversias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada, eventualmente factíveis de execução.⁹⁸

O conceito de Eduardo Couture direciona-nos às idéias de investidura judiciária, imparcialidade do juiz, lide, sentença, coisa julgada e execução. E entorno deste contexto admite a possibilidade de atividade jurisdicional, na efetividade do direito, através do processo, constituir novos direitos.

Couture levanta questionamentos interessantes, que neste estudo omitiremos, porém, é de se destacar sua condução para uma função e atuação jurisdicional dissociada do mero legalismo, pregando a exigência do que denominou de “juiz da Constituição”⁹⁹, que significa que

o magistrado é responsável pela justa aplicação do direito, segundo os princípios e preceitos constitucionais, pelo desenvolvimento dos institutos processuais e, sobretudo, pela efetivação dos ‘standards’ de justiça consignados no Preâmbulo e disseminados por toda a Constituição.¹⁰⁰

Dentre todas as concepções de jurisdição até o momento destacadas, concebemos que a idéia do processualista uruguaio Eduardo Couture é a que melhor corresponde a uma concepção de jurisdição. A jurisdição não pode se

⁹⁸ Cf. CAMBI, op. cit., p. 78. Tradução livre: “*Función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.*”

⁹⁹ Ibid., p. 85.

¹⁰⁰ CAMBI, op. cit., p. 85.

traduzir na mera aplicação da vontade da lei, nem deve primar pela supremacia do ordenamento jurídico em detrimento dos próprios valores humanos. Neste escólio, a consagração de uma jurisdição que tenha na atividade jurisdicional a busca pela justiça no caso concreto, tendo ainda a Constituição como paradigma intransponível, nos apresenta como sendo o melhor referencial de jurisdição a ser seguido.

4.1.6. Outras concepções de jurisdição

Apresentamos a seguir, de forma muito sintética, o entendimento doutrinário de demais juristas nacionais e estrangeiros acerca de jurisdição, que se reportam com maior ou menor proximidade dos conceitos destacados acima pelos processualistas de renomada.

Para Wambier, Almeida e Talamni, jurisdição, no âmbito do processo civil, é a função de resolver os conflitos que a ela sejam dirigidos, seja por pessoas naturais, jurídicas ou entes despersonalizados (v. g. espólio), em substituição a estes segundo as possibilidades normatizadoras do Direito.¹⁰¹

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, jurisdição é a “função do Estado destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”.¹⁰²

Segundo Carneiro, para Galeno Lacerda jurisdição é “a atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, soluciona a lide declarando ou realizando o direito em concreto.”¹⁰³ Trata-se, pois, de atividade pela qual o Estado-Juiz, em substituição às partes, e com desinteresse na lide (*terzietà*) decide a quem cabe o direito, declarando-o ou fazendo-o ser concretizado, possuindo poderes coercitivos para tanto. Neste mister, o Estado-Juiz emprega a legislação, produto do Poder Legislativo, como fonte fim para a atividade jurisdicional.

¹⁰¹ WAMBIER, L. R. (Coord.) *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. v. 1. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 38.

¹⁰² DINAMARCO, op. cit., 2004, p. 309.

¹⁰³ Cf. CARNEIRO, A. G. *Jurisdição e Competência*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

José Frederico Marques aponta que “a jurisdição pode ser conceituada como função que o Estado exerce para compor processualmente conflitos litigiosos, dando a cada um o que é seu segundo o direito objetivo”.¹⁰⁴

4.2. Características e escopos da jurisdição

Algumas características podem ser extraídas da conceituação e do escopo da jurisdição. De pronto verifica-se que, seja, é naturalmente inerte, dependendo de que o interessado numa tutela jurisdicional a requeira perante o Estado-Juiz.

A jurisdição consiste ainda numa atividade pública, monopólio do Poder Judiciário. Embora haja decisão de contenciosos administrativos, estas não impedem a atuação ou exercício da atividade jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF/88).

Outra importante característica da jurisdição é a sua atividade substitutiva, ou seja, para realizar a vontade concreta da lei, o Estado-Juiz substitui as partes para uma solução possível à lide. Desta característica nasce outra, qual seja, a da indeclinabilidade da atividade jurisdicional, que deve ser exercida por um juiz natural, o investido e competente para solucionar aquela demanda. Distintiva característica da jurisdição consiste na autoridade de coisa julgada (formal e material), atributo específico da atividade jurisdicional.

Como podemos verificar, a jurisdição tem como principais características a de corresponder a uma função da soberania do Estado, em que a função jurisdicional não é mais derivada da vontade individual de sacerdotes ou de interesses monárquicos, mas exercido por juízes legitimamente investidos que possuem autonomia e garantias constitucionais para execução de seu mister jurisdicional. Também representa salutar característica bem traduzida por Chiovenda é de que a jurisdição, em sendo uma atividade jurisdicional “é sempre uma ‘atividade de substituição’ – substituição de uma atividade pública a uma alheira”.¹⁰⁵

¹⁰⁴ MARQUES, J. F. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 1. 9. ed., Campinas: Millennium, 2003, p. 97.

¹⁰⁵ CHIOVENDA, op. cit. Neste sentido também Cintra, Grinover e Dinamarco lecionam que: “É uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.”

Ressalte-se, ainda quanto ao escopo da jurisdição que para Giuseppe Chiovenda, como já apontado, o escopo da jurisdição consiste na atuação da vontade concreta da lei por meio da substitutividade das partes, portanto, na substituição da atividade privada pela pública.

Já Marco Tullio Zanzucchi, citado por Marinoni, leciona que o escopo da jurisdição possui duas divisões, uma imediata e outra medata. A primeira consiste na realização dos interesses que ficaram insatisfeitos, e no mediato em razão da integração do direito objetivo. Verifica-se, pois, que a jurisdição, harmonizando os doutos referidos, teria por objetivo substituir as partes e satisfazer a pretensão da parte, ao mesmo passo que reintegrar a eficácia do direito objetivo, ou seja, assegurar ao pretendente aquilo que lhe seria por direito se a lei fosse respeitada.¹⁰⁶

Oportuno ainda, antes de encerrarmos a primeira parte de nosso estudo, deixar patente a lição de Luiz Guilherme Marinoni que atinge diretamente a concepção de jurisdição. A Jurisdição, como visto, consiste numa atividade pública, substitutiva às partes, que busca pôr fim à lide, satisfazendo os interesses ainda insatisfeitos, reintegrando o direito objetivo, e na propagação da conceituação chiovendiana, consiste na atuação da vontade concreta da lei.¹⁰⁷

As pretensões cotidianas estão a exigir da atividade jurisdicional adequações que nem sempre a lei se encontra apta à sua regulação, no entanto, deverá o Estado-Juiz, por força constitucional apresentar uma solução, sem se afastar dos ditames constitucionais. Neste sentido, as concepções de jurisdição acima apontadas demonstram ora uma conceituação que imputa à jurisdição um maior poder criativo do direito, ora exigem que o mesmo apenas cumpra a vontade da lei ou preserve a validade do ordenamento jurídico.

Em nosso entender, o posicionamento de Eduardo Couture, como já mencionado, demonstra o que nos apresenta consistir no melhor conceito de jurisdição, ou seja, a jurisdição representa um poder e um dever que deve ser exercido por um 'juiz da Constituição' ao aplicar o direito segundo os princípios e preceitos constitucionais.

¹⁰⁶ Cf. MARINONI, op. cit., 1999.

¹⁰⁷ Id Ibid.

Ato contínuo, atualizando nosso posicionamento até então esboçado, concebendo o direito metaforicamente como o conjunto de engrenagens representadas por princípios, normas, regras, que são movidas em benefício da harmônica ordem social, e concebendo que esta engrenagem é alimentada pelos ditames de um Estado Democrático de Direito 'Social', e que a força motriz desta engrenagem se dá pela jurisdição, que conjuga tanto o poder quanto o dever de um juiz constitucional, torna-se imperativo filtrar nossa investigação, para conceber qual é este poder, e qual é este dever do juiz constitucional a qual apontamos como necessário ao sistema vigente para que a força motriz consiga direcionar às engrenagens o que absorve pela alimentação estatal que lhe é concedida.

5. OS PODERES E A LEGITIMIDADE DO JUIZ

Atualmente é norte comum, muitas vezes necessário, para o estudo das temáticas possíveis a partir das ramificações do Direito, a sua análise em conjunto com as reflexões do contexto constitucional aplicável ao objeto em discussão, mormente com o progresso na propagação do constitucionalismo e a inclusão no seio acadêmico-jurídico brasileiro de significativos textos alienígenas pós ditadura militar, o que tem contribuindo para enlaces com bases mais sólidas e construtivas.

Ao se pretender a investigação acerca dos limites e das possibilidades processuais para o ativismo judicial, é manifesto que a análise destes limites e destas possibilidades deve caminhar, obrigatoriamente, pelas concepções de poder e pela própria abertura e fechamento que o sistema constitucional a partir da Constituição Federal, sem o que o estudo representaria lacunas estruturais que poderiam comprometer suas conclusões e sua própria cientificidade.

A importância de se traçar análises do poder decorrem de que a Constituição é um instrumento de limitações do poder, razão da necessária concepção deste. O destaque dado ao constitucionalismo, por sua vez, decorre da relevância que a própria Constituição apresenta dentro do ordenamento jurídico, impondo ditames ao Poder Legislativo em sua atividade legiferante, assim como aos demais Poderes estatais em seus misteres, além de concentrar a essência material ideológica, política, social, econômica e jurídica que se sedimenta no Estado Democrático de Direito brasileiro.

O estudo do constitucionalismo contemporâneo impescinde de resgates históricos, dado que “o futuro do Constitucionalismo não pode deixar de ser determinado pela evolução da Constituição desde a sua origem e pela detecção das linhas de força do seu desenvolvimento no momento presente”.¹⁰⁸ Nesta senda é imperioso realizar algumas reflexões que almejam apenas destacar um limitado resumo da Teoria Constitucional, permitindo-se sua compreensão e as principais concepções que lhe estão envoltas e necessárias para o presente estudo, dentre as quais destacaremos algumas noções de: Poder, Constitucionalismo, Constituição, Sistema Constitucional e Intepretação Constitucional, que se relacionam diretamente com o juiz ativista ou constitucional o qual galgamos em demonstrar.

¹⁰⁸ MOREIRA, J. C. B. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. *RePro*, São Paulo, n.º 116, ano 29, jul./20004, p. 313.

Portanto, a partir destas perquirições podemos esboçar parte essencial da Teoria Constitucional contemporânea, permitindo o desenvolvimento de outros estudos inseridos nas ramificações do Direito, da Filosofia e da Sociologia Jurídica. A pretensão, contudo, adverte-se, não é a de condensar tudo quanto se coteja acerca da temática, mas expor algumas essências deste todo segundo a principal doutrina, com o único intuito de ofertar maior compreensão e subsídio para análises mais profundas.

5.1. Conceito e teorias do poder

Em se tratando de estudo que versa sobre a atividade do Poder Judiciário e sobre a Constituição, instrumento primaz de limitação do poder, é salutar melhor concebermos o que consiste, em essência, o 'poder'.

De imediato temos que a concepção de Poder está ligada às noções de força, autoridade e imposição de obediência, não possuindo, porém, definição ou conceito uníssonos, assim como não se apresenta bem delimitada a sua gênese. Segundo Gérard Lebrum, extrai-se do 'Tratado da Natureza Humana' (1740) de David Hume, que

O nascimento do poder devese, aparentemente, à necessidade da guerra. [...] E a necessidade do poder impõe-se quando, nas 'sociedades ampliadas e requintadas', as regras de justiça já não têm força suficiente em si própria para que os homens as respeitem se não houver coerção. [...] A partir daí, diz Hume, os homens se acostumam muito rapidamente à obediência cívica.¹¹⁰

Porém Duguit questiona acerca da humanização da origem do poder. Partindo para o campo metafísico Duguit ultrapassa as concepções comuns e de maior assimilação para refletir que o poder não tem gênese humana, e por isso salienta que

Colocar em Deus a origem última do poder é a única explicação racional de sua existência, pois nunca será possível demonstrar que homem ou alguns homens, tenham de per si direito de governar outros homens, que uma vontade humana é superior a outra vontade humana.¹¹¹

¹¹⁰ LEBRUM, G. *O que é poder*. 14. ed., São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 22 seq.

¹¹¹ DUGUIT, apud AZAMBUJA, D. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. São Paulo: Globo, 1997, p. 88.

Nos parece que Duguit estava certo quanto a divinização do poder. O próprio Cristo ao ser indagado por Pilatos: “Não sabes que tenho poder para te soltar e para te crucificar?” Respondeu ao governador da Judéia: “Não terias poder algum sobre mim, se de cima não te fora dado”.¹¹²

Entretanto, questão prática de maior relevância consiste em conceber o que é o poder. Nesta senda destacamos alguns conceitos presentes na Teoria Geral do Estado, que delimitam o que venha a ser o poder. Segundo Marcus Cláudio Acquaviva: “Poder é a capacidade de impor obediência. A palavra tem origem no latim arcaico ‘potis esse’, contraída em posse e, daí, ‘potere’. Poder, então é ‘possibilidade’, é ‘potência, potencialidade’ para a realização de algo”.¹¹³

O conceito supra destaca a imposição de obediência como tradução de poder, porém, não especifica a necessidade da existência ou não de legitimidade para a imposição de obediência, o que entendemos ser relevante. Já Burdeau aponta no sentido de que: “O poder é uma força a serviço de uma idéia. Trata-se de uma força nascida da vontade social preponderante, destinada a dirigir, a impor aos seus integrantes o comportamento necessário para tanto.”¹¹⁴

A noção destacada por Bordeu demonstra uma certa finalidade social primária que exige a existência do poder, ou seja, este seria o instrumento motivado pela sociedade e destinado a assegurar a própria vontade social. Mas o poder encontra ainda definições e significados outros, afetos ao seu dinamismo, à sua coercitividade, ao seu aspecto político e governamental. Neste escólio Darcy Azambuja enfatiza que “não há sociedade sem poder, que é ordem no seu aspecto dinâmico”.¹¹⁵ Salienta também que “ao poder, expressão dinâmica da ordem política, denomina-se governo, e é o terceiro elemento essencial do Estado”.¹¹⁶

De fato, Dalmo de Abreu Dallari leciona que para que um agrupamento humano seja reconhecido como sociedade deve possuir: “uma finalidade ou valor social, manifestação de conjunto ordenado e poder social”.¹¹⁷ Hans Kelsen também destaca que “costuma-se classificar o poder do Estado como

¹¹² Cf. Evangelho de João, Cap. 19, 10-11.

¹¹³ ACQUAVIVA, M. C. *Teoria Geral do Estado*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 50.

¹¹⁴ BURDEAU, apud ACQUAVIVA, op. cit., p. 50.

¹¹⁵ AZAMBUJA, op. cit., p. 48.

¹¹⁶ Ibid., p. 49.

¹¹⁷ DALLARI, D. A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

sendo o seu, assim chamado, terceiro elemento”.¹¹⁸ Porém delimita que: “O poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo”.¹¹⁹

Para Gérard Lebrum, “existe ‘poder’ quando a ‘potência’, determinada por uma certa força se explicita ‘de uma maneira muito precisa’. Não sob o modo de ameaça, de chantagem, etc..., mas sob o modo da ‘ordem’ dirigida a alguém que, presume-se, deve cumpri-la.”¹²⁰

O sociólogo Talcott Parsons, no entanto,

recusa-se a considerar o poder como sendo, essencialmente, ‘uma ação imposta por um ator a um outro ator’. Segundo ele, o ‘political power’ é ‘a aplicação de uma capacidade generalizada, que consiste em obter que os membros da coletividade cumpram obrigações legitimadas em nome de fins coletivos, e que eventualmente, permite forçar o recalcitrante através de sanções negativas.’¹²¹

Segundo Lebrum verifica-se, assim, na visão sociológica de Parsons, a presença da coercibilidade, embora para Parsons “o ‘poder’ no sentido forte, seria apenas o recurso último, que intervem quando a autoridade é descartada”.¹²²

Para nós a noção de Poder deve conter como características: a) a legítima autoridade; b) a capacidade de impor obediência e sanções; c) uma reconhecida finalidade social. A concepção que nos aparenta é de que só tem Poder quem possui certa autoridade reconhecida pelos demais, ou seja, os sujeitos passivos deste Poder, e que tal poder seja empregado para fins reconhecidamente sociais.

Muito embora o Poder sem reconhecimento também se faça presente e existente, concebemos que o reconhecimento atribuído à autoridade que o detém dá a necessária legitimidade para a imposição da obediência e a aplicação da sanção em caso de desobediência. Subjacente a este reconhecimento encontra-se a noção ou senso comum de que tal imposição deve ser respeitada por que não

¹¹⁸ KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. João Baptista Machado. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000, 364.

¹¹⁹ Id Ibid.

¹²⁰ LEBRUM, op. cit., p. 12.

¹²¹ PARSONS apud LEBRUM, op. cit., p. 13 seq.

¹²² LEBRUM, op. cit., p. 113.

se traduz em mera ostentação ou tirania, mas sim, em organização e pacificação da ordem social. O inverso, ou seja, o poder sem reconhecimento da legitimidade da autoridade, ensejaria a desobediência e a permanente exacerbação desta autoridade de força e coação para manter-se com o cetro do poder.

Ressalte-se ainda que a legitimidade da autoridade não decorre ou se apresenta tão-só em razão do sufrágio, o que, se assim o fosse, evidenciaria, por exemplo, a exclusão de qualquer poder ao Judiciário, vez que os juízes no Brasil não são eleitos. Entretanto, a legitimidade se apresenta segundo costumes, tradição, valores e princípios que são reconhecidos pela sociedade. E como se denota, é secular a concepção do Judiciário como uma função detentora de reconhecidos poderes diante da sociedade.

Observe-se também que a imposição de obediência não representa em sumária coação à força para que a imposição seja cumprida sem alternativas. Trata-se de disposição delimitadora da conduta correta a ser respeitada no seio da sociedade, cabendo ao sujeito passivo, em tese, toda a coletividade, optar pelo seu acatamento ou pela desobediência à autoridade e/ou à imposição determinada. Em tais casos, por certo, haverá a sanção aplicável ao caso, dado que não concebemos 'poder' sem capacidade de impor o respeito às suas imposições, o que não significa dizer que a sanção se dê pelo emprego da força e de medidas arbitrárias.

Portanto, temos a concepção de que, na prática, o 'poder' reconhecido apresenta-se espelhado no Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, ou seja, no Estado, que tem a reconhecida autoridade para disciplinar a ordem social da coletividade presente em todo o território nacional, possuindo, ainda, as diversas sanções e medidas coercitivas para que suas imposições sejam obedecidas, além de realizar tais misteres segundo valores voltados ao bem-estar social.

5.2. Formas de exercício do poder

A multiplicidade de poderes importaria no caos, de forma que a escolha e atribuição de legitimidade a alguns poucos detentores do Poder nos parece ser a principal concepção de Poder. Aristóteles, discípulo de Platão, acompanhando o discípulo Alexandre, 'o Grande', em suas conquistas militares,

analisou próximo de 150 Constituições de diferentes povos e, reunindo-as, escreveu a obra 'Política', onde

formulou sua célebre classificação das formas de governo, adotando, para tanto, dois critérios: o critério 'numérico', com o qual classificou tais formas consoante o número de indivíduos que governavam, e o critério 'moral', pelo qual classificou tais formas em 'puras' e 'impuras', levando em conta o intuito de o governante ou governantes administrarem visando ao interesse geral ou ao benefício pessoal.¹²³

Para Aristóteles, as formas de exercício de Poder, através das formas de governo poderiam se dar de vários modos, dentre os quais se destacam Aristocracia, que a concebia como o "governo da maioria, quando esta é constituída somente de homens bons"¹²⁴; a Monarquia entendida como "o poder exercido por um só homem"¹²⁵; a Oligarquia, referida como o governo da classe dominante, "que passou a ganhar dinheiro à custa do tesouro da comunidade"¹²⁶ e que "dá mais valor às riquezas"¹²⁷; e a Democracia, concebida como o governo em que "o povo constitui a maioria, e uma resolução aprovada pela maioria é soberana"¹²⁸.

Estas concepções aristotélicas diferem da concepção do Barão de Montesquieu, para quem "existem três espécies de governo: o REPUBLICANO, o MONÁRQUICO e o DESPÓTICO".¹²⁹ Ressalta Montesquieu que

o governo republicano é aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo possui o poder soberano; o monárquico, aquele onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas; ao passo que, no despótico, um só, sem lei e sem regra, impõe tudo por força de sua vontade e de seus caprichos.¹³⁰

Desta forma, nos parece que Montesquieu vislumbrava com maior propriedade a concentração do Poder no Estado, e cuja concentração seria tripartida em três funções, a do Executivo, a do Legislativo e a do Judiciário.

Montesquieu, por sua vez, atribui à liberdade política a nova fase no progresso dos Estados, destacando que a

¹²³ ACQUAVIVA, op. cit., 111.

¹²⁴ ARISTOTELES. *Política*. Trad. Mário da Gama Kuri. 3. ed., Brasília: Editora UnB, 1997, p. 113.

¹²⁵ Id Ibid.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid., p. 131.

¹²⁹ MONTESQUIEU, op. cit., p. 19.

¹³⁰ Id Ibid.

liberdade é poder das leis, não do povo. E o poder das leis, eis a liberdade do povo. [...] A liberdade é o direito de fazer 'tudo quanto as leis permitem'; e, se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, não mais teria liberdade, porque os outros teriam idêntico poder. [...] E, para que se tenha esta liberdade, é preciso seja tal o governo que um cidadão não possa temer outro cidadão.¹²⁶

Daí □□□□□□□□□□ impede o abuso do poder quando, 'pela disposição das coisas, o poder detém o poder'. O que supõe, não o poder único e concentrado, mas uma fragmentação do poder, e certa 'distribuição de poderes separados'.¹²⁷

A influência das idéias de Aristóteles e de Montesquieu no mundo moderno e no constitucionalismo se fazem perceptíveis nos Estados que possuem o poder centrado nesse e em suas funções Legislativa, Executiva e Judiciária. A vida dos iguais, inicialmente concebida por Aristóteles, obteve a mutação para uma necessária centralização do poder, e limitação deste poder em si mesmo. Esta concepção também é relevante no sentido de atribuir legitimidade ou não a uma autoridade.

A partir das noções apresentadas sobre o poder é possível vislumbrar a importância das noções de constitucionalismo, Constituição, sistema constitucional, interpretação constitucional, etc, vez que todos guardam como relação a limitação do poder, tendo ainda como nascente as lições de Aristóteles e os aprimoramentos posteriores realizados pelo Barão de Montesquieu.

5.3. O juiz na história e no Estado

Concebida a noção de poder e referindo-se especificamente ao Poder Judiciário, é significativo para o desenvolvimento de um estudo acerca das limitações e possibilidades processuais do ativismo judicial em consonância com os ditames constitucionais vigentes, destacar um aparte específico à pessoa e função do juiz. Neste sentido, antes mesmo de se compreender o modo de seleção e legitimidade do exercício da judicatura, distinguir claramente a idéia da atividade do juiz, ou seja, consiste em uma profissão como outra qualquer ou apresenta-se como

¹²⁶ MONTESQUIEU, op. cit., p. 166 seq.

¹²⁷ CHEVALLIER, op. cit., p. 137.

uma atividade meramente auxiliar do governo para tarefas específicas? Ou diverso do que se propala o juiz seria um legítimo representante do povo?

Para estes esclarecimentos um breve retrospecto histórico emerge como linha segura para delimitar a essencialidade da atividade do juiz nos dias atuais. Segundo Dalmo de Abreu Dallari:

Tomando-se como ponto de partida a cidade-Estado grega, verifica-se que o título de 'magistrado' era dado a um cidadão que exercesse algum tipo de poder de comando, civil ou militar, no interesse público. Conforme registra Aristóteles, o magistrado ('arké') poderia ser escolhido por eleição ou sorteio e qualquer cidadão poderia ser escolhido, o que, obviamente, elimina a hipótese de exigência de conhecimentos especializados para ter acesso à magistratura. Além disso, o cargo poderia ser exercido com caráter temporário ou vitalício, ficando evidente, pelo menos nos casos de temporariedade, que não se tratava de uma profissão.¹²⁸

Como se observou é possível extrair que o magistrado era escolhido dentre detentores prévios de algum poder. Este fato, por si, é significativo no sentido de que o juiz já se situava em escala social ascendente à da plebe geral. Embora o poder de comando não derivasse com exclusividade da nobreza, clero e monarquia, é evidente que aquele que exercia algum poder de comando, civil ou militar, encontrava-se numa posição hierárquica social superior, o que poderia ensejar na ilegitimidade do exercício da magistratura por este detentor de poder de comando, ou, ainda, na negação da efetiva democracia deste sistema de escolha dos magistrados.

Porém, Aristóteles, como destacou Dallari, asseverou que os magistrados poderiam ser escolhidos por eleição ou sorteio e qualquer cidadão poderia ser escolhido, o que importa afirmar que um membro do povo que ascendera a algum poder de comando, mas que nunca ingressou na 'casta' da nobreza, clero ou monarquia, poderia, mesmo sem a cultura especializada, ser escolhido ou sorteado para a magistratura. Significa dizer que o magistrado deveria possuir requisito mínimo, qual seja, "poder de comando", mas em possuindo este requisito, fosse ele nobre ou originário da plebe, poderia ascender à magistratura conferindo-lhe legitimidade e autoridade para seu mister.

¹²⁸ DALLARI, D. A. *O Poder dos Juízes*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

Segundo ainda Dallari, a partir de estudos de M. Antonio De Dominicis, da Universidade de Trieste,

embora não haja certeza absoluta, ao que parece a palavra 'magistratus' derivou de 'magister', significando 'chefe', tendo sido utilizada inicialmente para designar a pessoa física que recebia um mandato do povo e agia como seu representante, ocupando uma posição de relevo na organização política.¹²⁹

O juiz, portanto, em sua gênese consistia em verdadeiro representante do povo que o elegia dentre os cidadãos qualificados (liderança), para exercício da atividade da magistratura por certo período de tempo. Note-se que o juiz possuía uma função equilibradora não apenas do justo como também do ético. E esta missão não se perdia de todo no tempo, já que Carlos Augusto Silva destaca ensinamento de Antoine Garapon de que na França os juízes desempenham importante função, lecionando que "o papel de guardião da moral pública cabe, hoje, aos juristas e, mais especificamente, aos juízes, que passaram a representar, claramente, a consciência moral da vida social, política e econômica".¹³⁰

E esta função orgânica dos juízes que remonta aos tempos gregos, apresenta-se imperativa nos dias atuais em que o Legislativo pátrio trilha caminhos opostos aos interesses do povo, e o Executivo apenas corrobora com os interesses dominadores da própria nação. Neste tempo, em que a própria democracia aproxima-se do caos, o ativismo judiciário enlaça-se como uma solução com precedentes positivos. Por isso Rogério Aguiar M. Soares emerge a lição de Piero Perlingieri para quem: "O jurista, e especialmente o juiz, é chamado a exercer uma função de suplência em relação ao Poder Legislativo e àquele Executivo, freqüentemente com justo equilíbrio, mas, por vezes superando os limites autorizados".¹³¹

De fato desde sua gênese o exercício da magistratura sofrera deturpações se comparado ao seu pretérito. Do grego ao sistema imperial romano, até o fim da Idade Média, o juiz passa a atuar como 'longa manus' do imperador. Conforme leciona Dallari: "Talvez se possa ver aí, embora com espírito diverso, um

¹²⁹ DALLARI, op. cit., 2002, p. 11.

¹³⁰ SILVA, op. cit., p. 88.

¹³¹ SOARES, op. cit., 2000, p. 159.

antecedente do ‘juiz funcionário’ ou profissional, estando á, também, uma antecipação do juiz agente do rei, como será conhecido no final da Idade Média”.¹³²

Este distanciamentXXXXXXXXXXVII, momento em que os juízes, embora já independentes, acabaram sendo utilizados pelos governantes absolutos segundo seus interesses. A proximidade havida entre soberanos e juízes tornou a magistratura poderosa e temida não só pelo povo, mas também de nobres que viam nela um exercício arbitrário. No séc. XVIII, em razão desta negativa imagem dos juízes, estes passaram por controle e começaram a desempenhar “atribuições auxiliares e deviam ser submissos ao rei ou equivalente, e às leis que este aprovasse”,¹³³ mas como leciona Dallari, “ainda assim o juiz permaneceu muito forte, com ampla liberdade para agir, sendo mesmo apoiado em suas arbitrariedades, desde que atuasse de acordo com a vontade dos detentores do poder político supremo”.¹³⁴

Inegavelmente este histórico negativo atribuído aos juízes de séculos passados guarda ranços até o presente Estado Democrático de Direito no sentido de se ter excessiva preocupação e temor do ativismo judicial, como se se pudesse comparar a judicatura atual com a do passado, e como se o exercício legiferante do Legislativo e o Executivo, este por medidas provisórias, representasse menor risco que uma judicatura constitucional.

A magistratura de então, que chegou aos arrepios de ser considerada como um direito de propriedade podendo ser comprada, vendida e transmitida por herança e que representava um ofício rendoso deve ser considerada como chaga do exercício da magistratura, posto que se divorciara radicalmente de sua basilar nascente. Este entendimento já fora cristalizado na célebre obra de Montesquieu, “Do espírito das leis”, em que já observava o jusfilósofo que:

O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanentemente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do corpo do povo, por um certo período do ano, da maneira prescrita em lei, para formar um tribunal que não dure mais do que a necessidade o exija.¹³⁵

¹³² DALLARI, op. cit., 2002, p. 11.

¹³³ Ibid., p. 13.

¹³⁴ Id. Ibid.

¹³⁵ MONTESQUIEU, apud DALLARI, op. cit., 2002, p. 16.

Montesquieu objetiva o resgate à origem da magistratura, o que realça que os desvios das premissas da instituição dos juízes não pode representar paradigma a ser observado. No entanto, é ululante conceber que o Estado, a sociedade, as relações privadas e públicas, e os conflitos hoje existentes são diversos daqueles presentes na constituição da magistratura, de forma que adequações devem e já foram feitas para confirmar a atualidade da gênese da magistratura.

A magistratura atual suplantou o absolutismo de então e incorporou-se ao Estado, porém, com o 'status' de Poder Judiciário, em identidade aos Poderes Legislativo e Executivo, com o mister de exercitar o controle de constitucionalidade difuso e concentrado das leis. Neste escólio, os EUA a partir das lições de Thomas Jefferson e de suas divergências com John Marshall, além do caso *Marbury vs Madison*, e atos do Congresso como o 'Judiciary Act', de 1801, têm sido recorrentes para ilustrar o modelo de magistratura a ser observado.

À par das entrelinhas do contexto judicial norte-americano, é certo que nas Repúblicas atuais o magistrado desempenha atividade pública como representante do povo, em sistema de freios e contrapesos, na defesa da Constituição e dos direitos fundamentais mínimos da população. Possuem os juízes vitaliciedade e garantias que longe de afrontarem sua gênese, atualizaram esta com o mundo em que os juízes vivem e são chamados a atuar.

Carlos Augusto Silva destaca neste sentido a lição de Antonè Garapon, para quem:

O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram (...). Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação. Os juízes são os últimos a preencher uma função da autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigos titulares.¹³⁷

Assim, a independência e o poder hoje outorgados aos juízes representa, sobretudo, um direito da população como garantia de um sistema republicano saudável a partir da separação dos Poderes. É por assim considerarmos que concebemos que a crítica desarrazoada do ativismo judicial que apenas segue o

¹³⁷ SILVA, op. cit., p. 88.

efeito manada do criticismo cético deve ser rechaçada, pois subjacente ao propalado temor de arbitrariedade dos juizes, reside no eco dos críticos forte retorno a concepção de uma magistratura desviante, dócil e dependente aos governos e opressores que atualizam a aristocracia e monarquia do passado.

Não olvidamos que não se deva outorgar poderes ilimitados ao Judiciário, assim como também ao Legislativo e Executivo. Porém, não nos façamos de rogado em aferir que o Judiciário dentre os Poderes da República é o que mais padece de interferências limitadoras. A indagação que se deve fazer é o porquê do juiz ter limitações sempre tolhidas frente ao seu mister garantidor e concretizador dos direitos fundamentais consignados na Constituição e os parlamentares e membros do Executivo pairarem intocáveis em seus abusos? Há imunidades aos juizes como aos parlamentares? Há semelhantes ao Senado, Câmara e à Presidência?

O Executivo cria mais leis que o próprio Congresso com dócil tolerância dos representantes do povo e deste próprio, mas uma simples sentença que concretiza direitos fundamentais com fundamento constitucional é de logo criticada, rotulada como alternativista e como abuso do juiz que agira criando leis e o próprio direito e afrontando a atuação dos demais Poderes da República. Um repensar é necessário quanto a subestimação da autoridade do Judiciário para que limites do ativismo sejam sim apontados, mas que não se tolha na raiz a árvore, antes mesmo de se conceber a cor, sabor e benefícios dos frutos desta.

5.4. A atual seleção dos juizes e sua legitimidade

Várias foram no curso da história as práticas de seleção dos juizes. As formas adotadas culminaram em um afunilamento das práticas adotadas de modo que a regra consagrou dois principais métodos: a eleição e o concurso público. O juiz em ambos os meios é selecionado do seio da própria sociedade, em processo próximo da identidade de condições e por meio de práticas igualmente legitimadoras da atividade judicante.

Dois aspectos quanto a seleção dos juizes são significativos ressaltar. O primeiro é de que o juiz é um cidadão como outro qualquer e que, como integrante da sociedade, em sendo eleito ou aprovado em concurso público possui legitimidade em sua atuação já que a eleição representa uma forma direta de

seleção pelo povo, e a aprovação por concurso público uma seleção indireta pelo povo, já que elegera os representantes parlamentares diretamente para que criassem a forma de seleção dos juízes, que uma vez consagrado na Constituição sedimenta a vontade da população.

São, pois, infundadas as alegações de que os juízes não possuem legitimidade popular por não terem sido eleitos, já que foram aprovados por concurso público, prática adotada pelo povo por intermédio de seus representantes no Congresso e do Constituinte. Como leciona Dallari:

Desde que a Constituição preveja esse modo de escolha e uma vez que os juízes, regularmente selecionados, atuem nos limites de sua competência legal, não há como pôr em dúvida sua legitimidade. Esta decorre da Constituição e não é menor do que a resultante do processo eleitoral.¹³⁸

Ademais, as decisões judiciais no Brasil, desde a instituição da República, vem sendo acolhida e em alguns momentos respeitada como única forma de garantia dos direitos fundamentais descumpridos pelo próprio Estado sem que se tenha por questionada a legitimidade de seu prolator o que reforça que o 'Poder Constituinte' agiu em respeito à vontade e poder emanado pelo povo ao outorgar poderes ao Poder Judiciário e de, desde 1988, consagrar o concurso público como prática de seleção para ingresso na magistratura, de forma que a legitimidade dos juízes se faz sobejamente reconhecida pela população.

Um segundo aspecto consiste na caracterização de profissionalismo à magistratura com a seleção por concursos públicos. De fato aqui reside um dos problemas da magistratura atual. Embora o concurso público seja meio de seleção isonômico e que limita discriminações, não há a certeza de que apenas os candidatos vocacionados à magistratura ingressarão por meio do concurso na carreira da magistratura.

Os vencimentos da carreira da magistratura, seja estadual, ou em especial, a federal, apresentam-se bastante atrativos aos aspirantes ao seu cargo, sejam recém formados ou militantes da advocacia que não encontraram na prestigiosa profissão a viabilidade econômica de nela prosseguirem. Este fato é relevante, pois, a partir do momento em que a magistratura representa apenas uma garantia de bom emprego, surge a possibilidade de se instituir um profissionalismo

¹³⁸ DALLARI, op. cit., 2002, p. 26 seq.

sem identificação com o mister maior que a magistratura guarda, que é zelar e defender a Constituição e os direitos fundamentais às minorias.

O concurso público ainda permite que candidatos da classe média alta e mesmo da mais alta classe social ingressem no concurso público em razão de melhor formação básica e acadêmica, o que não se pode desconsiderar. Isto significa também que tais juízes não permearam pelas mesmas dificuldades sentidas pela maioria da sociedade, o que pode gerar certa frieza no trato de decisões afetas ao senso comum da realidade social brasileira.

No entanto, a vocação do candidato, ao que nos parece, pode ser obtida de forma objetiva através do mérito dos candidatos, através da melhor qualificação jurídica e não por meio do maior acerto de questões. É muito freqüente presenciar em cursos de pós-graduação “stricto senso” a presença de mestrandos e doutorandos oriundos da classe média, em maior proporção que a do ápice da classe econômica brasileira. No entanto, a prova de títulos nos concursos são levados em conta apenas para efeito da ordem de classificação, enquanto deveriam principiar a seleção dos candidatos na seleção à magistratura.

Um candidato que possua o título de doutor em Direito possui amplas condições de ser absorvido pelo mercado de trabalho, em especial Universidade privadas em quadros de docência e direção de cursos e colégios. Pode contar com remuneração próxima ou superior a da magistratura, de forma que, se um candidato com doutorado participa do concurso público para magistratura, é de se concluir que esteja vocacionado ao desempenho da atividade judicante e não pode receber distinção de seu mérito apenas para efeito de classificação, mas deveria ser computado tal título com identidade de peso às demais provas, para efeito de aprovação e não apenas classificação entre os já aprovados.

A ausência de juízes vocacionados demonstra uma distorção do concurso público em relação a eleição, cujo interessado se candidata por ser vocacionado ao mister judicante. Há o risco, pois, de se preponderar pela seleção de meros profissionais e a atividade da magistratura tornar-se apenas o dizer a lei como friamente se põe. Não há como renovar o espírito de um cidadão cujo interesse consiste apenas em preservar seus vencimentos e o ‘status’ gerado pela posição que a judicatura oferece, mormente em regiões do interior do Brasil.

Entretanto, como bem destaca Dallari:

Não há dúvida de que, na sociedade moderna, o melhor modo de seleção de juízes é o concurso público, aberto em igualdade de condições, a todos os candidatos que preencham certos requisitos fixados em lei, excluía qualquer espécie de privilégio ou discriminação.¹³⁹

Salientamos, porém, que esta seleção pode ser melhorada de forma simples, como apontado, possibilitando-se a seleção de magistrados vocacionados e não meros candidatos em busca de um bom emprego público que lhes proporcione bons salários. Ademais, se para a seleção de um médico se exige especialidades prévias por que razão se exigiria menos de quem pode condenar à prisão, ou desapropriar os bens conquistados em uma vida de trabalho ou ainda de conceder medidas que permitam ou impeçam o prosseguimento da vida? É ilógico concluir o contrário, isto é, a necessária especialidade e vocação para quem será investido em tamanhos poderes.

Em breve adendo, ressaltamos que o panorama acima é salutar em razão da importância que o magistrado possui no seio da sociedade, e a relevância que há em se ter um julgador vocacionado. Contudo, não apenas o modo de seleção dos juízes apresenta-se problemático, mas também a sua formação inicial demonstra-se como uma das verdadeiras causas de inefetividade da prestação jurisdicional, pois muitos magistrados não tiveram o discernimento de compreender que um novo paradigma jurídico-constitucional se perfez com a promulgação da Constituição de 1988, de forma que a interpretação e aplicação do sistema jurídico enseja novo modelo de atuação judicial.

¹³⁹ DALLARI, op. cit., 2002, p. 26.

6. ENSINO JURÍDICO, HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO DIREITO

Após termos permeado pelo alicerce conceitual do estudo, oportuno apresentarmos algumas análises e críticas relacionadas à formação e atuação do julgador, assim como à hermenêutica constitucional que objetiva melhor interpretar as normas constitucionais. Oportuno desde logo sedimentar a importância da interpretação sistemática do direito a que a atuação judicial cotidianamente deverá perscrutar quando da aplicação do direito ao caso concreto.

Adotamos o enlace das temáticas por entendermos que o juiz de hoje foi o acadêmico de ontem, e neste sentido, o ensino jurídico exerce papel imperioso na formação e estrutura teórica do atual julgador que poderá adotar uma interpretação mais neutra ou próxima da letra fria da lei, ou uma interpretação sistemática, em um ativismo hermenêutico.

6.1. Infiltração da zetética no ensino jurídico

O Direito tem entre suas funções o mister de pacificar os conflitos de interesses através do ordenamento jurídico de uma dada sociedade. E subjacente a esta definição sedimentou-se o positivismo jurídico da Escola de Viena, tendo Hans Kelsen como expoente, ditando a aplicação da norma jurídica como se apresenta, sem valorações ou afetações pela realidade social, mas apenas em seu estado puro.

Este pensamento enraizou-se no ensino jurídico sendo largamente difundido, firmando a educação jurídica sobre esta esteira formalista. O juspositivismo engessou o estudo do Direito, que passou a ser embasado “num pensamento positivista, que conduz os estudantes ao legalismo e conseqüentemente afasta-os da realidade sócio-jurídica”.¹⁴⁰ Lenio Luiz Streck ainda salienta que,

A cultura calcada em manuais, muitos de duvidosa cientificidade, ainda predomina na maioria das faculdades de Direito. Forma-se, assim, um imaginário que ‘simplifica’ o ensino jurídico, a partir da construção de ‘standards’ e lugares comuns, repetidos nas salas de aula e posteriormente nos cursos de preparação para concursos, bem como nos fóruns e

¹⁴⁰ ZERNERI, M. B. *Ensino Jurídico: análise e perspectivas para um modelo atual – lições de ética e cidadania*. Londrina: EDUEL, 1998, p. 15.

tribunais. Esta cultura alicerça-se em casuísmos didáticos. O positivismo ainda é a regra.¹⁴¹

Esta conduta acadêmica e forense, somada ao imperialismo econômico determinou o sepulcramento do ensino. A própria Universidade passou a ser operacional, adaptando-se com maior intensidade às exigências das diretrizes neoliberais no tocante às demandas impostas pelo mercado do que às pesquisas dialético-críticas. As conseqüências deste caminhar encontram-se no distanciamento entre o Direito e a realidade social, e por conseguinte, na frieza do aplicador da norma, que não perscruta o seu conteúdo material quando de sua interpretação, mas apenas o procedimento formal de aplicação, pois o entendimento é de que “quem julga encontrar, descobrir ou reconhecer normas nos fatos, valores na realidade, engana-se a si próprio”.¹⁴²

Em síntese, a influência do positivismo no ensino jurídico continua fomentando um ensino meramente formal e reprodutivo. Como já tivemos a oportunidade de salientar:

Os acadêmicos encontram-se como que numa linha de montagem, cujo resultado final é assegurar o atual sistema, fonte primeira de injustiças sociais, visto que seu distanciamento da realidade social promove ainda mais a inviabilização da cidadania à todos, posto que é o operador do Direito o ‘médico’ das doenças que afetam a sociedade e o próprio estamento.¹⁴³

Por certo que o Direito não representa a ‘salvação’ da ordem social, contudo é inegável a sua especial interferência e influência nas relações sociais, de forma que, em sendo o ensino jurídico meramente positivista, formará um operador do direito tecnocrata, essencialmente dogmático, disseminador da aplicação gélida da norma, e cujos atos afetarão a sociedade com maior ou menor intensidade, conforme a posição e ocupação funcional que este operador desempenhar, motivando sentimentos de que o próprio Direito se mostra, não raras vezes, como autêntico algoz da própria coletividade.

¹⁴¹ STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 82 seq.

¹⁴² KELSEN, H. *O Problema da Justiça*. Trad. João Baptista Machado. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 72.

¹⁴³ PAULA, A. S. O Ensino Jurídico e o seu Comprometimento com o Dogmatismo Jurídico. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 5, n.º 63, ago. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/index.htm>. Acesso em: 10 abr. 2006.

Embora, como já destacado, o ensino jurídico trilhe pela senda do positivismo jurídico, pelo normativismo e, não raras vezes por legalismos e formalismos em muito distantes da realidade social, não podemos olvidar, mormente com o avanço de estudos constitucionais e da teoria geral da Constituição, que toda a concepção puramente normativista vem se relativizando com a discussão e infiltração da zetética na dogmática jurídica.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Zetéticas são, por exemplo, as investigações que têm por objetivo o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da Histórica, da Filosofia, da Ciência Política, etc. Nenhuma das disciplinas é especificamente jurídica.¹⁴⁴

Assim, correntes, teses sociológicas, filosóficas, históricas, psicológicas, dentre outras, passam a ser analisadas para a compreensão para a concepção deste na atividade judicial, buscando-se desvencilhá-lo do automatismo na aplicação das normas. É salutar destacar, que o Direito Constitucional, dentro da seara jurídica, é que vem possibilitando uma abertura a novas perspectivas jurídicas, não rechaçando o conflito entre as teses de orientações zetéticas com as de cunho dogmático.

Neste desiderato, através destas novas perspectivas, a Filosofia vem conquistando forte espaço na academia do Direito. Em meio à crise do positivismo com a realidade social, que, na prática, rotula os direitos fundamentais como normas meramente programáticas, na dependência de regulamentações sempre postergadas pelo Legislativo e Executivo, a Filosofia vem alcançado o posto de referencial para a Ciência Jurídica, dado que o Direito tem fome de segurança jurídica, não raras vezes freando certos avanços em razão da celeridade em que são postos.

E quando se busca encontrar novas soluções para a realidade social fora do positivismo jurídico, é natural que o Direito, perdendo seu principal referencial, busque outros referenciais seguros, o que se presencia com a Filosofia dentre outras áreas de conhecimento.

A Sociologia também representou, e ainda representa, incisiva contribuição para que o Direito, e o ensino jurídico, alcance o necessário progresso

¹⁴⁴ FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 43 seq.

e consiga enfrentar a ruptura de seus dogmas. Hermann Kantorowicz já salientava que “é vazia a dogmática sem a sociologia. É cega a sociologia sem a dogmática.”¹⁴⁵ Por tais razões é que o Direito recebeu forte influência dos movimentos sociológicos, tais como a Jurisprudência dos Interesses, o Movimento do Direito Livre, o Realismo Jurídico Escandinavo, a Jurisprudência Sociológica e o Realismo Jurídico norte-americano, além de outros pensamentos jurídico sociais, como a Escola Histórica do Direito (Savigny) e o Utilitarismo (Jeremy Bentham).

A construção ideológica dos referidos movimentos jurídico-sociais consistem no rompimento do demasiado apego à dogmática pela infiltração da zetética no formalismo positivista, significa dizer que a dogmática está cedendo espaço, ainda que à força, à zetética.

Destarte, é forçoso reconhecer que o Direito, e em especial o Direito Constitucional, está em crise, a um lado a segurança jurídica e o formalismo pelo positivismo, de outro a potencial insegurança e a implementação de políticas públicas via judicial através das concepções materiais e sociológicas da Constituição e do Estado Social. E esta crise atinge diretamente a postura dos operadores do Direito, que passam a contar com o apoio da Filosofia e da Sociologia Jurídica no ensino jurídico como suportes a novos referenciais além do positivismo kelseniano. Está, pois, havendo uma alteração zetética no ensino jurídico.

Motivados por estas alterações, estudos relativamente recentes, concebendo pelo rompimento do paradigma até então posto, e buscando melhor analisar o Estado Social e a Constituição, passaram a trazer novas tratativas ao ensino jurídico e à interpretação e aplicação do Direito, dentre as quais os estudos da hermenêutica.

6.2. Importância da hermenêutica constitucional

Os juristas e operadores do Direito de modo geral, analisando todas as conflituosidades acima destacadas passaram a incutir na análise da norma reflexões externas ao Direito. O constitucionalismo brasileiro, embora tardio em razão da repressão da ditadura militar, passou a ser a fonte impulsionadora de diversas compreensões acerca do Direito. Não há como se olvidar que a

¹⁴⁵ ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José F. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 18.

Constituição Federal de 1988 cristalizou o estudo do Direito Constitucional pondo-o na pauta das discussões jurídicas, e dada a abertura que a Constituição permite, vem possibilitando reflexões multi e interdisciplinares, com crescente interferência da Filosofia Jurídica. O ensino jurídico, nesta senda, vem recebendo novas incursões, possibilitando reflexões dantes inexistentes.

E dentre os operadores do Direito, é ao julgador a quem mais se cobra o reflexo das alterações teóricas, pois lhe é exigido, em concreto, a aplicação de um Direito menos formal e dogmático, e mais presente aos anseios das partes e da coletividade, um direito mais social. A Constituição Federal pátria, com um catálogo de direitos fundamentais, que a colocam como paradigma no cenário internacional, motivou que a sociedade também passasse a reclamar por alterações mais significativas.

Em síntese, como já frisamos:

Este deslocamento do formalismo sistemático pregado pelo positivismo jurídico, bem como a saliência dos valores e axiomas forçosamente relegados, levaram a uma mutação axiológica da interpretação jurídica, vez que os métodos tradicionais passaram a ser insuficientes para as necessidades jurídicas e para a realidade social presente.¹⁴⁶

Desta feita, e na busca de uma solução que viabilizasse de certa forma alguns reclamos da sociedade e da própria comunidade jurídica, é que, dentre diversas correntes e reflexões, passou-se a ganhar destaque os estudos acerca da Hermenêutica Constitucional e seus cânones, eis que até então a interpretação jurídica estreitava-se apenas na exegese da própria norma infraconstitucional.

Doravante, a pirâmide kelseniana passou a ter maior relevância, ganhando as normas constitucionais o destaque privilegiado que possuem. E como as normas constitucionais são mais abertas que as infraconstitucionais, foi preciso que uma nova interpretação fosse alçada para possibilitar o cumprimento do verdadeiro sentido da Constituição, daí a vigência da hermenêutica constitucional, que busca traduzir os anseios da Constituição, que ao fim, consagram os anseios da própria sociedade, para que sejam de fato efetivados. O objetivo desta interpretação,

¹⁴⁶ PAULA, op. cit., 2004a, p. 111.

portanto, consiste “en el descubrimiento de una ‘voluntad’, objetiva o subjetiva, preexistente en la Constitución.”¹⁴⁷

E para dar cumprimento a este mister, a hermenêutica constitucional vem consagrada com alguns princípios de interpretação constitucional, dentre os quais se sobressaltam o: princípio da supremacia da Constituição, princípio da unidade da Constituição, princípio da concordância prática ou da harmonização, princípio da máxima efetividade da Constituição e princípio das leis em conformidade com a Constituição. A interpretação Constitucional, portanto, é a concretização, incorporação da realidade, daí seu caráter criativo, ou seja, o intérprete cria diante do fato, mas vinculado à norma, podendo captar sua atual condição histórica, conhecimentos e pré-juízos.¹⁴⁸

Esta nova hermenêutica constitucional e seus princípios diretivos, trouxeram alento a muitos operadores do Direito que não aceitavam o ensinamento de que a aplicação da norma deve ser tal como é e distante dos anseios sociais que a cotejam. Também corroboraram com a atividade judicante de bons magistrados que entenderam que algo novo surgiu com a Constituição Federal de 1988, um Estado Democrático de Direito Social resplandeceu com uma série de direitos e garantias fundamentais que estão prestes a serem efetivados, e cuja interpretação antiga, calcada nas restrições do positivismo jurídico impediam que as normas constitucionais, abertas que são, tivessem a devida tratativa. A hermenêutica constitucional, com seus cânones, é capaz de autorizar, diante da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, que o Judiciário atue ativamente, inclusive implementando políticas públicas, efetivando, assim, direitos fundamentais que até então eram concebidos utopicamente.

Podemos concluir até este ponto, que a partir de uma transição do positivismo jurídico para as concepções sociais e materiais da Constituição, e a conseqüente influência desta mutação entre os operadores do Direito, com reflexos, ainda, no ensino jurídico, surgiu a possibilidade de o julgador passar a atuar com maior independência, deixando o rigorismo legalista para permear pela principiologia constitucional, o que, enquanto a uns motiva a insegurança jurídica, a outros, na prática, representa a efetiva e eficaz garantia de direitos fundamentais.

¹⁴⁷ HESSE, op. cit., 1983, p. 39.

¹⁴⁸ Ibid., p. 43.

Esta alteração do atuar jurídico já motiva polémicas dentro da Academia e no seio forense, e não apenas aí, também já cria movimentos por parte dos poderes Legislativo e Executivo no sentido de alterar a Constituição, Reformar o Judiciário, limitar e controlar o Judiciário, e outras tantas medidas que se apresentam como claro demonstrativo de que as decisões judiciais estão criando antipatias a uns e grande aceitação a outros. Em rigor os direitos e garantias fundamentais dependem, em especial, da ativa atuação do Poder Executivo, assim como, também do Legislativo, com a implementação das políticas públicas.

No entanto, tais Poderes não possuem interesse em efetivar os direitos constitucionais, daí imputando as mudanças acima cotejadas e as possibilidades da atual hermenêutica constitucional já estão fervilhando no cerne do Judiciário, instigando-o a cumprir e assumir seu papel Republicano no sentido de, diante das omissões dos demais Poderes frente aos ditames da Constituição, passar a implementar ele próprio as políticas públicas através de sua judicialização, o que enseja ativa interpretação constitucional.

6.3. Interpretação constitucional e sistemática do direito

A necessidade de uma interpretação constitucional diferenciada da interpretação tradicional deve-se em razão de que há entre nós um novo paradigma jurídico constitucional a partir da promulgação da Constituição Cidadã vigente. Desta forma, torna-se imprescindível concebê-lo segundo a nova hermenêutica constitucional eis que métodos de interpretações tradicionais não mais traduzem com harmonia os enunciados jurídicos com a realidade socioeconômica, visto que esta "realidade não pode ser reduzida, de forma alguma, a um psicologismo (*mens legislatoris*) ou a um objetivismo (*mens legis*) puro, baseado em uma orientação da teoria do conhecimento tradicional".¹⁴⁹

Praticamente todas as nossas atividades estão normatizadas, razão pela qual a necessidade de compreendermos um pouco mais acerca do sistema jurídico e constitucional, no afã de com maior rigor logarmos êxito na análise dos limites e das possibilidades processuais para o ativismo judicial, o que exige a perene investigação de se dar interpretação sistemática a todo o Direito, em

¹⁴⁹ SILVA, K. S. A. *Hermenêutica Constitucional*. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Hermeneutica.doc>. Acesso em: 20 jul. 2004.

conjunto com os cânones da hermenêutica constitucional. Assim, um dos grandes desafios da hermenêutica constitucional consiste em: "desenvolver, ainda que de maneira aproximada, um conceito de 'sistema jurídico', à base do qual se torne plausível iluminar o processo de interpretação normativa, desvendando-o".¹⁵⁰

A interpretação sistemática do Direito consiste num desafio hermenêutico, e com razão, pois desde os bancos acadêmicos o operador do Direito é motivado a interpretar e aplicar a norma através de subsunções lógicas individualizadas, ou seja, aplicando a norma de forma fria e estanque. Adota para tanto, critérios de interpretação arcaicos, equivocados e dissonantes com o novo paradigma jurídico que é apresentado pelo Estado Democrático de Direito Social, nos termos da Lei Fundamental pátria. É por isso que Juarez Freitas leciona que

não pode haver vinculação pura nem discricionariedade completa, tampouco qualquer automatismo na aplicação sistemática das normas jurídicas, sequer submissão passiva do intérprete à vontade original do legislador, porquanto o compromisso maior encontra-se no sistema e em seus apelos coercitivos de justa consistência.¹⁵¹

Note-se que o sistema jurídico possui como norte o cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, conforme previstos no artigo 3º do texto constitucional. Ou seja, todo o sistema jurídico – aí englobado o ordenamento jurídico por completo, e não apenas as normas constitucionais –, atuam em conjunto, embora sob hierarquia, na persecução e efetivação dos objetivos justificadores do Estado Democrático.

Importante destacar que a interpretação que se deve proceder do sistema jurídico não se reporta apenas às normas, mas também aos valores e princípios. E a Constituição Federal de 1988 apresenta diversos princípios fundamentais que direcionam a interpretação e aplicação do Direito. Segundo Freitas:

Por princípios fundamentais entendem-se [...] os critérios ou diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) e aos próprios valores (mais genéricos e indeterminados), sendo linhas mestras de acordo com os quais guiar-se-á o intérprete quando se

¹⁵⁰ FREITAS, op. cit., p. 25.

¹⁵¹ Ibid., p. 33 seq.

defrontar com as antinomias jurídicas.¹⁵²

Os princípios fundamentais, portanto, representam a fonte do sistema jurídico, apresentando idealizações que deverão ser observadas no processo legiferante, evitando-se antinomias jurídicas. Também se destina como guia aos intérpretes, em especial ao julgador, que deverão tê-los como sustentáculos do sistema e do ordenamento jurídico, orientando a direção ou mesmo realizando a filtragem das normas quando de sua aplicação aos casos concretos.

Logo, podemos concluir que toda interpretação sistemática é, de certo modo, interpretação constitucional, motivo pelo qual o aplicador de uma norma, mormente uma norma constitucional programática, deve analisá-la não de forma estanque, mas sim, compreendendo todo o sistema jurídico em que está inserida e, principalmente, interpretar sistematicamente esta norma conforme a Constituição.

Neste escólio também sedimenta Alexandre Pasqualini ao lecionar que

Em suma, a tarefa do exegeta ou aplicador do Direito será, para sempre e eternamente, a de realizar, diante do caso concreto, 'a máxima justiça sistemática possível', servindo-se do sistema para que com e no sistema a liberdade prospere, a igualdade aproxime e o bem prevaleça.¹⁵³

Nesta senda, outra exigência nos apresenta, qual seja, a de conceber quais são os cânones da hermenêutica interpretativa. A interpretação sistemática exige a própria interpretação da Constituição, é necessário compreender quais os princípios em que se alicerçam esta interpretação. Konrad Hesse esclarece que: "Aos 'princípios da interpretação constitucional' lhes corresponde a missão de orientar e canalizar o processo de relação, coordenação e valoração dos pontos de vista ou considerações que devem levar à solução do problema".¹⁵⁴

E como já salientado, dentre os princípios de interpretação

¹⁵² FREITAS, op. cit., p. 52.

¹⁵³ PASQUALINI, A. *Hermenêutica e Sistema Jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 121.

¹⁵⁴ HESSE, op. cit., p. 47 seq. Tradução livre do original: "A los 'principios de la interpretación constitucional' les corresponde la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema"

constitucional podemos destacar: a) o princípio da supremacia da Constituição; b) o princípio da unidade da Constituição; c) princípio da máxima efetividade da Constituição; d) princípio da concordância prática ou da harmonização; e) princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição.

Todos estes princípios objetivam apresentar uma maior interdependência entre o conjunto de normas, que devem interagir coerentemente entre si e com as normas constitucionais, devendo os órgãos ater-se aos seus misteres, preponderando pela eficácia integradora da unidade constitucional, mantendo sua supremacia quanto a interpretação e aplicação do Direito. Estes princípios de interpretação somados aos princípios positivados ou materialmente explicitados pela Constituição "servem, a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa."¹⁵⁵

Destarte, o primeiro cânone que encontramos na seara da hermenêutica constitucional é o 'Princípio da Supremacia da Constituição'. A bem da verdade, trata-se de dar ênfase a uma questão óbvia, visto que já está sedimentado no consciente jurídico nacional e internacional, principalmente após os estudos de Hans Kelsen, que as Constituições representam a norma ápice, suprema do próprio ordenamento jurídico, exigindo-se, portanto, a sua preliminar observância quando da análise de qualquer norma ou do próprio sistema jurídico. É por esta razão que Gomes salienta que "diante do princípio da 'supremacia da Constituição', o intérprete assume como postulado que, em matéria de direito positivo, nenhuma norma é superior à de natureza constitucional".¹⁵⁶ Também há de se ressaltar a advertência que Walter Burckhardt nos apresenta ao lecionar que:

Aquilo que é identificado como vontade da Constituição 'deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático'. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, 'malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e

¹⁵⁵ BASTOS, C. R. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 1999, p. 80.

¹⁵⁶ GOMES, S. A. *Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado de direito democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 48.

que, desperdiçado, não mais será recuperado'.¹⁵⁷

Ante o exposto é desnecessário prosseguirmos em questão pacífica como a supremacia da Constituição Federal, no entanto, é atual a advertência de que nem mesmo o Poder Judiciário tem valorizado o respeito ao texto constitucional. Neste sentido, há que se alterar a visão jurídica prática que relega a Constituição como "um papel de mero convalidador das normas infraconstitucionais",¹⁵⁸ fazendo com que não seja "raro que o intérprete 'leia' a Constituição conforme a lei – codificada ou não – e não o inverso",¹⁵⁹ em total desprestígio ao presente princípio.

Ato contínuo temos o 'Princípio da Unidade da Constituição', que traduz, em poucas palavras, a interpretação sistemática da Constituição com a do sistema jurídico, vez que o princípio em tela requisita do intérprete constitucional a compreensão de que:

A Constituição deve ser interpretada não como normas isoladas, em tiras separadas, mas como um sistema de regras e princípios, a fim de se evitar contradições. [...] Além disso, a Constituição deve ser considerada como uma unidade 'hierárquico-normativa', o que significa que todas normas contidas na constituição têm igual dignidade (não há hierarquia entre as normas pertencentes à constituição, quanto à validade, prevalência, etc).¹⁶⁰

O presente princípio não importa apenas na valorização do texto constitucional, mas também do sistema jurídico, dos princípios que o informa, das regras e valores. Todo este conjunto jurídico, ao fundo, compõe o cânone em questão, eis que a Constituição, mormente a Constituição de 1988, tratou praticamente de todas as áreas possíveis, o que enseja uma coesão de enunciados e normas constitucionais e infraconstitucionais, ou seja, do sistema jurídico, para se chegar aos objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito Social.

Neste escólio, intrinsecamente ligado está o 'Princípio da Máxima Efetividade da Constituição', onde o operador jurídico é chamado a concretizar os preceitos e valores constitucionais, atribuindo com esta máxima efetividade da

¹⁵⁷ HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 22.

¹⁵⁸ APPIO, E. *Interpretação Conforme à Constituição: instrumento de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 18.

¹⁵⁹ Id Ibid.

¹⁶⁰ FARIAS, E. *Hermenêutica Constitucional*. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n.º 38, p. 81 seq., jul. 1999.

Constituição a sua própria força normativa. E é justamente no tocante às normas constitucionais programáticas que se exige com maior veemência a presença de um ativismo judicial que absorva os ideais deste cânone e materialize direitos e garantias fundamentais insculpidos nas referidas normas, em obediência a esta exigência hermenêutica constitucional.

Por fim, ressaltamos o 'Princípio da concordância prática' ou da 'harmonização', que "busca solucionar os problemas de eventual colisão de direitos fundamentais",¹⁶¹ e o 'Princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição', que significa que "dentre as várias interpretações possíveis, deve-se preferir aquela que esteja de acordo com a Constituição e, obviamente, rejeitar a interpretação que a contraria".¹⁶²

Outros cânones ainda poderiam ser destacados, posto que a Constituição é rica na exigência do respeito aos ditames, porém, concluímos que mesmo os já expostos poderiam sintetizar-se no 'Princípio da Supremacia da Constituição', visto que uma vez respeitados os comandos constitucionais, aí por óbvio presente as normas constitucionais programáticas, todos os demais cânones restariam observados, eis que é da Constituição que se deve principiar a interpretação de qualquer norma, o que estaria contemplando não apenas a sua supremacia, mas também a sua unidade e efetividade.

A questão, portanto, e como já adiantada, é por demais simplista, mas a prática tem demonstrado que a relutância injustificada aos preceitos constitucionais acaba por dar aparência complexa a questões totalmente desmistificadas. Necessário se faz, neste sentido, uma vontade maior de se conceber que uma Nação e um Estado que rasga sua Constituição está negando seu próprio sentido de nacionalidade e cidadania.

¹⁶¹ FARIAS, op. cit., p. 82.

¹⁶² Id Ibid.

7. POSSIBILIDADES DE UM ATIVISMO JUDICIAL PELA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS

Não é raro o entendimento de que as normas constitucionais programáticas apresentam-se como o abismo que separam os direitos fundamentais da realidade do cidadão brasileiro. O Estado, através dos Poderes Legislativo e Executivo, e em menor grau também pelo Poder Judiciário, tem pro□□□□□□□□□□ cidadão não pode ver efetivados direitos fundamentais solenemente inseridos na Constituição porque estes representam normas programáticas, ou seja, entendendo que estas representam meras diretrizes objetivas, prestações negativas, não haveria por parte do Estado o dever de efetivá-las, com isto impedem que os objetivos e fundamentos da República se viabilizem, assim como a própria cidadania.

Ignoram governantes, legisladores e magistrados a lição de Ruy Barbosa, propagada por Pimenta ao afirmar que "não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos".¹⁶³

Destarte, não há como escusar a aplicação dos direitos fundamentais, de negar a positiva e presente atuação do Estado social no cumprimento de políticas públicas sob o pretexto de que as normas que apresentam tais obrigações carecem de regulamentação. Como se pôde analisar do ensinamento do mestre Ruy Barbosa, nada que consta na Constituição representa mera poesia ou linguagem figurativa, mas sim imposições normativas. Também não há que se exigir regulamentação de direitos fundamentais, pois tais direitos possuem imediata aplicabilidade consoante o parágrafo primeiro do artigo 5º do texto constitucional.

Toda esta celeuma só encontra eco em razão do enfraquecimento ou verdadeira ausência de atividade da Nação. A Nação representa também o espaço ou mola condutora para que questões sociais sejam atendidas e solucionadas. No entanto, percebe-se que o tecido social brasileiro não se move com o vigor necessário diante da inércia do Estado. Significa afirmar, em resumo, que a cidadania brasileira está debilitada. Os governantes e legisladores, por sua

¹⁶³ Cf. PIMENTA, P. R. L. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999. Epígrafe.

vez, aproveitam-se da letargia e participação política popular para fazerem vista grossa às questões sociais. Esta é uma constatação fática, visto que sempre que o cumprimento de um direito fundamental é exigido perante o Estado, este imediatamente alega a impossibilidade de sua efetividade em virtude de se tratar de uma norma constitucional programática.¹⁶⁴ E assim vão sendo relegadas as demandas sociais.

Contudo, fato diverso acontece quando se conclama do Estado a satisfação de interesses e demandas corporativas. É programática a garantia e direito à saúde, mas não o é a liberação de centenas de milhares de reais para a sanidade, por exemplo, do sistema financeiro. E é assim que se verifica crescimentos gigantescos das instituições bancárias mesmo em épocas difíceis para a população. Observa-se, portanto, que há má vontade política e judicial para que o cidadão veja seus direitos constitucionais contemplados. Evidente que se devem prestar algumas ressalvas, momento quanto ao Poder Judiciário, no entanto, a omissão representa uma triste regra. Neste diapasão, necessário se faz compreender o que são as normas constitucionais programáticas, qual a sua imperatividade e efetividade para que se possa reverter o panorama acima no sentido de, via judicial, possibilitar a sua aplicabilidade a satisfazer as demandas sociais.

7.1. Noções e eficácia da norma constitucional

Para alcançarmos o intento proposto tomaremos a brilhante tese de Regina Maria Macedo Nery Ferrari que leciona que as normas constitucionais:

Nada mais são que um tipo de normas jurídicas, isto é, aquelas que integram uma Constituição, considerada esta em um sentido puramente formal, isto é, como Constituição rígida, cujas normas possuem processo especial de elaboração.¹⁶⁵

E complementa a constitucionalista:

Portanto, as normas constitucionais limitam os poderes públicos, que só podem agir como e quando elas determinam, e mais, disciplinam como e por quem vão ser elaboradas as demais normas. Esses limites que restringem a ação dos

¹⁶⁴ Neste sentido, salienta Paulo Bonavides (*In: Do Estado Liberal ao Estado Social, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 219*) que: "Com efeito, de todas as normas constitucionais a programática é indubitavelmente aquela cuja fragilidade mais suscita dúvidas quanto à sua eficácia e juridicidade, servindo assim de pretexto cômodo à inobservância da Constituição".

¹⁶⁵ FERRARI, op. cit., p. 72.

poderes estatais garantem ao Estado de Direito, atuando, principalmente, no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais.¹⁶⁶

Destarte, presente uma vez mais a caracterização da supremacia e imperatividade da norma constitucional, bem como a certeza da existência e validade dos direitos fundamentais. Certo pois, é que a aplicação da norma constitucional não pode consistir em medida alternativa, mas preliminar, assim como não devem ser concebidas como genéricas ou abstratas a ponto de se imputar a sua inadequação aos casos concretos, eis que será justamente segundo a casuística que se observará a valia e prestabilidade destas normas na solução de contendas judiciais.

Em prosseguimento, e já no tocante à eficácia das normas constitucionais, é salutar conceber que a força normativa da Constituição parece não estar impondo a efetividade que se espera de suas normas. Ferrari leciona que:

No Brasil dos dias de hoje, é possível identificar a diferença entre o que LASSALE denomina de Constituição Real e a folha de papel em que se converte a Constituição Escrita, uma vez que preceitos constitucionais de grande importância para a sociedade encontram-se na incômoda situação de 'letras mortas', à espera da edição de leis ordinária ou complementares, que lhes integre o sentido e possibilitem a sua observância, ou, ainda, quando dispositivos constitucionais que não necessitam de legislativa integrativa, às vezes não são cumpridos, o que decorre, por exemplo, de fatores econômicos e políticos.¹⁶⁷

Dentre os preceitos constitucionais referidos por Regina Ferrari por certo se encontram os direitos fundamentais em especial relevo. Esta constatação consolida o que já expomos acima, ou seja, atribuí-se como programáticas normas que importam deveres ao Estado diante de questões sociais, exigindo-se legislações (ordinária e complementar) que regulamentem as normas constitucionais imputadas como programáticas. Tem-se por atuais as palavras de Ferrari ao afirmar que outras normas constitucionais deixam de ser cumpridas mesmo não exigindo regulamentações ou, não sendo consideradas programáticas.

Concebe-se, desta forma, que há má vontade política, e até judicial, em efetivar os ideais constitucionais. A economia e a propalada ausência de

¹⁶⁶ FERRARI, op. cit., p. 74.

¹⁶⁷ Ibid., p. 18.

recursos financeiros, por exemplo, tem servido de chavão para escusas políticas e judiciais. O Executivo e o Legislativo informam que não podem atender as demandas sociais e, embora o corte em investimentos sociais promova o superávit crescente apresentado como produto de vitrine aos fundos internacionais.

O Poder Judiciário alega, na defesa de sua omissão, o 'risco Brasil', e a segurança jurídica, bem como a discricionariedade do Poder Executivo e o princípio da Separação dos Poderes, além de questões outras, convalidando neste sentido, a omissão e incompetência política dos demais Poderes. Observe-se, porém, que os Poderes Executivo e, em especial, o Legislativo, gozam de grande desprestígio popular, não apenas em razão das noticiosas corrupções e impunidades que cotidianamente se verifica, mas também em virtude do total descomprometimento dos planos e promessas de campanha, gerando a descredibilidade dos representantes de tais Poderes. Nesta senda, o Poder Judiciário, que ainda goza do respeito popular, apresenta-se como esperançosa alternativa aos anseios sociais, ainda mais ao se considerar que a missão primordial de um juiz, desembargador ou ministro é a defesa precípua da Constituição em seu todo.

Uma conclusão é certa, é que refém destas omissões, o cidadão padece com a ineficácia dos direitos fundamentais. E estes direitos não podem ser negligenciados como se 'letras mortas' o fossem. O artigo 5º, §1º, da Constituição Cidadã é claro em preconizar que: "As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Destarte, os direitos fundamentais não dependem de medidas concretizadoras tais como legislações infraconstitucionais para que sejam asseguradas a sua eficácia. Esta é uma constatação lógica. Krell assim também entende ao advogar que:

Conforme disposto no §1º do artigo 5º da Constituição Federal, as normas sobre Direitos Fundamentais são de 'aplicação imediata'. Encontramos regulamentações semelhantes nas Cartas de Portugal (artigo 18/1) e da Alemanha (artigo 1, III), que certamente inspiraram a Constituição nacional. Esse dispositivo serve para salientar o caráter preceptivo e não programático dessas normas, deixando claro que os Direitos Fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiências de lei. O seu conteúdo não precisa ser necessariamente concretizado por uma lei; eles possuem

conteúdo que podem ser definidos na própria tradição da civilização ocidental-cristã, da qual o Brasil faz parte.¹⁶⁸
 Considerando esta imediatidade das normas definidoras de direitos

fundamentais, Sarlet conclui que:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são todas de um mínimo de eficácia no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.¹⁶⁹

É possível compreender, portanto, que a aplicação imediata dos direitos fundamentais constante em normas constitucionais não se devem por mera expectativa da Nação, mas exige-se a sua imediata aplicabilidade porque assim o deve ser, não se trata de simples ato volitivo, mas de cumprimento da própria cultura ocidental-cristã, como afirmado por Andreas Krell acima, e por já residir no consciente dos povos, compondo a costumética universal.

No entanto, apesar da caracterização da imediata eficácia dos direitos fundamentais, assim como o clamor social para que direitos elementares sejam efetivamente prestados pelo Estado, é possível constatar que a jurisprudência pátria, em especial a do Supremo Tribunal Federal-STF, ainda refreia a aplicação dos direitos sociais, adotando posicionamentos omissos e frustrantes ante a vontade popular e, infelizmente, em oposição aos valores constitucionais. Tardam em conceber os Poderes estatais a nova perspectiva jurídica que o atual Estado impõe a estes. Leciona Piovesan que:

O Estado Social, diversamente do Estado Liberal, se legitima antes de tudo pela realização de políticas, isto é, programas de ação. Estas políticas públicas englobam todo o conjunto de atuações estatais no campo social, mediante as políticas sociais.¹⁷⁰

¹⁶⁸ KRELL, A. J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: SAFe, 2002, p. 37 seq.

¹⁶⁹ SARLET, I. W. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 246

¹⁷⁰ PIOVESAN, F. *Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 32.

Esta inércia do Estado e dos poderes públicos em conceber que os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, representam a própria razão de ser do Estado, fomentam uma ruptura radical entre o que preconiza a Constituição e o que espera a sociedade, conforme a própria realidade socioeconômica que vive a população em função desta ineficácia dos direitos fundamentais sociais, que são analisados como exigências intolerantes da população perante o Estado, através de seus Poderes.

Contudo esta persistente atitude do poder público em negar eficácia aos direitos fundamentais está, em segundo plano, retirando a própria legitimidade destes poderes, posto que cumprem função de dinamizar o Estado, e não contrariar seus objetivos e fundamentos. E como leciona Krell:

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos 'contra' o Estado, mas sim direitos 'através' do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais.¹⁷¹

Há, portanto, que se rever a estagnação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no atendimento das demandas sociais, impondo-se a estes o respeito à aplicação imediata dos direitos fundamentais por intermédio de prestações materiais. Isto se deve por termos adotado, após longa conquista e marcha popular, a construção de um Estado Democrático de Direito Social, positivado em nossa Lei Fundamental.

Desta forma, há uma imposição aos Poderes estatais em efetivar tudo quanto consta na Constituição, entendendo sempre que esta elevou a dignidade da pessoa humana como diretriz interpretativa e de execução de seus comandos normativos, o que impõe dizer que independem as normas constitucionais de legislações infraconstitucionais para lhe aferirem eficácia, posto que possuem auto-suficiência, mormente quando analisada sistematicamente, de modo que possuem imediata exeqüibilidade.

7.2. Normas Constitucionais Programáticas

¹⁷¹ KRELL, op. cit., p. 19.

Uma vez compreendido que as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais definitivamente possuem aplicabilidade imediata, delimitemos a análise das normas constitucionais programáticas, onde se concentram a problemática de nosso estudo, eis que aqui reside o abismo entre a teoria e prática das dimensões dos direitos fundamentais.

Após a Primeira Guerra Mundial e com a gênese de documentos constitucionais do séc. XX, o ser humano ganhou destaque nos textos positivados, assim como ao Estado atribuiu-se a obrigação de realizar prestações positivas em proteção ao indivíduo e no asseguramento de direitos que vão da segurança social ao acesso à cultura.

Neste sentido "as Constituições passaram a ter a conotação de dirigir, na medida em que definem fins e programas de ação do Estado".¹⁷² Mas estes fins e programas nem sempre se apresentam sob a forma de normas com grande precisão, e, não raras vezes, deixam de constar expressamente o comando executório da norma, primando pela generalidade, insurgindo aí discussões quanto a sua eficácia e efetividade. Ferrari afirma que:

Este modo de prever a atividade estatal, por meio de normas de grande imprecisão, traz à tona as normas que são previstas no texto supremo apenas em princípio, e constituem 'as normas constitucionais de princípio programático'.¹⁷³

As normas constitucionais programáticas passaram então a ser concebidas como aquelas normas onde o Constituinte estabeleceu os fins, objetivos e os direitos fundamentais a que o Estado se obrigará a realizar. Todavia, a interpretação posterior que se deu a esta norma fora apenas no sentido de ser ela meramente diretiva e voltada para o futuro, sem contudo, estabelecer uma imposição perante o legislador. Entretanto, Bonavides, apresenta e complementa um conceito que Crisafulli presta às normas constitucionais programáticas que foge a esta abstração que os intérpretes e legisladores contrários a um Estado Social pretendem lhe imputar. Assim, leciona que:

Nesta acepção jurídica com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não se afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer,

¹⁷² FERRARI, op. cit., p. 157.

¹⁷³ Id Ibid.

mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como 'programáticas' as normas constitucionais, mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus agentes legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos e formas da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e de governo e assim obrigatoriamente prefixados pela Constituição como fundamento e limite destes.¹⁷⁴

Destarte, podemos concluir que as normas constitucionais programáticas, conquanto guardem com certa imprecisão o estabelecimento de programas e direcionamentos aos legisladores e governantes, não padecem elas de eficácia, impondo e servindo de coerção aos referidos representantes do poder público a realização concreta dos ditames preconizados nas normas programáticas. Observa-se também, que o berço destas normas remonta à transição entre os Estados Liberal para o Social, onde a gama de direitos é mais ampla,¹⁷⁵ concebendo-se, inclusive, quatro dimensões de direitos fundamentais.

Por possuírem a mesma natureza das demais normas constitucionais desnecessário reprisar a exequibilidade também das normas constitucionais programáticas. Porém, elucidativa a conclusão a que chega Paulo Bonavides ao afirmar que:

Em suma, urge reter que no presente estado da doutrina, pelo menos da melhor doutrina, à qual aderimos, as normas programáticas já não devem ser consideradas ineficazes ou providas apenas de valor meramente diretivo, servindo unicamente de guia e orientação ao intérprete, como pretendiam Piromallo e outros constitucionalistas antigos e contemporâneos, habitados a reduzir o conteúdo programático das Constituições a um desvaneio teórico de boas intenções ou uma simples página de retórica política e literária.¹⁷⁶

¹⁷⁴ BONAVIDES, op. cit., 2004, p. 221 seq.

¹⁷⁵ Neste sentido BONAVIDES, op. cit., 2004, p. 204, leciona que "no Estado liberal do século XIX a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e direitos políticos) ao passo que hoje o Estado social do século XX regula uma esfera muito mais ampla: o poder estatal, a Sociedade e o indivíduo.

¹⁷⁶ BONAVIDES, op. cit., 2004, p. 223.

Significa dizer, portanto, que as normas constitucionais programáticas ao caminharem com a recente evolução, entre nós, do Estado Democrático de Direito Social, trouxe esculpida em seu bojo, deveres a que o referido Estado tem por incumbência realizar. Portanto, principiou diretivos para que o legislador melhor delineasse a forma de implementação dos direitos, garantias e políticas públicas ali presentes.

Esta constatação, porém, não importa na afirmação de que a eficácia destas normas estariam na dependência das legislações infraconstitucionais; pelo contrário, consistem em preceitos imperativos, com eficácia e aplicabilidade imediata, eis que são normas constitucionais, facultando, todavia, a regulamentação. Mas suas imposições são exercíveis desde já, pois como salienta Luis Roberto Barroso, "as normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade".¹⁷⁷

É neste diapasão que, adentrando as características da norma constitucional programática, Ferrari leciona que estas normas possuem a "mesma natureza de todas outras que integram um diploma constitucional rígido, isto é, são dotadas de imperatividade suprema frente ao ordenamento jurídico por ele fundado".¹⁷⁸ E a tais normas, em virtude desta característica vinculativa, vem sendo concebida pela doutrina a perda de seu caráter programático, consistindo em normas constitucionais imperativas tal qual as demais, possuindo apenas uma finalidade a ser cumprida pelo poder público, porém de forma pejorativamente obrigatória.

No entanto, em que pese a vinculatividade e eficácia das normas constitucionais programáticas, tem-se que os fins e tarefas que carregam em seu bojo ainda poderiam padecer da discricionariedade, deixando o legislador livre o bastante para pouco ou equivocadamente legislar sobre os preceitos apresentados nas normas programáticas. De fato, o legislador infraconstitucional possui liberdade para escolher as regras de direito ao apreciar "as tendências das relações sociais"¹⁷⁹

¹⁷⁷ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 78.

¹⁷⁸ FERRARI, op. cit., p. 182.

¹⁷⁹ Ibid., p. 185.

porém, esta discricionariedade restringe-se na imperatividade e segundo os parâmetros constantes na própria "legalidade constitucional".¹⁸⁰

Resta, portanto, o entendimento de que a discricionariedade é limitada à própria norma constitucional, ressaltando-se ainda, que se trata de uma via de mão dupla, eis que no mesmo sentido que a norma permite uma limitada discricionariedade, noutra pólo impõe o dever de legislar, julgar e executar. De toda sorte, ao operador do Direito sempre restará a missão de interpretar a norma, de modo que a adequação desta ao fato concreto consista não apenas numa faculdade, mas sim, numa obrigação e verdadeira função social que presta à sociedade.

7.3. Constituição Econômica Programática: à guisa de conclusão

Não olvidamos em afirmar, que de todo o exposto acerca das normas constitucionais programáticas, que estas, mais que quaisquer outros motivos, encontram restrições quanto a sua aplicabilidade em virtude do aspecto econômico que carregam, eis que atribuem créditos contra o Estado para a satisfação e cumprimento de inúmeros direitos fundamentais encapsulados em seus preceitos. Créditos estes que se viabilizam através da efetiva implementação de políticas públicas, requisitando, pois, do Estado, volumosos recursos financeiros.

A questão exegética ou hermenêutica, apresentada em primeiro plano quando da análise das normas constitucionais programáticas, ao fundo, consiste numa perspicaz tangência da verdadeira razão da inaplicabilidade destas normas.

Assim, diz-se que as normas constitucionais programáticas não apresentam crédito e direitos subjetivos contra o Estado, e portanto, não possuem eficácia imediata, para não se admitir que, embora seja lógica a sua imediatidade, a confirmação desta concepção poderia conduzir o Estado a uma verdadeira *falência* financeira. Desta feita, muitos buscam alongar a distância entre os direitos econômicos e os direitos sociais, marcantes em normas programáticas. Por certo, e não nos façamos de puritanos, interesses políticos e econômicos escusos encontram-se subjacente à imputação da mera programaticidade da norma constitucional assecuratória de direitos fundamentais. No entanto, não há de se

¹⁸⁰ FERRARI, op. cit., p. 185.

esquecer que "toda ordem jurídica é social, isto é, voltada para a ordenação social, só isto justifica a sua existência".¹⁸¹

Esta necessária integração entre direitos econômicos e direitos sociais reuniu forças com o advento do Estado Social, daí que, ao passo em que muitos labutam em argumentações anacrônicas tais como a ausência de imperatividade e imediatidade das normas constitucionais programáticas, outros, concebendo a profundidade da concepção de que *toda ordem jurídica é social*, emergiram, há não muito tempo atrás, em torno de uma *Constituição Econômica*, passando-se à análise de suas modalidades *programática* e *estatutária*.

A Constituição Federal possui em sua parte econômica – a Constituição Econômica –, princípios que buscam coadunar-se com o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim é que o artigo 170 do texto constitucional preceitua que: "A ordem econômica, fundada na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social...", o que importa dizer que, de fato, tem entre suas funções a implementação de políticas públicas.

Nesta senda, a Constituição Econômica também impõe imediata aplicabilidade às normas constitucionais programáticas, obrigando o poder público a gerir o Estado no sentido de providenciar as necessidades sociais, conforme se façam exigentes, de sorte que, uma vez mais, injustificadas estão as alegações de que o Estado não possui deveres no atendimento dos preceitos incutidos em normas constitucionais programáticas.

Imbuídas do espírito que motiva os Estados Sociais, assim como o vigente Estado Democrático de Direito Social pátrio, as Constituições Programáticas, segundo a lição de Eros Grau, no tocante ao aspecto econômico, "não se conformam a ser mero instrumento de governo, mas além disso, enunciam diretrizes, programas e fins de política econômica a serem realizados pelo Estado e pela sociedade".¹⁸² É nesta senda que devem ser analisadas as normas constitucionais programáticas, como fins imperativos a serem realizados pelo Estado, pois tais normas também "disciplinam as relações econômico-sociais"¹⁸³ O

¹⁸¹ FERRARI, op. cit., p. 198.

¹⁸² Ibid., p. 199 seq.

¹⁸³ Ibid., p. 200.

aspecto diretivo destas normas, como já analisado não são desprovidos de eficácia imediata, razão pela qual temos que:

As normas constitucionais definidoras dos fins, programas, tarefas do Estado, em decorrência de sua imperatividade, exigem a sua observância, o seu cumprimento, o que significa colocá-las em ação, torná-las efetivas, e isso também em relação às imposições constitucionais enérgicas ao legislador. O seu não cumprimento deve, necessariamente, desencadear uma sanção, que pode, entre outras, estar resumida em uma responsabilização política.¹⁸⁴

Destarte, podemos concluir que nem sob o pretexto econômico, nem sob a ótica da interpretação constitucional, pode-se negar a imperatividade, imediatidade e exeqüibilidade das normas constitucionais programáticas, visto que também a Constituição Econômica brasileira, estreitando-se em princípios que vão de encontro com a dignidade da pessoa humana, exigem do legislador, do administrador e dos magistrados, a obrigatória observância dos preceitos presentes nestas normas.

Considerando que os Poderes Legislativo e Executivo reiteradamente, por razões notadamente políticas, omitem-se na aplicação e concretização dos créditos e políticas públicas a que os cidadãos fazem jus perante o Estado social, é de se dar guarida ao entendimento de que o Poder Judiciário, não é nem mais nem menos republicano, tem o mister de efetivar os direitos e obrigações estatais insertos em normas constitucionais, programáticas ou não, razão da necessidade de um ativismo judicial mais incisivo, ou, em outros termos, menos omissivo.

¹⁸⁴ FERRARI, op. cit., p. 221.

8. ATIVISMO JUDICIAL, FORMALISMO E SEGURANÇA JURÍDICA

Para que pudéssemos chegar aos posicionamentos que em seguida iremos alinhar, foi necessário conceber, previamente, a noção de Direito, Jurisdição e, em especial, a compreensão social que reputamos ao Estado Democrático de Direito pátrio, à Constituição e à legitimidade dos poderes do juiz, assim como da imediata aplicabilidade das normas constitucionais programáticas, isto porque ao se cotejar acerca dos limites e possibilidades de um ativismo judicial à luz da Constituição Federal se faz necessário compreender o entendimento que se destina ao Direito e ao Estado, para então apontar a retidão ou abuso de um ativismo judicial em determinado sistema jurídico.

A análise seguinte objetiva conceituar o ativismo judicial tal como entendemos diante do contexto e dos alicerces já conquistados até o momento neste estudo.

8.1. Concepção de ativismo judicial

A expressão 'ativismo judicial possui entonação que recebe repulsas justamente pela ausência de similar entendimento de que o Estado vigente não se concebe como o liberal, muito menos como o absolutista. Assim, a neutralidade do julgador é uma falácia utópica que nem mesmo os leigos ou calouros acadêmicos do Direito conseguem forçosamente aceitar.

O Direito, o Estado e a Constituição moderna traduzem um novo paradigma jurídico, de forma que o operador do Direito que mais expressiva pelo Judiciário, creditando a esta conduta um abuso de competência, pode estar alheio às concepções modernas que impõe uma igualdade entre as três funções do Estado, quais sejam, a legislativa, executiva e judicial, que em verdade sintetizam um único Poder, razão inclusive de concebermos como inconsistentes as alegações de possível ilegitimidade dos atos e decisões do Judiciário.

Em nosso entendimento, ativismo judicial refere-se a um poder-dever do Estado-juiz em atuar na persecução dos objetivos e fundamentos da República, ou seja, a Constituição enlaça diretrizes às funções e poderes estatais, de modo que devem estes agirem de tal forma que efetivamente concretizem os direitos pela Constituição consagrados e requeridos pelos cidadãos com respaldo em tais direitos. Evidentemente o ativismo judicial será manifestado e se

concretizará quando da prestação jurisdicional em um caso concreto. E de que forma? Através de uma interpretação sistemática do Direito, efetivando normas e princípios constitucionais ao caso concreto.

Neste escólio, Ativismo Judicial não deve erroneamente ser concebido como criação desenfreada do direito pelos juízes. O juiz não cria o direito do nada e se assim agisse estaríamos diante de um usurpador autoritário do poder. Porém, o direito não se resume ao positivado no ordenamento jurídico, de sorte que as decisões judiciais ditas 'contra lege' devem ser analisadas pela existência de lastro no sistema jurídico, mais amplo que o costumeiro e restrito legalismo saboreado incansavelmente por formalistas forenses.

Doutrinadores abalizados reconhecem a necessidade de um ativismo judicial tal como reconhecemos. Leciona Cândido Rangel Dinamarco que o juiz deve ser um ativista, pois o ativismo do magistrado é "algo indispensável à plenitude do seu ofício".¹⁸⁵ Marinoni enfatiza ao lecionar que "um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado".¹⁸⁶ Portanto, o juiz hodierno possui deveres que lhe impõe uma atuação mais efetiva.

Observe-se, inclusive, que o próprio anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo idealizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em análise pelo Ministério da Justiça desde janeiro de 2007, destaca expressamente logo no artigo 2º, 'i', que dentre os princípios da tutela jurisdicional coletiva o "ativismo judicial", o que emerge a importância da compreensão de que o entendimento sedimentado de que o juiz age de forma neutra e imparcial, e quase nunca de ofício, representa uma concepção anacrônica e que não merece mais acolhida em início de um terceiro milênio em uma sociedade em contínua mutação.

Em derradeiro, consideramos que a Constituição Cidadã ampara com pujança de normas e princípios, tanto o ordenamento quanto o sistema jurídico de modo que à luz da Constituição vigente há possibilidades, assim como limitações

¹⁸⁵ DINAMARCO, C. R. *apud* REINA, C. R. *Judicialização da Política*. Disponível em: <<http://www.amaerj.org.br/Editorial/MontaHome.asp?qsTpl=artigos3b.tpl&qsCaminhoTpl=../tpl/>>. Acesso em 09 out. 2003. Também Clèmerson Merlin Clève (*In O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto529.doc>> Acesso em 09 out. 2003) salienta que: "...um Judiciário ativo é condição para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais".

¹⁸⁶ MARINONI, op. cit., 1999, p. 101.

a um ativismo judicial mais enfático. Destarte, logramos apontar em quais sentidos se dão estas possibilidades e limitações procedimentais e hermenêuticas do ativismo judicial, e principiamos pela análise do formalismo jurídico, eis que, como já destacado, é o excesso de rigores formais e o abuso do procedimentalismo legalista que motiva, não raras vezes, a letargia do processo e mesmo do acesso à justiça.

8.2. Formalismo jurídico e ativismo judicial

De longa data os atos e decisões de natureza jurídica requerem determinados revestimentos legais consagrados em 'formas'. Daí o emprego de formalidades e a crítica ao formalismo jurídico exacerbado, que relega o conteúdo e supervaloriza o procedimento. A forma tem sido designada segundo quatro reflexões principais. A primeira entende a forma como uma "teoria da justiça, em que o justo passa a depender pura e simplesmente da conformidade do ato à lei".¹⁸⁵ Uma segunda visão compreende a forma como uma 'teoria particular do direito', em que o importante não é o conteúdo, a matéria regulada, mas sim a forma que a regula, eis que esta é constante, enquanto o conteúdo ou valor é variável.

Uma terceira designação da forma a concebe como um instrumento de se construir o direito como sistema, a partir das qualificações normativas dos fatos do mundo físico ou humano, mas não especificamente esses. A quarta concepção fomenta as noções da forma como uma 'teoria da interpretação' em que o formalismo jurídico se referiria ao método à função atribuída ao intérprete ou a ambos, conforme Oliveira.¹⁸⁶

Em síntese, a forma teria quatro significativas caracterizações, quais sejam: o justo, a forma dos conteúdos, a construção do sistema jurídico e a interpretação. O entendimento da forma como justiça por ter o ato obedecido os requisitos legais recebe guarida pela própria Constituição e do Código Civil que preconizam que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/88), e que a validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 82, v. CC).

No entanto divergimos da compreensão de que o ato jurídico válido, perfeito, seja justo pelo cumprimento do respeito à forma que se lhe exigia, pois a

¹⁸⁵ OLIVEIRA, C. A. A. *Do formalismo no processo civil*. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 3.

¹⁸⁶ *Id* *Ibid*.

justiça do ato não reside na forma, mas em seu conteúdo, no valor que emana. De fato, como destacado na segunda reflexão, a forma regula o conteúdo, mas de igual modo não podemos concluir que o significativo seja a forma e não a matéria da regulação, tal como requer a abstração dos postulados kelsenianos.

Aqui emerge um dos pontos de relevância das condutas do ativismo judicial, pois o conteúdo regulado recebe valoração e importância igual ou superior à forma, daí alguns concluírem que determinadas atuações judiciais são nulas ou mesmo 'contra lege' por afrontarem a forma requerida a determinado ato.

Não se pode alicerçar fundamento no respeito dogmatizado à forma em detrimento de valores que esta reveste. O legislador pátrio atento a este aspecto acabou, inclusive, por ampliar a fungibilidade de alguns procedimentos processuais justamente por se compreender que a forma não pode consistir em óbice ao prosseguimento de recursos ou medidas que objetivam garantir direitos.

Os juízes, portanto, diante do cenário jurídico-processual devem principiar pela suplantação de formalismos jurídicos que em nada corroboram com o acesso à justiça e efetividade do processo. Destarte, a dogmatização da forma deve ceder espaço à valoração do conteúdo que segue no bojo da forma. Pois assim não o fazendo estaremos relegando os avanços ditados pelo constitucionalismo social vigente, assim como dos próprios avanços das reformas processuais.

Não podemos olvidar em concebê que o quebrantar de formalidades excessivas, por vezes irracionais, impulsionam uma interpretação criativa do direito, porém, como bem leciona Binjenbojm, "toda atividade judicial, sobretudo em matéria constitucional, tem uma dimensão essencialmente criativa, de forma a adaptar o frio relato normativo às circunstâncias específicas de cada caso".¹⁸⁷

E a prestação jurisdicional requerida pela parte autora, em determinados casos clama justamente pela necessidade da presença de um julgador que deixe a clausura ou comodismo da letra fria da lei, que por vezes facilita a negativa da ação pela ausência de cumprimentos rigorosos de formalismos que em essência nada obstaríam o conhecimento de mérito da lide, mas que ao

¹⁸⁷ BINENBOJM, G. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 61.

fundo representam a contabilização de um processo a menos na Comarca, e um recurso a mais para as instâncias superiores, tudo em razão do temor ou propalada 'neutralidade' do juiz, que antes de imparcial, concebemos como omissos.

O juiz cunhado em forma positivista, que dogmatiza a lei em detrimento dos valores presentes no processo distancia-se diametralmente do juiz que vislumbra no processo necessidade de cidadãos que, por vezes dependem em determinado momento de sua vida de um urgente e esperançoso provimento judicial para que algum bem da vida lhe seja garantido ou concedido. Porém, em um sistema que desde o ensino jurídico prima pelo legalismo e pela neutralidade, como já afirmamos, as decisões são carreadas pelo paradigma positivista, e como leciona Binembom:

No paradigma positivista, a 'neutralidade' dos juízes é assegurada pela crença de que estes se limitariam a uma aferição formal e asséptica da compatibilidade entre lei e Constituição. Não havia espaço para a 'construção' judicial, que demanda necessariamente uma atividade criativa por parte do magistrado.

Contudo, o sistema jurídico constitucional vigente fomenta um novo paradigma jurídico, em que os valores sociais, a dignidade da pessoa humana devem principiar a análise processual, razão pela qual a neutralidade deve ser massacrada em prol da própria efetividade processual, possibilitando-se, pelo ativismo judicial, uma construção judicial tal que as garantias constitucionais sejam preservadas e garantidas às partes, mas que os abusos sejam tolhidos em sua protelação de adimplemento de obrigações.

Neste contexto, a segurança jurídica é a todo instante rotulada pelos legalistas como se fosse uma defesa infalível de que os valores e o substancialismo não podem romper as colunas do procedimentalismo e do respeito à previsibilidade das decisões judiciais e da própria certeza jurídica. Nada mais incoerente do que afirmações como estas, como se verá a seguir.

8.3. Ativismo judicial e segurança jurídica

Nos propomos neste item a sinteticamente ressaltar algumas conceituações necessárias para que se compreenda com maior amplitude a segurança jurídica, a idealização constitucional e a interpretação e aplicação pelo

juiz do Direito posto segundo o princípio da segurança jurídica e os ditames constitucionais, permitindo-se aferir os limites e as possibilidades do ativismo judicial.

O pretensão quer, pois, jungindo a atuação do magistrado com a segurança jurídica, refletir quais seriam os limites e as possibilidades processuais para um ativismo judicial sem que a segurança jurídica houvesse por rompida em perigo dos direitos e garantias fundamentais. Desde já se concebe que o freio ao abuso do poder se daria impondo a Constituição como baliza mestre e limitadora à livre atuação do juiz, no sentido de que esta consagraria os direitos e garantias mínimas do jurisdicionado no curso do processo, ou seja, traduziria na segurança jurídica processualmente consagrada.

A concepção de segurança jurídica não é uníssona. Entre um ordenamento jurídico e outro, uma sociedade e outra, a noção de segurança jurídica pode receber contornos salientes. Vegas leciona que

A segurança jurídica não é um conceito preciso senão notavelmente vago, ambíguo, paradoxalmente inseguro. Estamos ante uma expressão que tem diversos significados: segurança em sentido amplo e em sentido estrito, segurança formal e material, segurança como fato e como valor, etc.¹⁸⁹

Observa-se que a segurança jurídica tem várias colorações as quais destacamos os aspectos formal e o axiológico, atinentes ao estudo. Sob o aspecto formal a segurança jurídica se deduziria da idéia em que o ordenamento jurídico seria destinado a proteger aquelas situações jurídicas que se consideram dignas de amparo de tutela de interesses individuais e coletivos. A segurança jurídica seria concebida como instrumento de proteção da liberdade e da propriedade dos cidadãos.

Desta forma, segurança jurídica, é a característica de todo sujeito saber as condições em sua relação com outros sujeitos, segundo a ordem jurídica. É o fundamento das instituições jurídicas. É o amparo jurídico dado pelo ordenamento

¹⁸⁹ VEGAS, J. L. C. Tres modelos posibles de relación entre la seguridad jurídica y la justicia. *Crítica: Revista de Filosofía*. v. 9., n.º 29-30. abr./out. 2004. Londrina: UEL/CEFIL, p. 11. Tradução do original: "La seguridad jurídica no es un concepto preciso sino notablemente vago, ambíguo, paradójicamente inseguro. Estamos ante una expresión que tiene diversos significados: seguridad en sentido amplio y en sentido estricto, seguridad jurídica formal y material, seguridad como hecho y como valor, etc."

jurídico aos interesses individuais e coletivos, quanto à liberdade, propriedade e direitos fundamentais em relação a outros sujeitos e mesmo diante do Estado.

Segundo Delos a segurança jurídica seria “a garantia dada ao indivíduo de que sua pessoa, seus bens e seus direitos não serão objeto de ataques violentos e que, se estes chegam a produzir, lhe serão assegurados pela sociedade, proteção e reparação.”¹⁹⁰

Sob o aspecto axiológico teríamos que conceber que cada sujeito tem sua tábua de valores, de forma que o conjunto destas em confronto com as de outrem podem gerar conflitos. Neste sentido, é necessário que se destaquem alguns pontos comuns entre as tábuas de valores e conciliá-los através de norma supraindividual, que estabeleça “n” valores que representaria, perante “n” sujeitos, um ponto comum certo, aceito e respeitado, traduzindo-se na segurança jurídica.

A segurança jurídica no Estado Democrático de Direito segue a trilha de uma segurança com certa previsibilidade, pois tem que ser a realização dos direitos fundamentais. O poder dos valores aponta para que na aplicação do Direito se verifique se os valores constantes no ordenamento foram eficazmente aplicados. A problemática, por conseguinte, obtida ou não da implícita ou explícita normatividade da Constituição.

Segurança jurídica, portanto, é a previsibilidade, a certeza jurídica, certeza esta que “advém de normas, que possibilitam a previsão, dentro de um marco de probabilidade, da conduta dos indivíduos e da conduta dos agentes do poder”.¹⁹¹ Não há confronto entre segurança jurídica e justiça em um Estado Democrático de Direito social, pois a justiça já se consagra no ordenamento acolhido pela soberania popular. No entanto, não pode haver desequilíbrios entre exacerbação de certos valores em detrimento de outros para que o Estado Democrático de Direito, e o constitucionalismo reinante não se rompa. Neste escólio Humberto Theodoro Júnior leciona que:

Todos os valores positivos que a Constituição ressalta devem se traduzir em regras legislativas que os tornem reais e presentes na vida quotidiana normatizada pelo direito. Isto,

¹⁹⁰ DELOS, apud VEGAS, op. cit., p. 17. Tradução livre: “la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación”.

¹⁹¹ Cf. VILANOVA, L. *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. 2., São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003.

porém, só será útil e correto, do ponto de vista constitucional, se a implantação legislativa se der dentro dos padrões da proporcionalidade a ser mantida na conjugação de todos os princípios e valores fundamentais. Toda exaltação excessiva e desproporcional de um valor isolado dos demais corre o risco de desequilibrar o sistema e de comprometer aquele valor que preside a coordenação de todos, qual seja, a segurança jurídica. E sem segurança não há liberdade, não há igualdade, não há legalidade, não se pode cogitar da solidariedade social, nem se pode assegurar o respeito à dignidade humana.¹⁹²

O problema, portanto, não estaria necessariamente no Direito, no ordenamento jurídico, mas sim na compreensão legislativa e jurídica do modelo constitucional vigente e do Estado presente, que clama por coesão na elaboração de leis e na interpretação jurídica para a adequação destes novos paradigmas com a realidade jurídica e social hodierna.

Isto posto, concluímos que a atuação do julgador em consonância com a preservação da segurança jurídica impescinde da clara compreensão da noção de segurança jurídica e da percepção dos valores constitucionais esculpidos a partir da Constituição Cidadã, formando um sistema jurídico e constitucional. A partir da junção destas concepções o juiz deve realizar interpretação sistemática do Direito vigente, sopesando os valores insertos na Constituição e no ordenamento jurídico com os limites apontados pela segurança jurídica que vêm carreados também pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Diante destas atividades judiciais, é notório que o magistrado de hoje tem funções árduas, a missão de sopesar técnica, legalidade com justiça e valores apresentam-se como um fardo destinado a poucos vocacionados. Exige-se que o magistrado atue com maior vigor na sociedade contemporânea, em pleno desenvolvimento social, econômico e cultural, mas que seu ativismo não se transforme em arbitrariedades.

E como se pode destacar, nos elementos pontuais acima apresentados, a limitação e as possibilidades do ativismo judicial já se encontram alicerçados no próprio ordenamento, através das balizas procedimentais impostas pela Constituição, que ao mesmo passo que informam a possibilidade de expandir em novos horizontes na decisão, também apontam os limites à livre atuação do

¹⁹² THEODORO JÚNIOR, H. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. RT Informa, n.º 44, jul./ago. 2006, p. 12.

juiz, na preservação dos direitos e garantias mínimas ao jurisdicionado no curso do processo.

Ressaltamos, ainda, que mesmo o entendimento dos jusfilósofos, sociólogos e juristas de renome, mesmo em concepções positivistas e procedimentalistas apontam aspectos que, se bem observados possibilitam a compreensão de uma ampliação ao contexto e noção do ativismo judicial acima delineado, razão pela qual destacaremos no próximo capítulo as lições de alguns dos principais pensadores contemporâneos e a ligação dos respectivos pensamentos com algum aspecto do ativismo judicial.

9. O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE AS BALIZAS HERMENÊUTICAS E PROCEDIMENTAIS SEGUNDO OS JUSFILÓSOFOS

Diante do que se expôs até então, é oportuno acrescentar qual seria a concepção que o pensamento de alguns filósofos, sociólogos e juristas apresentaria ao contexto do ativismo judicial. Para tanto colhemos uma síntese proferida nos créditos: Filosofia do Direito, ministrada pelo Prof. Dr. Aylton Barbieri Durão, e Seminários em Temas Jurídicos Contemporâneos, ministrada pelo Prof. Dr. Cláudio Ladeira, no curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná, Londrina, no primeiro semestre de 2006, e primeiro semestre de 2007, respectivamente, onde foram analisados os pensamentos de vários filósofos, juristas e sociólogos, dentre os quais nos limitaremos a: Hans Kelsen, Hebert Hart, Max Weber, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Jürgen Habermas.

9.1. Valores sociais no ativismo judicial e as lições de Hans Kelsen

Nascido em Praga, autor de 'Teoria Pura do Direito' dentre outras obras, adere ao positivismo lógico e ao Círculo de Viena. A pureza concebida por Kelsen tem raiz na questão de que o Direito seria afeto ao social (impuro), assim, a lógica limparia as impurezas da norma (valores sociais). Para Kelsen, o Direito não pode se basear em valores da sociedade, eis que a lei não é algo empírico, mas sim um 'dever-ser'. O risco da lei basear-se em valores da sociedade consiste em que esta pode ter como aceitáveis alguns valores como a impunidade, homicídio, corrupção, e que deveriam, pois, ser acobertados pela norma, já que seria fruto de tais valores, razão pela qual Kelsen refuta tal idéia, apontando que a norma é prescritiva, ou seja, ela diz o que se deve fazer e não o que se faz, portanto, deontológica.

Quanto a Norma Fundamental, tem-se que esta é indemonstrável, e, portanto não pode ser apresentada de forma lógica pura. Kelsen diz que dado uma Norma Fundamental (NF) esta norma autoriza a derivação de outras normas, daí que uma norma leva a outra, $NF \rightarrow N1 \rightarrow N2 \rightarrow Nz$. A Norma Fundamental delimita outras normas, mas sem ser demonstrada, eis que se apresenta como pressuposto para o fundamento jurídico. Se soubesse qual é a Norma Fundamental então exigiria outra precedente a ela e assim até o infinito, e portanto, a primeira norma, Norma

Fundamental, é um axioma. Para Kelsen, o ordenamento jurídico concebe-se como um sistema sem lacunas, de forma que o que não está no ordenamento não é um problema jurídico. Para Kelsen, entendidas estas concepções, é possível chegar a uma correta sentença para cada caso. Concebe uma justiça procedimental.

Este pensamento kelseniano nos apresenta, em parte, estranho à realidade prática. Estreitar o entendimento do Direito e o rigor e justiça da decisão judicial segundo o ordenamento jurídico positivado, desprezando os conteúdos axiológicos oriundos do cotidiano da sociedade, representa um inegável distanciamento do juiz à sociedade em que vive, e da justiça da realidade.

Um ativismo judicial que priorize o conteúdo material da Constituição não se ajusta aos ensinamentos de Kelsen, muito embora tenha este manifestado claro entendimento da supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico. Porém, concebemos, como já adiantado, que a aplicação do Direito ao caso concreto não se reporta apenas ao legalismo formal, mas ao conjunto do sistema jurídico e aí inclusos os valores sociais, que antes de impuros, representam e traduzem justamente os anseios da sociedade e, ao fim lógico, à própria República.

Desta forma, a sentença justa entendida por Kelsen diverge da nossa em razão da supressão da axiologia social que se insere à norma e ao Direito na sentença, razão da exigência de um ativismo judicial interpretativo que suplante os limites do positivismo jurídico meramente formal.

9.2. As regras do jogo no ativismo judicial e as lições de Hebert Hart

Professor na Inglaterra, Hart insere-se no movimento da Filosofia Analítica da Linguagem. Escreveu 'Conceito de Direito', onde tenta demonstrar que o Direito é linguagem. Wittgenstein, no entanto, diz que a linguagem não é apenas uma forma de pensamento, mas também de ação. O que importa é a ação, o efeito que a palavra produzirá. Os atos da fala são 'atos performativos' (ex.: eu aposto), isto é, são atos que realizam uma ação e também há os atos da fala 'constatativos' (ex.: a mesa é cinza), onde apenas descreve algo, não determina ou implica em ação concreta a partir da fala.

As palavras, portanto, produzem efeitos, a maioria de nossas atitudes são atos lingüísticos. A parte dita explicitamente é o 'locutório' e o implícito o

'inlocutório'. Hart percebeu, então, que o Direito era linguagem, que com o Direito nós fazemos coisas. As petições, sentenças, são linguagens que fazem coisas, seja linguagem locutória ou inlocutória/perlocutória.

Desta forma, Hart diverge de Kelsen, pois a norma válida para ele exige uma ação, só tem sentido se usada/aplicada. Já para Kelsen, mesmo sem o uso a norma possuiria a validade. Para Hart a norma tem o sentido deontológico (de como deveríamos agir), mas também o sentido cognitivo, ou seja, de alguma maneira tem que ser seguida, aplicada, tem que 'ser' e não apenas um 'dever ser', como para Kelsen.

Para Hart existem os 'hard cases', os casos difíceis, onde não se sabe quais são as regras de conhecimento. Para ele a Norma Fundamental é a 'lei que o parlamento aprova e a Rainha sanciona', esta é a regra de conhecimento, é a regra que permite dizer se outra regra faz parte do jogo. A linguagem tem o problema de não haver univocidade entre significante e significado (a norma pode expressar algo com significantes com vários diversos significados). Para Hart a lacuna é a ausência de reconhecimento da regra do jogo. Também admite a existência de antinomias quando há vários significados para um significante, o que motiva casos ambíguos, de forma que a ambigüidade não apresenta soluções prontas, mas sim, pela análise do conteúdo da norma, pelo contexto de uso.

Nesta senda, para Hebert Hart não é possível chegar a uma única sentença para cada caso ('hard case'), pois como não há regra do jogo conhecida, a discricionariedade e o poder do juiz apresentam-se como falível alternativa/solução. Mas onde se sabe qual é a regra do jogo então os casos são solucionáveis, e a maioria dos casos têm regras conhecidas.

Aproximando as lições acima de nossa investigação, concluímos apontando que considerando o sistema jurídico pátrio vigente não haveria como Hart apontar a existência de lacunas, pois a regra do jogo sempre será conhecida a partir do momento em que se estabeleça a supremacia da Constituição principiológica e se conceba os objetivos republicanos do Estado social como regra do jogo. Neste escólio, torna-se insubsistente a afirmação da existência de 'hard cases', pois se estes derivam da ausência de conhecimento do sistema jurídico constitucional e infraconstitucional são preenchidas a ponto de eliminar lacunas, não

há casos difíceis que não possuam solução justa alicerçada no próprio sistema jurídico.

Concebemos, ainda, que a Constituição de fato apresenta normas performativas, que estabelecem uma ação. A garantia de direitos fundamentais, por exemplo, do direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à liberdade, estão alicerçadas em um conjunto de direitos que na Constituição são apenas sintetizados, e que portanto, apresentam-se como que transporte de ligação entre diversos outros direitos que se fazem subjacere às normas constitucionais, sejam elas consideradas programáticas ou não.

Assim entendido, é evidente o consecutivo entendimento de que o julgador deve possuir uma atitude ativa no sentido de compreender qual é a regra do jogo que subjaz ao caso concreto, quais são as normas performativas que lhe dão amparo a decidir de um ou de outro modo, em síntese, um juiz hermeneuta, ao contrário do que enlaça Hebert Hart, conseguiria produzir sentença justa em todos os casos a partir do instante em que agisse ativamente negando a mera subsunção lógica pela construtiva interpretação constitucional e infraconstitucional que lhe possibilitasse a melhor decisão à prestação jurisdicional que lhe é invocada, tendo sempre como norte os poderes que lhe foram outorgados pela Constituição e pelo sistema processual e pelo Estado social.

9.3. A ponderação no ativismo judicial e as lições de Max Weber

Autor de 'Economia e Sociedade' e 'A ética protestante e o espírito do capitalismo', Weber parte da concepção de que a sociologia do Direito impescinde das concepções da sociologia da religião. Sob a reflexão do que seja a sociedade e o Direito moderno, aponta que a modernidade é o crer na racionalização social. A primeira racionalidade é axiológica, a segunda, teleológica. E isto dá guinada ao capitalismo. Para Weber, a racionalidade teleológica, é que começa a difundir que o enriquecimento não é pecado, como antes, mas sim, sinal de salvação, de forma que se deve almejar o enriquecimento. A racionalidade axiológica busca os valores.

Mas Weber, Parsons, Luhmann e Habermas são pensadores adeptos da Teoria da Racionalidade Complexa, acreditam que não há apenas uma

racionalidade. Para Weber, o Direito segue uma racionalidade teleológica, com o fito de criar uma estabilidade comportamental, uma expectativa que demonstre qual seria o esperado comportamento a ser procedido por alguém. Obedece-se o Direito teleologicamente segundo custo-benefício, cujo custo é a sanção, daí que às vezes, o benefício mais vantajoso é violar a lei, em razão da sanção (custo) ser baixa.

A legitimidade do ordenamento jurídico não provém do fato de que este ou as sentenças sejam justas, mas sim no fato de que a decisão seja previsível. Daí que a decisão inusitada romperia com a teleologia do Direito, pois geraria o próprio Direito, uma instabilidade ante a quebra da estabilidade jurídica. Para que se tenha confiança na dominação legal existem alguns elementos como: a) a Norma Jurídica deve ser clara e precisa (se A, então B). Quanto mais objetiva a norma, maior confiança de sua legitimidade, pois obedece a lógica da racionalidade procedimental; b) a aplicação das normas deve se dar pelo princípio da subsunção, pelo silogismo A:B (se A, então sanção B), trata-se de um cálculo lógico, mas cuja norma deve ser precisa.

Para Weber, este formalismo jurídico é inevitável e isto gera a estabilidade. Weber, pois, esboça um modelo positivista e liberal, cuja aplicação da lei seria altamente objetiva. O Direito teria como alicerce as instituições da sociedade (não o sistema jurídico kelseniano). Da racionalidade social erigem-se instituições que moldam os comportamentos estáveis. O formalismo na teleologia é essencial para Weber, porém, com o advento do Estado social ele próprio aponta que o modelo formalista já não atende a este novo Estado, pois o Direito não visa mais manter a realidade, mas a transformá-la, e a norma jurídica tornou-se programas sociais, como a Constituição de 1988, e estas normas não tem a forma 'se A, então B', pois como programáticas não entra neste cálculo.

A expectativa de comportamento se rompe e o Direito corre para adequar a realidade normal para que todos se amoldem à realidade. Para Weber, os juízes não podem mais aplicar as normas pela subsunção, mas sim pela ponderação. A norma vira um valor, e o valor pode virar norma (Weber), mas o valor como norma é interpretado normativamente. Diante da ausência de objetividade há a necessidade da ponderação para se aplicar o valor. Para Weber, a materialização do Direito, a transformação social pelo Direito gera a perda da racionalidade procedimental do Direito, pois cada um interpreta a seu modo a norma e, assim, o

Direito se torna ilegítimo no sentido de que não se tem mais confiança na decisão. Por isto, para Weber, com a perda da racionalidade procedimental não é possível uma decisão correta para cada caso, pois tudo é caso complexo.

Weber, como se pode perceber, direciona-se a um objetivismo subsuntivo da norma, razão da concepção de que a necessidade da própria ponderação representa a perda da racionalidade procedimental, e a emergência de casos complexos. Deste entendimento divorciamos no sentido de que em um Estado social, como o próprio Max Weber destaca, há a necessidade de compativamente com ponderação na aplicação dos valores, evitando-se excessivos abusos sob o manto da busca da justiça, embora, já se tornou sedimentado nosso entendimento de que entre a segurança jurídica e a justiça, que se priorize esta, pois a segurança jurídica nem sempre representa o justo, enquanto a lastreada justiça traduz-se em segurança jurídica.

Em síntese, é evidente que não se pode romper com a racionalidade procedimental de forma tal que cada juiz passe a decidir 'ponderadamente' segundo sua exclusiva discricionariedade. Por esta razão é que entendemos que há uma limitação do ativismo construtivo judicial, qual seja, a própria Constituição material que sedimenta inquebrantavelmente os limites procedimentais e hermenêuticos ao julgador.

9.4. A interpretação no ativismo judicial e as lições de Ronald Dworkin

Dworkin escreveu 'O Império do Direito', 'Levando os direitos a sério', 'Domínio da vida', dentre outras obras. Entabula a sua idéia liberal (ianque) de justiça. Embora liberal, defende o Estado do bem-estar social, inclusive sob escopo de um 'igualitarismo liberal'. Para Dworkin, não existe coerência no ordenamento jurídico, pois moral vira imoral ao crivo político. Faz análise da concepção hermeneuta, que concebe como 'juiz Hermes'¹⁹³, que busca o sentido da norma, criticado por ele. O Direito não é coerente em si mesmo, então como o juiz pode chegar a uma só decisão coerente?

¹⁹³ Cf. DWORKIN, R. *O império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 287.

Dworkin diz que a incoerência está no ordenamento, mas que no ato de julgar o juiz deve fazer um trabalho construtivo para julgar da forma mais coerente segundo uma interpretação construtiva própria para cada caso. Não é hermenêutica, mas interpretação construtiva, onde se realiza a seleção de normas e reconstruindo o ordenamento que faça sentido.

Certo para Dworkin é que a interpretação é uma necessária chave para desvendar o direito, de forma que já não há mais campo para discutir a sua importância ou não. Ressalte-se que Dworkin aponta que a Constituição não é dogma inviolável, e que nem mesmo seus fundadores assim pensaram. Enfatiza que seria uma incoerência eqüitativa exigir hoje práticas aceitas pelos fundadores da Constituição, inclusive dentro do debate da segregação racial.

Leciona Dworkin porém, que a estabilidade, a certeza do direito é melhor que os oportunismos políticos. Mas a estabilidade crucial, segundo ele, é a integridade, e leciona que: 'na medida do possível, o sistema de direito deve ser interpretado como expressão de uma concepção coerente de justiça'. Ainda aponta a existência de uma teoria da prática constitucional que denominou de 'Passivismo', cujos partidários assumem postura 'ativa' ou 'passiva' da Constituição.

Dentre as discussões acerca do passivismo Dworkin destaca a questão jurídica, motivada pela seguinte indagação: O que a atual Constituição devidamente interpretada realmente exige?

Analisando as questões de justiça, eqüidade e governo da maioria destaca que em vários momentos da história norte-americana, o passivismo ajustou-se melhor que o historicismo, no entanto, aponta que em casos como Plessy ou Korematsu, o governo da maioria e a ausência de intervenção da Corte Suprema conduziram a decisões injustas e inconstitucionais, de forma que os princípios constitucionais de justiça exigiam uma intervenção.¹⁹³

Dworkin resume que o passivismo, embora preliminarmente atraente, possui fundamentos frágeis, tomando a Constituição pelo que é e o que contém. Rejeitando o passivismo, resta o 'ativismo', que para Dworkin é uma 'forma virulenta de pragmatismo jurídico'.

Para Dworkin o juiz ativista ignora a Constituição e precedentes da Corte Suprema e prepondera seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

¹⁹³ Cf. DWORKIN, op. cit., p. 449.

Ressalta que o direito como integridade condena o ativismo e insiste para que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação. Leciona que um julgamento interpretativo envolve a moral política, a justiça e a equidade que convém a uma Constituição.

Concluo com a convicção de que um juiz não pode ser encaixotado em uma categoria, pois entendendo que o caso concreto, em especial os polêmicos/difíceis, demonstrarão que um juiz, em síntese, não toma uma postura no início da judicatura e a segue 'ad eterno'. Os casos, o tempo de judicatura, leitura, o aprendizado da vida... é que dirão, por exemplo, se sua convicção melhor se ajusta, em determinado caso em uma análise mais ou menos ativista. De qualquer sorte, tenho que o juiz, necessariamente, deve ter por método de interpretação a sistematização □□□□□□□□□□informadores por esta.

Por fim, concebo diversamente de Dworkin de que o juiz ativista não ignora a Constituição pela supremacia de sua convicção pessoal, ao menos no Brasil, e sim o inverso, hoje é ativista, ou ainda, 'alternativista', quem principia pela supremacia constitucional ao invés da subsunção formal legal. Como já destacamos, nosso entendimento de ativismo judicial destoa da concepção de Ronald Dworkin, muito embora o entendimento deste atenha-se ao direito norte-americano, sensivelmente diverso do brasileiro.

9.5. Sincretismo entre procedimentalismo e substancialismo no ativismo judicial e as lições de Robert Alexy

Alexy é autor de 'Teoria da Argumentação Jurídica'; 'Teoria dos Direitos Fundamentais' e 'Conceito de Validade do Direito'. No Brasil Alexy ficou conhecido por sua concepção procedimentalista. Mas veio a mudar seu posicionamento tentando aproximar-se do substancialismo. Apresenta a dualidade entre os juízes legalistas e constitucionalistas. Para os juízes legalistas o ordenamento deve ser claro, preciso, quase matemático, por subsunção, separando-se a tarefa do legislador e a do judiciário, separando legislação constitucional (Corte) da legislação ordinária (juízes).

A Constituição seria apenas um parâmetro para novas normas. Os juízes constitucionalistas interpretam segundo os princípios constitucionais do Tribunal Federal Alemão. Para este Tribunal os valores viram normas, mas ainda

assim não perdem seu significado como valores. São três os valores fundamentais: A) democracia; b) Estado de Direito; c) Estado do bem-estar social. Os valores no ordenamento exigem que não basta apenas normaliza-los, mas também de fazer observa-los, de forma que a lei não se contradiga com a Constituição, e mais, que além de não contradizer a Constituição, que ela reproduza, irradie princípios tais que fomentem os valores fundamentais.

O Direito é composto de regras, princípios e discursos e dentro desta arquitetura o procedimentalismo se misturaria ao substancialismo. Alexy enfatiza que regras e princípios há também os 'discursos' que são as normas processuais que estabelecem como devemos aplicar as regras e princípios. São normas que delimitam a aplicação de regras e princípios. Alexy tratará dos discursos sob o aspecto procedimentalista. Os discursos jurídicos seriam discursos morais. O discurso moral exige discussão até chegar à verdade. O processo vem pôr parâmetros por estes procedimentos, pois o Direito não tem tempo para espera, de forma que a discussão não pode ser ampla e infinita, assim o processo apresenta prazos para que atos sejam cumpridos.

Alexy aponta que por regras, princípios e discursos seria possível chegar a várias sentenças possíveis fundamentadas na razão, e não a uma única sentença. Segundo Alexy os juízes são procedimentalistas e portanto as decisões judiciais sempre seriam racionais, corretas, mas nem sempre únicas. Podemos resumir, em derradeiro, que Alexy ao fundo também permitiria a concepção de que a interpretação é que promove o sincretismo entre o procedimentalismo e o substancialismo, de forma tal que regras e princípios, fomentadas pelo discurso moral, e limitadas pelo processo possibilitariam decisões corretas. E não vislumbramos outra conduta que não a de um ativismo judicial para que se entrelacem em concreto regras, princípios e discurso no processo permitindo-se o sincretismo entre a aplicação procedimental e substancial do direito.

9.6. A racionalidade comunicativa no ativismo judicial e as lições de Jürgen Habermas

Autor de Direito e Democracia (ou Facticidade e Validade) e 'Teoria da Ação Comunicativa', ampara-se na 'Teoria da Sociedade Complexa', segundo a

qual na sociedade moderna há várias sociedades, que tem racionalidade própria, cujas instituições formam um conjunto completo. Para Habermas na sociedade moderna desenvolvem-se duas racionalidades: a complexa/estratégica e a comunicativa. Para ele na sociedade moderna há o sistema político, o sistema econômico, o sistema jurídico e o mundo da vida, que é o nosso cotidiano, onde empregamos a racionalidade comunicativa, isto é, voltada para o entendimento (compreensão), e que não forma um sistema.

Já os demais sistemas se guiam por racionalidade estratégica, segundo a peculiaridade de cada sistema. Por exemplo, o sistema político visa conquistar o poder; o jurídico até os anos 80 não visava a racionalidade comunicativa, mas sim estratégica e objetivava o resultado, a estabilização das expectativas de conhecimento. Todos estes sistemas estavam influenciando no 'mundo da vida', o que Habermas denominou de 'colonização', e cuja invasão do sistema jurídico no mundo da vida denomina-se 'juridificação'. Porém, Habermas alterou a estrutura entre os sistemas e o mundo da vida, colocando o sistema jurídico entre os sistemas político e econômico e o mundo da vida, de forma que o Direito passou a ter ambas racionalidades, estratégica e comunicativa.

Para Habermas o que caracteriza o Direito é a 'Forma Jurídica' que é a tensão entre a 'facticidade' e a 'validade'. Esta forma jurídica não é universal, não é inerente ao Direito, consiste numa explicação funcional, própria da sociedade e Direito moderno, o que significa que, por ser uma explicação funcional, pode ser que em outras épocas o Direito não se caracteriza por esta 'forma jurídica'. Para Habermas quem age apenas pela racionalidade estratégica não se preocupa com a racionalidade comunicativa, e quem está no mundo da vida utiliza a racionalidade comunicativa, por isso tende à facticidade.

Concebe que na sociedade moderna apenas o emprego da racionalidade estratégica produz ação nos sistemas. A racionalidade comunicativa seria incapaz de produzir ação, interferência nos sistemas, não é capaz de impor obediência nestes. Para a racionalidade estratégica emprega-se a 'facticidade', o respeito à sanção produz ação, diverso da racionalidade comunicativa, que representa a busca cooperativa do entendimento. Entende que nas sociedades modernas só há homens livres, daí um problema, é que o homem livre não pode ser

governado por ninguém. Por isso emerge a lei como única medida para que haja governo.

Para Habermas o discurso moral admitiria sentença correta para todos os casos. Já o discurso jurídico tem facticidade como a de que o juiz não pode ficar discutindo 'ad eterno' como no discurso moral em que se discute até decidir se é moralmente correto ou não. Porém, o Direito possui facticidade que geram indeterminações que são inerentes ao próprio Direito, mas não justifica a ausência de busca de racionalidade, inclusive que o juiz decida comunicativamente.

Isto posto, podemos sintetizar afirmando bucolicamente que a racionalidade estratégica perfila pelo entendimento de se pôr as regras do jogo à mesa, de forma objetiva, enquanto a racionalidade comunicativa, preponderaria a axiologia inerente às relações em sociedade em proveito da pacificação social.

Neste contexto, ao juiz também é exigido um ativismo judicial quando do emprego da racion□□□□□□□□□□entre o mundo da vida e os sistema político e econômico, consiga administrar o sistema jurídico em verdadeiro sincretismo entre racionalidades estratégica e comunicativa, no intuito de que as ações nos sistema não se dêem apenas pela marcante presença da sanção, mas antes e também, pela comunicação.

10. LIMITES E POSSIBILIDADES PARA O ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO

Após termos arquitetado demoradamente sobre todos os alicerces necessários à compreensão do Direito, do Processo, da Jurisdição, do Estado social, da Constituição, dos poderes e legitimidade do juiz, das lições dos jusfilósofos, podemos concluir nosso estudo, nos voltando em especificidade para a relação direta do ativismo judicial com o processo.

Entendido em sentido lato que estamos diante de um novo contexto contemporâneo jurídico em que o legalismo e formalismo jurídico alheio aos valores sociais não correspondem mais à realidade vigente, assim como à vontade democrática da maioria, precisamos apontar, no curso do processo judicial, em essência, quais seriam as principais possibilidades do ativismo judicial, assim como quais seriam os pontos nevrálgicos em que um ativismo judicial seria refreado.

O processo, como sabido é extenso, de forma que destacaremos alguns aspectos processuais em que a atitude do julgador se faz presente com maior envergadura, objetivando destacar qual seria, em tese, a melhor análise sob o viés de um julgador que esteja atento a todas as concepções que acima foram necessariamente delineadas, e que por esta razão se fazem insertas nas idéias que doravante iremos concluir.

10.1. Ativismo judicial na instrução probatória

Não há como se olvidar da constatação de que é justamente na produção de provas que reside grande parte das contendas, e também das soluções processuais. Neste sentido José Carlos Barbosa Moreira nos traz uma indagação assaz pertinente: “que papéis devem caber às partes e ao juiz na atividade instrutória?”¹⁹³ E o próprio processualista adianta um esclarecimento lecionando que:

Habitualmente se tem distinguido entre duas visões opostas dessa problemática: uma que reserva aos litigantes a iniciativa de reunir e apresentar as provas de suas alegações; outra que confere mais ativa função ao próprio órgão judicial. Convencionou-se falar, ao propósito, de princípio dispositivo e princípio inquisitivo.¹⁹⁴

¹⁹³ MOREIRA, op. cit., p. p. 314.

¹⁹⁴ MOREIRA, op. cit., p. p. 314.

Contudo, a prática forense tem demonstrado que não raras vezes apenas as provas emergem no processo apenas em razão do princípio dispositivo, ou seja, tão-somente as partes promovem as provas que desejam destinar ao convencimento do juiz. No entanto, é salutar concebermos que os processos possuem oscilações conforme a natureza da ação e seu pedido, de forma que a afirmação ou taxação da atividade instrutória com exclusividade às partes ou ao juiz cede força ao próprio contexto do processo.

Neste sentido Barbosa Moreira enfatiza que:

Já se observou muitas vezes que nenhum ordenamento processual pode regular a instrução probatória em termos de exclusividade absoluta, quer em favor das partes, quer do juiz: necessariamente se concede algum espaço àquelas e a este, e a respectiva dosagem varia até no interior de um mesmo sistema jurídico, ao longo do tempo, ou de acordo com a matéria.¹⁹⁵

À par desta constatação, é oportuno destacar que o nosso Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 333 estabelece e distribui entre as partes o ônus da prova; e a prática forense tem demonstrado que tanto as partes quanto os juízes concebem que a iniciativa probatória não é também um dever exclusivo das partes.

Esta concepção, porém, é equivocada, isto porque diverso do juiz 'passivo' do direito inglês, cuja 'Civil Procedure Rules' não atribui expressamente ao órgão judicial o poder de determinar de ofício a realização de provas, o Código de Processo Civil Brasileiro, em seu artigo 130 estabelece expressamente esta possibilidade ao juiz, o que demonstra o poder maior atribuído aos órgãos judiciais pátrios em relação a demais órgãos judiciários contemporâneos.

Esta consagração processual é oriunda das concepções modernas de se outorgar ampliação aos poderes do juiz para que a efetividade do processo conquiste maior celeridade e eficácia. Por esta razão é que Américo Bedê Freire Júnior ensina que "não há dúvida que a sociedade moderna não aceita a postura do

¹⁹⁵ Ibid., p. 314 seq.

Juiz Pilatos, que não se preocupa com sua função social e resolve fatos da vida concreta dos cidadãos como se estivesse a discutir tertúlias acadêmicas”.¹⁹⁶

Neste escólio o juiz não encontra limitação na produção de provas que almejem a busca da verdade real, e não meramente formal, pois embora a prova possa ser dispositiva aos litigantes, não pode ela ser criada por convenção das partes, razão pela qual, em especial em demandas em que se presencie a hipossuficiência de uma das partes (consumidor, trabalhador, etc) e diante de demandas coletivas. A iniciativa probatória deve também ser buscada pelo Estado-juiz para sua convicção, razão pela qual há ampla possibilidade de assim o fazer nos termos do artigo 130 do CPC, por isso é que Freire Júnior leciona “iniciado o processo, o juiz está comprometido com a justa resolução do litígio posto diante de si. O juiz não pode ser uma marionete das partes que não pode ao menos perscrutar o que de fato aconteceu no mundo real.”¹⁹⁷

A prova em última análise pertence ao processo e não às partes, tanto é assim que “mesmo que a prova venha a prejudicar a parte que a produziu, deverá o juiz utilizá-la, julgando de acordo com a convicção obtida”¹⁹⁸, razão pela qual o juiz tem legitimidade ativa para inserir-se na produção desta.

No entanto, é cristalino que o juiz não deve ultrapassar o próprio dever das partes em provarem o que alegam, substituindo-as por completo; entretanto, inicialmente provadas as alegações das partes, ou mesmo diante de razoável impossibilidade da parte realizar a prova, entendemos que o juiz assume legitimidade para avançar em sua condição de destinatário espectador para, através do princípio da persuasão racional e inquisitiva, determinar de ofício a produção de provas, em especial diante do desequilíbrio técnico e econômico entre as partes.

O artigo 130 do Código Processual brasileiro é claro em ditar estes poderes de iniciativa probatória do juiz no processo civil. Mas como se faz assente no cotidiano da prestação jurisdicional, os juízes não raras vezes demonstram ao que podemos rotular de ‘temor em decidir’ pela produção de provas de ofício, como

¹⁹⁶ FREIRE JÚNIOR, A. B. Os poderes do juiz nas ações coletivas e breves sugestões de ‘lege ferenda’ ao aprimoramento do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, *RePro*, São Paulo, n.º 117, ano 29, set./out. 2004, p. 131.

¹⁹⁷ Id *Ibid*.

¹⁹⁸ LEONARDO, R. X. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 70.

se este procedimento rompesse com os direitos da parte adversa, agindo o juiz de forma imparcial.

Entendemos errônea esta concepção, posto que a prova, em tese, pode vir a beneficiar a ambas partes, e em última análise, o processo teleologicamente falando, almeja conceder à parte, ser humano, detentor do direito invocado, o que a nação estabeleceu como seu direito enquanto indivíduo, ou a ela própria enquanto sociedade.

Neste sentido, como ressalta Campanelli,

É chegada a hora de alterar o modelo até então vigente, de um juiz imparcial e eqüidistante das partes, que somente age quando provocado, sem qualquer atuação ativa no desenrolar do processo.¹⁹⁹

O ordenamento vigente ainda estabelece ao término do referido artigo 130 do Código de Processo Civil que caberá ao juiz, inclusive de ofício, indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Somando-se este dispositivo com o recente inciso LXXVIII do artigo 5ª da Constituição Federal, que estabelece o direito a todos “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” e ainda ao fundamento republicano da “dignidade da pessoa humana” inserto no artigo 1º, III da Lei Fundamental, não nos resta dúvida em afirmar categoricamente que ao juiz é dada a possibilidade constitucional e processual para de ofício negar dezenas de atos meramente protelatórios que diuturnamente se observam nos processos.

Por vezes perícias desnecessárias são requeridas, mesmo havendo provas no caderno processual que permitam a clara convicção do pedido. A título de ilustração, cito o caso em que, tendo sido uma ação de Tutela que contava dentre os pedidos uma antecipação de tutela para matrícula escolar, proposta em Vara de Infância e Juventude, após ter sido realizada a análise de convivência familiar e sócio-econômica pela Assistente Social, o juiz entendendo que o juízo competente é da Vara de Família.

Encaminhado o processo, o juízo da Vara de Família, determina antes da análise da antecipação de tutela, novamente os Autos à Assistente Social

¹⁹⁹ CAMPANELLI, L. A. Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, *RePro*, São Paulo, n.º 136, ano 31, jun. 2006, p. 293.

para renovação de idêntico laudo. Ora, evidente que a ambos juízos, e com maior propriedade ao segundo, a insensibilidade em: a) verificar que a lide tem menores como objeto da prestação jurisdicional; b) que a lide objetivava, dentre outros pedidos, a antecipação de tutela para que terceiro realizasse a matrícula dos menores em colégio (vindo os menores a perder o prazo para tanto); c) que já havia prova produzida pela Assistente Social da Vara de Infância e Juventude, e que possui a mesma idoneidade e fé pública que a Assistente da Vara de Família.

Atitudes inexplicáveis como relatado acima bem como a inação de forma passiva e neutra os julgadores diante de casos que objetivam a garantia e a concretização de direitos fundamentais, como o da educação e a própria dignidade da pessoa humana em ter sua pretensão urgente decidida de forma razoavelmente célere o suficiente a não lhe prejudicar, como no caso citado, em que os menores perderam um ano letivo de estudo.

O ativismo judicial a que nos referimos, portanto, não representa uma revolução drástica, a criação de novos direitos, mas tão somente uma interpretação do caso concreto segundo o ordenamento e sistema jurídico de forma tal que o ser humano, que são os jurisdicionados, sejam observados com respeito e dignidade, e em razão de que no processo o Estado-juiz não possui a discricionariedade de dizer o direito se e quando quiser, mas pelo princípio da legalidade tem o dever de dizer o direito que a parte tem por ser este um direito que o Estado e a nação como um todo ao cidadão aprova.

E neste sentido, no curso de um processo, o magistrado possui poderes para que promova a celeridade do processo, como no caso da produção de provas, pois a repartição do ônus probatório às partes representa a um lado os respectivos deveres de provar o alegado, a outro, o direito de ampliar os elementos de convicção do julgador em seu favor.

No entanto, como bem preconiza Marinoni, “a necessidade de distribuir o ônus da prova decorre do princípio de que o juiz, mesmo em caso de dúvida resultante de carência de prova, não pode deixar de dar solução à causa”.²⁰⁰ Saliencia ainda Rodrigo Xavier Leonardo que “por meio do princípio da ‘persuasão racional’ o juiz não se encontra limitado a nenhuma prefixação do valor das provas

²⁰⁰ MARINONI, L. G. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 31.

(hierarquia das provas), devendo, contudo, fundamentar sua decisão com base no material probatório.

O processo não pode ser concebido como inacreditavelmente se entende pelas decisões, fala e comportamento de não poucos juízes de que estariam estes prestando um assistencialismo ou favor que à parte. Pelo contrário, o magistrado é remunerado justamente para cumprir tal mister, e ainda dentro do que já dispõe o artigo 262 do Código de Processo Civil, ou seja, o processo deve (e não deveria) se desenvolver por impulso oficial. O ativismo judicial, como quebra da neutralidade e como condução célere, ativa e ponderada do juiz é um dever e não uma discricionariedade ou virtude do julgado.

Destaque-se, como bem ressalta Braga, que

o processo efetivo é somente aquele que atinge todos os seus escopos, o que não acontece se o juiz está tolhido e tem as mãos amarradas, condenado a ser mero espectador de uma batalha muitas vezes extremamente desigual e que, sem sua intervenção, pode resultar na vitória de quem nenhum direito material tinha naquela hipótese.²⁰¹

Por esta razão é que entendemos que apenas com a atuação ativa do juiz no processo civil é que se poderá atingir a concepção real de acesso à justiça que não se resume ao ingresso de uma ação judicial, mas sim, a efetiva e eficaz prestação jurisdicional dentro da brevidade que o caso concreto exige.

10.2. Ativismo judicial na antecipação de tutela

Como sabido o direito material e o direito processual caminham ligados entre si. E a realidade do jurisdicionado que reclama a proteção de seus direitos em juízo estreita-se entre ambos direitos que jungidos, através da atuação do Estado-Juiz proporcionam a devida tutela jurisdicional efetiva.

Ao sepulcrar o pretérito processo civil de matriz liberal, em que a interferência do Estado-Juiz era repudiada a todo custo e excepcionada a poucos interesses econômicos – ainda presentes em diversos ‘lobbys’ incidentes sobre o poder legiferante –, passou-se à compreensão de que a tutela jurisdicional efetiva representa um direito fundamental cristalizado no direito de ação. A Constituição

²⁰¹ BRAGA, S. S. *Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119.

Federal de 1988 estampa com sobejo esta interpretação. Significa dizer que o julgador ganhou a alforria estatal para exercer seu mister segundo os ditames constitucionais, mormente os fundamentos do Estado Democrático de Direito social (art. 1º, CF) e os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF).

No entanto, com estupefação uma rebelião de julgadores guardam profunda renitência ao modelo liberal, deixando as partes decidirem seus litígios na arena processual, reservando a si a mínima interferência, acenando positivamente e negativamente à parte que perdurar em pé no curso processual e à parte que deitar desconsolado e desacreditado no Judiciário, respectivamente. Este fato pode ser comprovado pela própria concepção que os magistrados reputam ao próprio Poder Judiciário, em que no aspecto agilidade 48,9% dos juízes consideram o Judiciário “ruim” e “muito ruim”, e apenas 9,9% o consideram “muito bom” e “bom”.²⁰²

□□□□□□□□□□onte em centenas de Comarcas, Subseções Judiciárias, de diversas entrâncias e instâncias. Por certo que com centenas de ressalvas que se caracterizam como paradigmas de eficiência e respeito processual, constitucional e, sobretudo, à dignidade do jurisdicionado portador do crédito pleiteado.

O Estado mudou! O processo caminhou! Mas muitos julgadores retrocederam. O processo civil brasileiro é dinâmico. As recentes alterações legislativas trouxeram alentos em muitos sentidos. Basta verificar, apenas a título de exemplo, as alterações/inoações promovidas pelas leis n.º 10.444/02 e n.º 11.282/05.

Dentre as inovações do Código de Processo Civil atual, destaca-se a tutela antecipada consagrada no artigo 273 do referido *Codex*. A hodierna possibilidade de se antecipar a tutela pretendida, em especial por ocasião do “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, II, CPC) e em razão de um ou mais pedidos “mostrar-se incontroverso” (art. 273, §6º, CPC), representa, por vezes, o equilíbrio entre os desiguais fomentado pela igualdade substancial, além de uma válvula de escape processual tal qual a opulência das medidas cautelares inominadas.

²⁰² Resultado de pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, envolvendo 3.258 respostas de magistrados. Pesquisa AMB 2005. Disponível: < <http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/PesquisaAMB2005.pdf>>. Acesso: 3 nov. 2007.

Entretanto, a efetividade desta medida depende, obrigatoriamente, da atuação e participação do Estado-Juiz, que deverá pisar na arena e entregar a espada de vez ao algoz, ou retirar-la por algum tempo. Mas esta postura tem sido tomada por algumas poucas centenas de magistrados que entenderam que algo mudou no ordenamento jurídico a partir de 1988, e que algo vem mudando gradativamente no processo civil brasileiro. Magistrados que tomam o peso da toga e enfrentam as regras processuais à luz dos ditames constitucionais.

Por certo que ao assumirem este julgo poderão deferir pela antecipação da tutela ou não – tal fato é peculiar a cada caso –, mas não se omitirão à detida reflexão da questão sob a alegação da ausência de prova inequívoca como se a própria sentença de mérito estivesse sendo requerida em derradeiro.

A temática da antecipação da tutela representa de forma singular um dos pontos de real efetivação do processo conduzido por um juiz acurado de seu mister. Assim, apontamos a antecipação da tutela, em especial nos casos do artigo 273, II e do §6º do referido dispositivo, como exemplos claros de que um juiz ativo pode em muito contribuir para uma justiça mais justa.

A tutela antecipada representa uma medida que busca “atingir o objetivo do processo, que é avançar a paz social”²⁰², através da concessão provisória e antecipada do bem ou pleito que o autor pretende ver confirmado ao término da demanda. Portanto, trata-se de uma medida que iguala inicialmente e preserva da irreversibilidade o direito e bens que o autor aduz ter.

A quebra da inércia do Poder Judiciário pelo autor, via de regra, representa um conflito em que restou lesado pelo réu. Desta forma a letargia processual por vezes pode representar em maiores lesões aos direitos do autor, em especial quando se verifica minimamente a certeza do direito que este reivindica. Neste sentido a tutela antecipada objetiva acelerar a justiça entre as partes.

Quanto aos tipos a tutela antecipada pode abranger total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida na petição inicial (art. 273, “caput”, CPC), podendo possuir caráter preventivo, a fim de evitar dano irreparável (art. 273, I, CPC); pode ser sancionatória, com o fito de evitar a postergação pelo réu da satisfação do direito do autor (art. 273, II); também pode ser meramente satisfativa, quando não há pedidos controversos (art. 273, § 6º, CPC), por fim, pode ser

²⁰² FADEL, S. S. *Antecipação da Tutela no Processo Civil*. 2. ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 12.

meramente assecuratório, com o objetivo de assegurar o direito do autor (art. 273, § 7º, CPC).

A antecipação de tutela nos casos de fundado receio de dano irreparável (273, I, CPC), e a nosso ver diante de fato incontroverso (273, §6º, CPC), revestem-se de urgência, porém, já quanto ao abuso do direito de defesa (273, II, CPC) a urgência não se demonstra, daí Marinoni lecionar que “a urgência, como é óbvio, nada tem a ver com a tutela antecipatória fundada no inciso II do artigo 273, e desta maneira, tem ligação direta apenas com um dos incisos do seu caput”.²⁰³

Por certo que o caso concreto demonstrará a maior ou menor urgência no acolhimento da antecipação de tutela, preenchidos os requisitos ensejadores de seu provimento. É de se ressaltar que o receio na concessão da antecipação de tutela deve ser extirpado do seio do Judiciário, cujas omissões por vezes colaboram com o ânimo procrastinatório do réu.

Na prática forense a celeuma suscitada é perceptível nas execuções provisórias, em que alguns dos pedidos restam incontroversos e sequer são alvos de reexame nas instâncias superiores e, por diversas vezes, julgadores indeferem as tutelas pretendidas sob os mais diversos receios, requerendo uma espécie de renovação da própria decisão de mérito. Contudo, a antecipação da tutela requerida em tais casos demonstra-se como um dever ao juiz. Como bem ressalta Marinoni

Diante disto, como o intérprete está ‘obrigado’ a ler as normas processuais à luz da Constituição Federal e dos direitos fundamentais, não há como deixar de retirar do novo §6º do art. 273 a conclusão de que o juiz ‘tem o dever’ de tutelar a parte incontroversa da demanda, e desse modo conceder de forma antecipada – obviamente que quando presentes os pressupostos para tanto – a tutela específica relativa à coisa.²⁰⁴

Portanto, esta timidez e omissão, ou ‘neutralidade’ como se prefere intitular, não encontra respaldo constitucional, que impõe ao Estado-Juiz a perscrutação da análise da tutela pretendida e uma resposta a esta através de apurada hermenêutica constitucional e interpretação sistemática do ordenamento jurídico, que consagrou poderes cumpridos, inclusive mediante multas.

Note-se, também, como enfatiza Puoli,

²⁰³ MARINONI, L. G. *A antecipação de tutela*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 49.

²⁰⁴ MARINONI, L. G. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 552.

ao contrário do que sugere a utilização do verbo ‘poderá’ no caput do art. 273 do Código de Processo Civil, a decisão a respeito da concessão da tutela antecipada nada tem de discricionária, pois [...] o ato de preenchimento dos conceitos de prova inequívoca, verossimilhança, etc., etc., não corresponde a ato integralmente livre do juiz, o qual deverá, à luz das circunstâncias do caso concreto, e dos elementos extraídos da doutrina e dos precedentes jurisprudenciais dizer o direito no caso concreto.²⁰²

Evidente que havendo requerimento de antecipação de tutela desprovido de necessário acompanhamento mínimo de prova que permita a convicção ao julgador de que há, ao menos forte probabilidade de existência do direito que aduz em seu favor, deve ser indeferida a antecipação pleiteada. Entretanto, a prova inequívoca não representa decisivamente a prova final ou a necessidade de se transformar a antecipação de tutela em uma prévia sentença, visto que nos termos dos parágrafos 2º e 4º do artigo 273 do Código de Processo Civil, a antecipação será concedida quando houver o risco de sua irreversibilidade uma vez concedida poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Destarte, “da prova inequívoca não se poderá esperar, sob pena de se restringir em demasia o novo instituto, seja ela cabal e integralmente eliminadora da crise de incerteza.”²⁰³ Note-se ainda que a doutrina tem apresentado, em síntese, que a prova inequívoca corresponde à prova “isenta de ambigüidade, em si mesmo clara, dotada de sentido unívoco”.²⁰⁴ Já a respeito da verossimilhança Barbosa Moreira, citado por Puoli aponta que “o juiz deve reclamar uma forte probabilidade de que o direito alegado realmente exista”,²⁰⁵ entendimento que também é manifestado por Cândido Rangel Dinamarco.²⁰⁶

Embora abalizado entendimento de Humberto Theodoro Júnior de que a prova inequívoca corresponda àquela “capaz de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada”,²⁰⁷ entendemos, com a devida vênia, pela incoerência deste posicionamento, pois se a prova inequívoca fosse tal capaz de favorável sentença de mérito, o caso concreto se aproximaria de

²⁰² PUOLI, J. C. B. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 155.

²⁰³ *Ibid.*, p. 157.

²⁰⁴ *Id* *Ibid.*

²⁰⁵ *Id* *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 158.

²⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, H. *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 90.

juízo antecipado da lide e não da possibilidade de revogação ou modificação da tutela antecipada, visto tratar-se de decisão interlocutória.

Nesta senda, o receio demonstrado por vários juizes na concessão da antecipação de tutela, que preferem a sua negativa deixando ao crivo dos Tribunais a decisão do deferimento em razão de Agravo de Instrumento, revela-se como atitude que deve a todo custo ser rejeitada, pois ao fundo demonstra que fora investido um julgador sem o perfil e sem o necessário entendimento dos deveres (e não discricionariedade) que lhe são impostos.

Particularmente admito inclusive que a irreversibilidade da tutela antecipada não representa uma regra absoluta. A irreversibilidade do provimento não pode ser considerada uma fulminação da concessão da antecipação da tutela, eis que podem estar sendo pleiteados direitos os quais mesmo sendo irreversível o provimento antecipado, trata-se da única medida a ser tomada levando-se em conta outros valores e princípios, mormente os constitucionais.

Exemplificamos: no caso da convicção religiosa da testemunha de Jeová em ser contra a transfusão de sangue, e, de fato, embora os estudos científicos apontem que o sangue seja dispensável nos tratamentos médico-cirúrgicos atuais, mas no caso hipotético de se tratar de uma necessidade urgente, sob pena de risco de vida, em que a testemunha de Jeová depende necessariamente de sangue de outrem, em razão da necessidade de plasma e hemoglobina sangüínea, uma vez concedida a tutela para salvar a sua vida, entendemos estar-se-á ferindo irreversivelmente seu direito à liberdade e consciência religiosa, e mesmo à sua autonomia sobre a própria vida, porém, embora irreversível, pois é princípio maior que a autonomia da vontade e da liberdade religiosa, o direito à vida, pelo que entendemos que a tutela deve ser antecipada mesmo sendo em tal caso irreversível.

Destarte, mais uma vez demonstra-se necessário um ativismo judicial no sentido de que o julgador, diante de casos concretos em que a antecipação de tutela seja requerida, evidenciando o manifesto protelamento da parte adversa, ou diante da urgência do caso, ou ainda em razão da incontroversa pretensão requerida antecipadamente, defira, inclusive 'inaldita altera pars', não se tratando de ato discricionário do juiz, que, como já afirmado, não presta favor ou

assistencialismo à parte requerente no processo, mas cumpre uma função estatal que lhe é imposta constitucionalmente.

10.3. Ativismo judicial diante da litigância de má-fé e atentado à dignidade da justiça

O processo civil brasileiro é conhecido por ser letárgico, decorrente de numerosos fatores, dentre os quais, em nosso entendimento, insere-se a condição passiva de alguns juízes que não empregam interpretação sistemática para promover celeridade ao processo e esgotam as possibilidades acima já apontada do ativismo judicial, outra que atinge diretamente a eficácia da efetividade processual reside na sanção aplicada pelo juiz ativo em decorrência da litigância de má-fé, em especial a oriunda de atos protelatórios no curso do processo.

É sabido que assim que demandado a parte adversa possui amplo direito de defesa, garantido constitucionalmente, sendo exercitado sempre que se exigir ou permitir o contraditório. O réu tem amplo direito de defesa e de procedimentos para exercício deste direito. Pode valer-se da contestação, da exceção de incompetência, da reconvenção e do reconhecimento jurídico do pedido, dentre outros pedidos.

O réu pode promover a defesa do mérito direta, onde “nega a ocorrência dos fatos que o autor alegou na petição inicial, afirmando que tais fatos não ocorreram, ou que ocorreram diferentemente, ou aceita como verdadeiros os fatos, mas discorda das conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor”²⁰⁸. Pode realizar defesa de mérito indireta, onde “admite os fatos, como apresentados na petição inicial, mas a estes contrapõe outros, que sejam impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor”²⁰⁹. E ainda “além de defender-se atacando o mérito propriamente dito, pode o réu atacar a relação jurídica processual instaurada, buscando atingir o processo, e não a relação jurídica material que lhe está subjacente”²¹⁰.

²⁰⁸ WAMBIER, op. cit., p. 380.

²⁰⁹ Id Ibid.

²¹⁰ Ibid, p. 380 seq.

Estes são procedimentos prévios de defesa que possui a parte adversa. Todavia, em todo o momento processual em que atuar no processo, assim como o autor da demanda, devem as partes obedecerem a determinados preceitos impositivos ditado inicialmente pelo artigo 14 do Código de Processo Civil, que assim disciplina

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

De pronto observa-se que os deveres das partes atuantes no processo destina-se não apenas à urbanidade, mas à busca da verdade real e à lealdade processual em todos os sentidos. Porém, é assente que na prática forense muitas respostas da parte adversa vêm carregadas de manifestações totalmente infundadas e não raras vezes com documentos forjados. Também não é raro a oposição da parte adversa à efetivação e cumprimento dos provimentos judiciais.

Há a reiterada perpetração do abuso do direito de defesa sob o manto da segurança jurídica cristalizado pelo direito constitucional à ampla defesa (art. 5º, LV, CF), contraditório (art. 5º, LV, CF) e devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Este posicionamento pode ser entendido por em tempos pretéritos, em razão do cerceamento dos poderes do juiz, outorgou-se amplos poderes de defesa, como ensina Marinoni

A ampla defesa e o contraditório, na época do direito liberal clássico, eram pensados de maneira rígida, pois constituíam garantias de liberdade contra o arbítrio do juiz, enquanto, no Estado contemporâneo, assumiram conformação elástica, por terem passado a servir para a modelação de procedimentos adequados à tutela das novas realidades.²¹¹

²¹¹ MARINONI, op. cit., 2004, p. 47.

Entretanto, em tempos atrás as partes clamavam por direito de defesa contra a opressão do Estado-juiz, hoje, em regra, a parte autora clama por repressão ao excesso do direito de defesa, em especial o recursal, em razão da protelação da parte adversária. O juiz neste contexto é chamado a novamente agir ativamente limitando os excessos de medidas de defesa ou de atos procrastinatórios, sob pena de se inviabilizar a eficácia da prestação jurisdicional e assim o próprio efetivo acesso à justiça.

E a possibilidade para um ativismo judicial agir no intuito de limitar os excessos e abusos do direito de defesa, que não podem ser tratados de forma dogmática reside exatamente na aplicação da litigância de má-fé. O artigo 17 do Código de Processo Civil estabelece claramente, em especial em seus incisos I, II, IV, VII o seguinte

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Aos que possuem direta ligação com os cadernos processuais das mais diversas lides em juízo bem sabem que é de notório conhecimento o regular emprego de defesas que não se sustentam diante do direito manso e pacífico reivindicado pelo autor da demanda; assim como é fluente nos processos o emprego (de ambas as partes) da deturpação da verdade dos fatos em seu favor. Diverso do que consta no artigo 17, III acima frisado, as partes também com largueza se valem de medidas que impõem letargia ao andamento do processo, além de vexatório sistema recursal do processo civil que admite a custos baixos a interposição de recursos caracteristicamente protelatórios.

Tais fatos só podem ser concebidos como existentes em nosso sistema processual em razão da confirmação de que os juízes e relatores não tem se valido a aplicação recorrente da litigância de má-fé a fim de criar o fito educativo do processo de que o abuso do direito de defesa terá custos elevados. O artigo 599, II do Código de Processo Civil também possibilita ao juiz, em qualquer momento do

processo “advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça”, que nos termos dos incisos do artigo 600 do referido *Codex* é entendido o ato devedor que

I – frauda a execução;

II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III – não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.

É praticamente desconhecida a ocorrência prática da advertência ao devedor que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça. Não se pode admitir que tais declarações decorram de requerimento da parte em um Estado Democrático de Direito social que enlaça o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e que tem a duração razoável do processo estampada como direito fundamental e o juiz atua passivamente diante dos atos protelatórios destinando que a parte credora simplesmente requeira o que entender de direito, porém, negando-se às sanções que se determinam ao devedor que atenta a dignidade da justiça.

Observe-se que o ordenamento jurídico apresenta possibilidades ao juiz para atuar ativamente em repulsa aos atos protelatórios. O artigo 18 do Código de Processo Civil preconiza que

O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

O artigo 31 do Código de Processo Civil também estabelece que “as despesas dos atos manifestamente protelatórios, impertinentes ou supérfluos serão pagas pela parte que os tiver promovido ou praticado, quando impugnados pela outra”. E o artigo 601 referido diploma processual determina que aos casos atentatórios à dignidade da justiça

[...] o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, no montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.

Deste panorama é precisa a indagação de Antônio do Passo Cabral quando questiona “ora, se temos arsenal normativo para combater este cenário, por que não o fazemos?”.²¹² A resposta que reputo acertada, diante do espectro acima destacado, é em decorrência da ausência de um ativismo judicial que decida pela moralidade processual e pela direção do processo de forma tal que toda litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da justiça seja alvo de sanção, conforme nosso entendimento de direito já apontado no item 2.2 acima, aplicando-se a multa, com os percentuais adequados ao potencial e infração da parte infratora, e conforme o caso concreto.

Destaque-se também o ensinamento de Marinoni de que

O que se pretende com a multa, em resumo, é evitar que o sistema processual continue a ser utilizado para alimentar a injustiça. Ora, um sistema processual que estimula o inadimplemento do infrator em prejuízo do lesado viola os direitos fundamentais, aqui especialmente o direito de proteção de todo cidadão, e, assim, é flagrantemente inconstitucional. Não ver isso é continuar estimulando os infratores – e assim os danos -, os quais certamente prosseguirão entendendo que não é conveniente observar os direitos, pois é muito melhor ser executado.²¹³

Portanto, diante da possibilidade processual acima destacada, os juízes não podem de forma inertes “assistirem à deterioração da prestação jurisdicional à espera de soluções mágicas da lei”²¹⁴, devem agir ativamente no processo, segundo os ditames constitucionais e legais, vez que a presença da imposição de multas por litigância de má-fé e multa por atos atentatórios à dignidade da justiça representam efetiva e eficaz prestação jurisdicional possibilitando-se a tramitação de processos mais justos e soluções mais céleres, em consonância, portanto, com os direitos fundamentais à duração razoável do processo, à dignidade da pessoa humana, e ao devido processo legal.

10.4. Ativismo judicial e o acesso à justiça: concessão da assistência judiciária gratuita

²¹² CABRAL, A. P. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, *RePro*, São Paulo, n.º 126, ano 30, ago. 2005, p. 70.

²¹³ MARINONI, op. cit., 2004, p. 329 seq.

²¹⁴ CABRAL, op. cit., p. 79.

O acesso à justiça tem elevado grande número de estudos em seara processual e constitucional e não poderia ser diferente, pois a temática possui importância singular, vez que o acesso à justiça tem no contexto de seu bojo a possibilidade de acesso a um advogado ou defensor público, a possibilidade de se ter o mais próximo possível a presença de um órgão judiciário que realize a prestação jurisdicional, a efetiva condição de se ter acesso a um Judiciário gratuito aos mais necessitados, a possibilidade de um processo célere com o intuito de que o pedido seja atendido na brevidade que a necessidade e interesse demandam, entre outros apontamentos possíveis.

Conquanto o custo do processo não represente um sinônimo de acesso à justiça, é evidente que se traduz em inegável obstáculo ao acesso à justiça para milhares de cidadãos. E aqui também podemos observar a possibilidade de manifestação do ativismo judicial.

Em alguns Estados-membros, como o Estado do Paraná, os Cartórios Judiciais cobram custas consideradas elevadas a uma maioria da população assalariada pelo valor referencial mínimo. E ao buscar o acesso ao Judiciário o jurisdicionado, por vezes, pleiteia que lhe sejam concedidos os benefícios da assistência judiciária gratuita, em grande parte das lides amparando-se nos ditames da lei n.º 1.060/50 que em seu artigo 4º dita que:

Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Do dispositivo legal extraímos que qualquer pessoa, seja física ou jurídica, poderá, mediante simples requerimento de seu advogado na petição inicial ou mediante declaração de próprio punho, afirmando sua atual condição de miserabilidade, pleitear que seja concedida a gratuidade ao acesso à justiça.

Embora taxativamente previsto em lei a possibilidade supra apresentada, não raros magistrados tem, de plano, indeferido os pedidos de assistência judiciária gratuita sob argumentos tais como o fato de a parte estar assistida por advogado particular, ante o fato da parte possuir patrimônio, como

residência própria e/ou automóvel, por possuir uma profissão ou benefício previdenciário, ou ainda ante o fato de se tratar de pessoa jurídica.

Ao agirem deste modo referidos magistrados estão indiscutivelmente obstando o acesso constitucional à justiça, sem qualquer razão ou subsídio, visto que a impugnação à assistência judiciária deve ser realizada pela parte adversa com sobejo de provas que demonstrem a falsidade da alegação de pobreza da parte assistida. Observe-se que, pela análise do comando legal não observamos qualquer discricionariedade ao juiz em conceder ou não o pedido, pois tratando-se de requerimento em exordial de concessão de assistência judiciária gratuita basta a simples afirmação para que se conceda o benefício pleiteado.

Neste sentido, um ativismo judicial que se faz possível é justamente o de atender não apenas a regra legal estampada no artigo 4º da lei n.º 1.060/50, mas também de, em interpretação hermenêutica constitucional, fundamentar a concessão no amparo legal sedimentado no artigo 5º, XXXV e LIV da Constituição Federal que assim estabelece:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Ora, em consonância com a dignidade da pessoa humana, tem o jurisdicionado garantido o acesso à justiça, de forma que lei ou decisão judicial alguma pode obstar esse direito fundamental. Note-se, também, que o Estado Democrático de Direito Social chamou a si a obrigação de prestar assistência jurídica gratuita, e é inegável que esta assistência também engloba o acesso gratuito ao Judiciário.

Neste sentido, a concessão ao pedido em petição inicial de assistência judiciária gratuita deve ser atendido pelo juiz de plano. Os Tribunais já sedimentaram este entendimento ao assim se manifestarem:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE JUSTICA GRATUITA. SIMPLES AFIRMACAO. INSUFICIENCIA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

A concessão dos benefícios da Assistência Judiciária Gratuita depende de simples afirmação, pela parte, de insuficiência de recursos, na petição inicial, nos moldes do art. 4., da lei 1060/50, conforme ampla jurisprudência.

(TJPR - Órgão Julgador: 6a. CAMARA CIVEL. Processo: 155607600. Acórdão n.º: 12379. Relator: VICENTE MISURELLI. Julgamento: 26/05/2004. Decisão: Unânime)

AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO. APOSENTADORIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. ADVOGADO PARTICULAR. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

A simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família, permite à parte o gozo do benefício da assistência judiciária, até prova em contrário. O fato de a apelante estar representada por advogado particular não afasta o benefício. RECURSO PROVIDO.

(TJPR - 10ª C.Cível - AC 0352497-2 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Nilson Mizuta - Unânime - J. 20.07.2006)

Apelação Cível - Impugnação à assistência judiciária gratuita julgada procedente - Declaração de pobreza na própria petição inicial, instruída com declaração de 'próprio punho' no mesmo sentido - Requisitos da lei nº 1.060/50 presentes - precedentes desta corte de justiça e do STJ - Parte interessada que possui propriedades - Circunstância que não afasta o direito à assistência judiciária gratuita - Ausência de "fundadas razões" (art. 5º da lei 1.060/50) para indeferimento - Julgamento monocrático pelo relator (art. 557, parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil) - Sentença Reformada - Recurso Conhecido e dado Provimento. (TJPR - 14ª C.Cível - AC 0370276-1 - Toledo - Rel.: Des. Celso Seikiti Saito - Unânime - J. 01.06.2007)

PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. DESNECESSIDADE. LEI Nº 1.060/50, ARTS. 4º E 7º.

1. A Constituição Federal recepcionou o instituto da assistência judiciária gratuita, formulada mediante simples declaração de pobreza, sem necessidade da respectiva comprovação. Ressalva de que a parte contrária poderá requerer a sua

revogação, se provar a inexistência da hipossuficiência alegada.

2. Recurso conhecido e provido.

(STJ - REsp 200.390/SP, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 24.10.2000, DJ 04.12.2000 p. 85)

Constitui, pois, uma possibilidade ao julgador a concessão de plano dos benefícios da assistência judiciária gratuita, que deve ser realizada ativamente nos processos em que se verifique o preenchimento dos requisitos objetivos para a referida concessão, quais sejam, o pedido em petição inicial ou mesmo no curso do processo, em qualquer fase. Nada mais. Por certo que a parte adversa terá o direito a produzir elementos e provas hábeis a convencer o juiz de que a parte beneficiada não é carecedora do direito, ocasião em que, sobejamente provada a má-fé da parte que pleiteou o benefício, deverá estar arcar não apenas com a revogação da concessão da gratuidade da assistência judiciária, como das sanções aplicáveis.

De todo modo, é forçoso concluir que infelizmente a concessão dos benefícios da assistência judiciária clama por um ativismo judicial em razão do divorciado entendimento de alguns magistrados que entendem ser ato discricionário seu a concessão do benefício, assim como outros que exigem produção de prova pela parte requerente, o que entendemos equivocado, visto que, em primeiro a lei 1.060/50 não estabelece este procedimento prévio, e em segundo tal conduta rompe já no início da relação processual com a boa-fé processual ao se impor a dúvida pelo juiz à alegação apresentada pela parte.

10.5. Ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas

Há não muito tempo vem se observando algumas decisões do Poder Judiciário em questões até então concebidas como atribuições exclusivas dos demais Poderes, judicializando políticas públicas sob o manto da efetividade das normas e princípios constitucionais. Embora muito criticada tal postura, mormente por quem acredita que o over é um ledor engano, dado que a República e o Estado brasileiro são unos, sendo apenas repartida suas funções em três Poderes, possibilitando-se o sistema de freios e contrapesos, o que não significa em hipótese alguma que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não se comuniquem e, principalmente, não possuam idênticos deveres quanto aos fundamentos e objetivos republicanos consagrados no texto constitucional.

Em sendo, portanto, um único Poder, uma única República, um único Estado Democrático de Direito social, é dever de todos os Poderes agir ativamente no cumprimento dos preceitos constitucionais, de forma que não há ingerência de Poderes quando um ou mais destes se omitem quanto a um crédito atribuído ao cidadão ou à sociedade e outro venha a concretizar tal crédito, deixando-se patente, ainda, que ao Poder Judiciário não é dada a faculdade de manifestar-se ou não diante de uma ameaça ou lesão ao direito, mas sim o dever de realizar a prestação jurisdicional, monopólio estatal. Ressalte-se que a Constituição brasileira obriga o Poder Judiciário a dizer o direito (art. 5º, XXXV).

Ainda neste escólio é salutar destacar a lição de Ronald Dworkin, sintetizada por Eduardo Appio que, embora com o olhar no modelo norte-americano, ensina que “as decisões judiciais devem ser tomadas em estrita observância de princípios constitucionais que conferem integridade ao ordenamento”²¹⁵, o que demonstra que além de um dever em prestar a jurisdição, o julgador deve ater-se aos ditames constitucionais e limitar-se nestes, o que enfatiza ainda mais a atualidade dos estudos da hermenêutica constitucional.

Destarte, diante da ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo em atender as demandas sociais e os direitos e garantias fundamentais já constitucionalizados, vez que o primeiro tem se preocupado há anos muito mais com questões econômicas e emissão de medidas provisórias, ao passo que o segundo na análise destas medidas provisórias e em discussões de pouca monta para a sociedade, relegando o mister que se lhes são exigidos, restou ao Poder Judiciário a tarefa de implementar parcela das políticas públicas, que representam a concretização dos direitos fundamentais. Esta incumbência possui maior imperatividade por se tratar de uma função da Constituição econômica.

Porém, embora consista numa exigência constitucional e conforme os ditames do atual Estado Social, portanto, um dever para o Poder Judiciário, visto que tem por fim último a defesa da Constituição e do Estado Democrático de Direito, observa-se que esta função da Constituição econômica representa a voga das discussões no cenário jurídico brasileiro, justamente em virtude de que dentro do próprio seio do Judiciário há quem afirme que não cabe a este Poder a implementação de políticas públicas. Daí surgirem algumas teses em torno desta

²¹⁵ APPIO, E. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 34.

contenda, como as correntes procedimentalistas e substancialistas. Segundo Santos, existem duas correntes contrapostas acerca da judicialização de políticas públicas: a dos procedimentalistas, defendida por Habermas e Garapon e a dos substancialistas, exposta por Dworkin e Cappelletti.²¹⁶

Para os 'procedimentalistas' o "incremento do controle judicial prejudica o exercício da cidadania ativa, pois envolve uma postura paternalista"²¹⁷, ou seja, "os cidadãos deixam de ser autores e tornam-se meros destinatários do direito"²¹⁸. Já para os 'substancialistas' o "Judiciário precisa adquirir novo papel ante a função intervencionista do Estado e passar a ser o interprete do justo na prática social"²¹⁹, significa dizer que "o Judiciário necessita constuir-se em poder estratégico, capa de assegurar que as políticas públicas garantam a democracia e os direitos fundamentais e não interesses hegemônicos específicos"²²⁰.

Embora sem tomarmos posicionamento neutro, inegável admitir que ambas correntes possuem plausíveis justificativas. A benesse estatal em demasia de fato rompe com a própria construção da cidadania, eis que o indivíduo passa a ser sobejamente providenciado pelo Estado. No entanto, com a vênia que se presta aos defensores do procedimentalismo, entendemos que não pode prosperar esta corrente no Brasil, posto que o Estado brasileiro, embora Democrático e Social, distancia-se de uma efetiva prática paternalista, que não pode ser confundida com concessões governamentais provisórias e discricionárias.

Observe-se, nesta senda, a lição de Cappelletti ao ditar

Tenha-se presente que os 'direitos sociais' – típico produto jurídico do Estado social ou de 'welfare' – são caracterizados pelo fato de que não têm natureza, por assim dizer, puramente normativa; eles são 'promocionais' e projetados no futuro, exigindo para sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado. Na proteção de tais direitos, o papel do juiz não pode, absolutamente, limitar-se a decidir de maneira estática o que é agora legítimo ou ilegítimo, justo ou injusto; ao contrário, constitui freqüente responsabilidade do juiz decidir se determinada atividade estatal, mesmo quando

²¹⁶ SANTOS, M. L. Políticas públicas (econômicas) e controle. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em: 17. nov. 2004.

²¹⁷ Id Ibid.

²¹⁸ Id Ibid.

²¹⁹ Id Ibid.

²²⁰ Id Ibid.

Mas felizmente, com as recentes mudanças basilares na mentalidade do operador do Direito, desde o ensino jurídico em algumas Faculdades até a prática forense, já se pode vislumbrar um acréscimo dos aplicadores do Direito que começam a distanciar-se do positivismo e do formalismo enclausurador. Neste escólio, é de se ressaltar a constatação de Andreas Krell, ao afirmar que, “em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.”²²⁴

Neste sentido, os direitos fundamentais positivados em normas constitucionais (programáticas ou não) possuem eficácia imediata e destinam-se às três funções unas do Estado, legislativa, executiva e judiciária, razão pela qual a ausência de implementação de políticas públicas, em especial pelo Executivo devem exigir do Judiciário um ativismo judicial em sua implementação, conforme o caso concreto que invocar a sua prestação jurisdicional. E nem se cogite de afrontamento à legislação infraconstitucional, inclusive orçamentária, visto que, como já destacado por Puoli, “toda vez que o Judiciário entender estar a norma legal em choque com o texto constitucional, haverá uma interferência, legitimada pela própria Constituição, do Judiciário nas decisões políticas tomadas pelo Legislativo”²²⁵ e também do Executivo.

Destarte, ousamos acreditar que: um Poder Judiciário ativo, operante, que compreenda as exigências, direitos e garantias que um Estado Democrático de Direito Social impõe na execução dos misteres dos Poderes estatais; consciente do novo paradigma jurídico que apregoa a vigente Lei Fundamental; consciente da certeza da imperatividade e da imediata aplicabilidade das normas constitucionais programáticas; e, acima de tudo, instruído das lições da hermenêutica constitucional, são capazes de efetivar os direitos fundamentais até então apenas ecoados entre as camadas populares como súplicas. Um novo repensar jurídico, portanto, é preciso.

10.6. Ativismo judicial na implantação da qualidade total no Poder Judiciário

²²⁴ KRELL, op. cit., p. 23.

²²⁵ PUOLI, op. cit., p. 129.

De nada adianta a preocupação de um juiz em pretender interpretar e aplicar sistematicamente o direito à luz da Constituição acaso não tenha ele uma conduta extraprocessual que corrobore efetivamente para a eficácia de seu trabalho, ou seja, há a necessidade da implantação de um programa de qualidade total pelo juiz para que a própria atividade jurisdicional obtenha resultados satisfatórios.

Destacamos que a qualidade total a que nos referimos reporta-se tanto à adoção de métodos e sistemas de organização administrativa quanto a adoção de medidas processuais que possibilitem imprimir maior agilidade à prestação jurisdicional sem burlar as garantias constitucionais do devido processo legal. Para tanto necessário à qualidade total do Poder Judiciário a presença de magistrados ativos e ciosos de seus deveres.

Segundo José Rodrigo Pinheiro, alguns fatores são capazes de demonstrar a qualidade do juiz, os quais destaca: “conhecimento do Direito; vocação para decidir; prudência e urbanidade; vigilância sobre os estreitos limites do poder; conhecimento dos seus deveres, garantias e proibições a que está sujeito; imparcialidade e não-arbitrariedade.”²²⁶ A estes fatores, Pinheiro acresce outros citados pelo então Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que assim sintetizam:

Modelos de organizações judiciais com magistrados detentores de cargos e não prestadores de serviço público relevante; ausência de planejamento científico e constante; ausência de efetiva autonomia financeira, com a crônica falta de recursos materiais; má qualidade do ensino jurídico; inexistência de verdadeiras escolas de formação e aprimoramento de magistrados.²²⁷

Dentre os fatores supra destacados entendemos que a ausência de vocação para decidir, a má qualidade do ensino jurídico, e a falta de compreensão dos direitos e deveres do juiz é que reproduzem Juízos rotulados como “péssimos para se trabalhar”, visto que o magistrado e a serventia não satisfazem sequer minimamente a prestação jurisdicional requerida e pretendida pela sociedade, o que se comprova pelas pesquisas recentes, como do Instituto Nexus, em que 86,4% dos entrevistados consideram o Judiciário lento, e 57,9% o consideram ineficiente.²²⁸

²²⁶ PINHEIRO, J. R. *Qualidade Total no Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997, p. 171.

²²⁷ *Ibid.*, p. 172.

²²⁸ Fonte: Instituto Nexus, disponível em: <www.institutonexus.com.br>. Acesso em: 3/11/2007.

Dentro deste contexto afirmamos que emerge com urgência a necessidade de um ativismo judicial que objetive a implantação de programas de qualidade total ao Poder Judiciário para que a prestação jurisdicional se dê de forma efetiva e eficaz, atendendo aos escopos do acesso à justiça. E para tanto é imperioso que o juiz, sobretudo, tenha vocação para o exercício da magistratura, para decidir. E esta vocação revela-se claramente na própria celeridade das decisões.

Não raras vezes observamos em processos de rito sumário que após a instrução o juiz determina, mesmo sem requerimento das partes, que sejam apresentados os memoriais e, após estes, venham os autos conclusos para sentença. Contudo, em procedimentos sumários (art. 275 do CPC) as sentenças deveriam ser proferidas após a instrução e imediatamente em audiência, o que atenderia aos objetivos do rito sumário e ao ditame constitucional disposto no artigo 5º, LXXVIII, que assegura a todos “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Consideramos que atitudes relativamente simples como a apontada acima identificam-se com programas de qualidade total por impor uma sistemática de procedimentos do Juízo para determinados ritos processuais, eliminando o ‘empilhamento’ de processos, ordinários e sumários para sentenças, o que, por sua vez, exige a postura ativa do juiz, que busque evitar as protelações processuais impondo a máxima celeridade à tramitação dos processos sempre que possível e sempre que estiver convicto de, em audiência, ser capaz de decidir de forma correta.

E para decidir de forma imediata em ritos sumários é necessário que o juiz possua uma bagagem teórica e prática minimamente suficiente a garantir a ele próprio a segurança para decidir. E esta bagagem deve principiar pelo ensino jurídico de qualidade e pelo aperfeiçoamento em escolas da magistratura, cursos de especialização e de pós-graduação ‘stricto sensu’, no entanto, não é raro observamos juízes que sequer possuem um curso de especialização, embora há anos exercendo a judicatura. Indubitavelmente um juiz autodidata pode muito, porém, a troca de experiência, em especial a vivenciada em cursos de pós-graduação possibilitam que o juiz aprimore-se teoricamente mas também atinja um nível de excelência hábil a motivá-lo a implementar uma divisão de serviço que imponha uma qualidade total na prestação jurisdicional.

É importante ressaltar que o juiz não possui apenas direitos e prerrogativas constitucionais de dizer o direito entre os jurisdicionados, mas possui deveres, dentre os quais de efetivar a pacificação social, inclusive, em dias atuais em que a imoralidade prolifera nas altas instâncias dos poderes federados, cabe também ao juiz o dever de, nos casos concretos agir retamente de forma a demonstrar que o Poder Judiciário é confiável e que a corrupção, sonegações e todos os atos ilícitos ventilados nos casos concretos não serão acobertados pela Justiça.

Concluimos que é um dever do juiz organizar e presidir a Vara em que judicar, como já estampa o próprio artigo 125 do Código de Processo Civil. Porém, não deve ele centralizar todas as atividades, despachos de mero expediente, atos administrativos internos, e outras decisões. A prática de atos ordinatórios, a padronização dos atos, a guarda e controle dos processos, a organização do expediente do da deve se dar de forma compartilhada com o escrivão e funcionários do Cartório na medida que o próprio Tribunal de Justiça não vedar, ou mesmo recomendar.

Em nosso entendimento o juiz deveria, sempre que ingressasse em uma Vara, apontar seu método de trabalho com a máxima clareza a todos os funcionários, e não o inverso. Algumas Comarcas, mesmo pequenas no tocante ao acúmulo de processos, observa-se uma demora e excessiva letargia na prestação jurisdicional, isto significa que a Torre de Babel se instaurou na Comarca ou, especificamente, na Vara, pois o juiz decide os casos conforme lhe chegam, as sentenças são proferidas por grau de simplicidade a complexidade e não por ordem cronológica ou de urgência, a ausência de padronização dos métodos de trabalho dificultam inclusive a melhor ocupação dos funcionários e das atividades do escrivão, dentre outros fatores.

Este fatos precisam ser modificados. Um exemplo que apontamos como referencial pode se dar à prática que é desempenhada na Justiça do Trabalho, onde os processos, todos, são padronizados e distinguidos claramente pelos ritos ordinário e sumário, inclusive com capas diferentes. Os funcionários são destacados para desempenhar atividades específicas, e todos em conjunto, como que em uma engrenagem, de forma que as decisões são céleres, os despachos, em regra, não perduram mais que três dias de espera. Havendo uma audiência, seja em

rito ordinário ou sumaríssimo a sentença é proferida na semana seguinte. Em alguns casos, diante da postura mais ativa do juiz, a sentença é proferida em audiência, como já pudemos a oportunidade de presenciar por dezenas de vezes em estágios. Também sistemática similar é adotada na Justiça Federal Comum.

No entanto, o aumento do número de processos de fato é um fator considerável no emprego de uma qualidade total ao Poder judiciário, mas que pode ser rompido ou minimizado conforme a implantação de métodos corretos e adequados a cada caso, conforme a Vara, conforme o quantitativo de funcionários, de recursos, de número de processos, de natureza de demandas, etc, e que deverão ser levados em consideração pelo juiz, que é quem possui o dever, em nosso entendimento, de apontar como deverá ocorrer na Vara em que judicar os procedimentos e método de trabalho.

Longe de sermos utópicos em excesso, acreditamos que a partir do momento em que o Judiciário dos Estados objetivassem, mesmo que isoladamente por seus magistrados com postura mais ativa, a uma implementação de qualidade total de forma que a prestação jurisdicional fosse padronizada e engrenada em uma sistemática tal que produzisse resultados céleres e satisfatórios, o senso de justiça que se produziria na sociedade seria capaz de diminuir o número de demandas à medida em que se soubesse que o sistema judiciário funciona e que o ilícito seria inevitavelmente rechaçado. Entretanto, sem um ativismo judicial para que este objetivo se concretize fatalmente permaneceremos no sistema caótico hoje reinante, em que a letargia do processo fomenta a própria prática de injustiças e corrupções.

10.7. Derradeiras considerações sobre as limitações do ativismo judicial

Como se pode observar, a partir dos poderes e possibilidades processuais outorgadas pela Constituição e sistema jurídico constitucional pátrio, é crível admitir que as limitações do ativismo judicial, embora a necessária atenção casuística que melhor delimitará e ponderará os limites e as possibilidades de um ativismo judicial, apresentam-se exatamente na eventual negativa constitucional, material ou formal, para o caso concreto.

Bellinetti neste sentido, enfatiza que “no caso de nosso país, o vetor fundamental devem ser os quat primeiros artigos da

Constituições sabiamente são chamados de princípios fundamentais”²²⁶, e vislumbra “em tais princípios os limites para o aplicador do ordenamento, que não poderá ir além deles”.²²⁷

Não nos delimitamos apenas aos quatro primeiros artigos da Constituição por considerarmos a importância dos princípios inseridos na cláusula pétrea constantes também nos artigos 5º e 6º da Constituição, que ao fundo apresentam princípios fundamentais que também limitam o ativismo judicial. Evidente, porém, como já destacamos acima, o princípio da dignidade da pessoa humana, constante no artigo 1º, III, da Lei Fundamental sintetiza em si a imensa maioria dos demais princípios por estarem afeto ao valor da vida, certamente um dos bens maiores do ser humano, senão o maior.

Enfatizamos, portanto, que em nosso entendimento o ativismo judicial não representa a pregação de um revolucionismo utópico ou que imponha discricionária interpretação e criação do direito pelo juiz, pois como já observado, o ativismo a que apontamos refere-se ao exercício constitucional e legal dos deveres inerentes ao mister dos julgadores, inclusive sob o aspecto político e atento à clara identificação e isonomia dos poderes do Judiciário como poder da República e do Estado Democrático de Direito social vigente.

Daí nos filiamos ao entendimento de Puoli que manifesta com firmeza que atualmente e em razão do constitucionalismo presente entre nós

Não cabe mais questionar o importante papel político desempenhado pelo Poder Judiciário. Seja no que toca ao controle de constitucionalidade das leis, seja na possibilidade de um mais amplo campo de interpretação das regras legais para garantir que os textos sejam aplicados em conformidade com o que deflui dos princípios constitucionais, seja em função das repercussões políticas decorrentes das decisões judiciais proferidas nos casos versando a respeito de interesses metaindividuais ou, seja ainda no que se refere ao aumento do campo de competência dos juízes para controle dos atos administrativos, fato é que o Poder Judiciário exerce, sim, poder político o qual, ante a inexistência de limites objetivos, tem deixado nítida uma maior dose de outorga de poderes aos juízes.²²⁶

²²⁶ BELLINETTI, L. F. *Direito e Processo*. In: Luiz Fux; Nelson Nery Jr; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 824.

²²⁷ Id Ibid..

²²⁶ PUOLI, op. cit., p. 145.

A limitação dos poderes dos juízes ativos, portanto, esbarram na própria consagração da Constituição material, e do sistema jurídico vigente. Note-se que Bilhalva concebe de forma específica que “o limite essencial da concretização jurisdicional consiste exatamente no texto da Constituição escrita, texto este compreendido com todo o seu espaço do jogo de significação”.²²⁷ ressaltamos, contudo o entendimento de que a noção de Constituição material é mais ampla que a concepção formal de Constituição.

Observe-se também que a limitação mais efetiva se dará a partir da própria convicção ponderada, e da razoável e proporcional aplicação do direito ao caso concreto, em que o juiz ativo deverá observar a Constituição material e formal, as leis, os tratados e a equidade e os costumes, em um só conjunto, em uma só interpretação sistemática, em verdadeiro ativismo hermenêutico, razão, portanto, não da existência de um juiz Hércules, mas sim, de um juiz que esteja ciente da importância de sua função, saiba empregar seus poderes, e tenha refinado senso de realidade social.

²²⁷ BILHALVA, J. M. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 123.

11. CONCLUSÃO

Concluimos o estudo sintetizando os apontamentos então destacados e que nos permitiram aferir as possibilidades e limites processuais do ativismo judicial à luz da Constituição Federal.

1. Nos sistemas que preservaram o direito romano a lei representa a principal fonte do direito e as codificações caracterizam-se como alicerce basilar da estrutura e ordenamento jurídico.

2. Ainda hoje se presencia uma renitência dos operadores do direito ao legalismo positivista que prepondera a forma sobre o valor.

3. Entre as concepções do direito como um sistema de normas diretivas da conduta humana e como uma característica de certos ordenamentos, concebemos o Direito como o ramo do conhecimento criado pelo homem que, segundo ideais e valores coletivos, sistematiza os princípios, normas e regras que orientam a conduta e as relações humanas para uma harmônica convivência social, cuja desarmonia é repelida mediante sanção aplicada por autoridade competente.

4. O processo assume hoje caráter público, e o Estado possui o poder de intervenção nas relações entre as partes, através da jurisdição, e pela investidura do Estado-Juiz com poder de império e de sanção.

5. Não nos parece racional dizer que o processo é, pura e simplesmente, a instrumentalização do direito, pois assim como o direito recebe influências cotidianas da sociedade e do Estado, há de se considerar que o processo instrumentaliza o direito segundo a direção que lhe é imposta pelos modelos políticos.

6. O entrelaçamento entre o modelo jurídico-político e a jurisdição no processo determinarão a amplitude e ou limitação para que a jurisdição desenvolva as persecuções esperadas pelo indivíduo e pela sociedade.

7. A concepção do modelo estatal vigente possui relevância para a instrumentalização da jurisdição.

8. O Estado Social não elimina as concepções de Estado Liberal, mas busca amenizar o poderio econômico de determinadas classes ou segmentos que agem em detrimento de todas as demais.

9. O Estado Social representa a transformação do Estado Liberal clássico à incorporação dos direitos sociais além dos direitos civis, e resta consagrado pela Constituição Federal de 1988.

10. Esta constatação é perceptível na Constituição Cidadã, que é uma Constituição que pretende ser social e democrática a um só momento.

11. Nos parece indubitosa a constatação de que estamos diante de um Estado Democrático de Direito Social. Contudo, os direitos sociais traduzidos nos direitos fundamentais ainda não encontraram a eficácia aguardada por milhares de cidadãos.

12. Seja qual for a forma adotada, material ou escrita, é certo que a Constituição possui funções imprescindíveis à existência do Estado e ao exercício do poder.

13. A Constituição fixa os princípios, determina as tarefas do Estado, disciplina a criação e execução das leis, limita poderes, estrutura e planeja o ordenamento jurídico, tudo a partir da formação e da cooperação das atuações humanas que se organizam pra realizar as tarefas estatais.

14. As Constituições tem apresentado mutações no sentido de impor ao Estado Democrático de Direito Social a quebra de sua inércia e o cumprimento de obrigações e responsabilidades perante a sociedade.

15. O sistema constitucional possibilita efetivar através da jurisdição a junção dos objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito social e os preceitos constitucionais insertos formal e materialmente na Constituição com o ordenamento jurídico infraconstitucional.

16. À visão do sistema constitucional, a negativa de exequibilidade das normas constitucionais programáticas cede força em razão da imperatividade e da imposição que se exige dos governantes e das funções e poderes do Estado quanto ao seu cumprimento.

17. A interpretação representa um dos pilares essenciais da atual necessidade de se promover com maior justiça a aplicação da lei aos casos concretos através das sentenças.

18. À luz da atual Constituição Federal e do sistema constitucional vigente, é exigência primordial que o magistrado atue de forma ativa, buscando incorporar fatos e fundamentos do litígio com o sistema constitucional e jurídico.

19. A jurisdição não pode se traduzir na mera aplicação da vontade da lei, nem deve primar pela supremacia do ordenamento jurídico em detrimento dos próprios valores humanos. Neste sentido a consagração de uma jurisdição que tenha na atividade jurisdicional a busca pela justiça no caso concreto, tendo ainda a Constituição como paradigma intransponível, nos apresenta como sendo o melhor referencial de jurisdição a ser seguido.

20. Em nossa concepção o poder reconhecido, na prática, apresenta-se espelhado no Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, ou seja, no Estado, que tem a reconhecida autoridade para disciplinar a ordem social da coletividade segundo valores voltados ao bem-estar social.

21. A independência e o poder hoje outorgados aos juízes representa um direito da população como garantia de um sistema republicano saudável a partir da separação dos Poderes.

22. O juiz, sendo eleito ou aprovado mediante concurso público possui legitimidade em sua atuação, já que a eleição representa uma forma direta de seleção pelo povo, enquanto o concurso uma forma indireta, visto que a opção de aprovação por concurso público decorre da democracia representativa.

23. A ausência de juízes vocacionados pode ser apontada como uma distorção do concurso público em relação à eleição. Contudo esta distorção pode ser atenuada com a imposição de qualificação jurídica no concurso, com prova de títulos destacada como eliminatória e não meramente classificatória.

24. O ensino jurídico mantém-se meramente formal e reprodutivo enquanto influe em aspectos materiais, axiológicos quando recebe infiltrações da zetética, em especial por estudos da filosofia e sociologia.

25. É o julgador de quem mais se cobra o reflexo das alterações teóricas, pois lhe é exigido, no caso concreto, a aplicação de um Direito menos formal e dogmático, e mais presente aos anseios das partes e da coletividade, um direito mais social.

26. A interpretação constitucional, portanto, é a concretização, a incorporação da realidade, daí seu caráter criativo, ou seja, o intérprete cria diante do fato, mas vinculado à norma.

27. A partir de uma transição do positivismo jurídico para as concepções sociais e materiais da Constituição, e a conseqüente influência desta mutação entre os operadores do Direito, com reflexos, ainda, no ensino jurídico, surgiu a possibilidade de o julgador passar a atuar com maior independência, deixando o rigorismo legalista enquanto a uns motiva a insegurança jurídica, a outros, na prática, representa a efetiva e eficaz garantia de direitos fundamentais.

28. A interpretação sistemática do Direito consiste num desafio hermenêutico, e com razão, pois desde os bancos acadêmicos o operador do Direito é motivado a interpretar e aplicar a norma através de subsunções lógicas individualizadas, isto é, a aplicação fria e estanque da lei.

29. Sempre que o cumprimento de um direito fundamental é exigido perante o Estado, este imediatamente alega a impossibilidade de sua efetividade em virtude de se tratar de uma norma constitucional programática.

30. Entendemos que sob quaisquer pretextos pode-se negar a imperatividade, imediatidade e exeqüibilidade das normas constitucionais programáticas, visto que também a Constituição econômica brasileira, estreitando-se em princípios que vão de encontro com a dignidade da pessoa humana, exigem do legislador, do administrador e dos magistrados, a obrigatória observância dos preceitos presentes nestas normas.

31. Não há como escusar a aplicação dos direitos fundamentais, de negar a positiva e presente atuação do Estado social no cumprimento de políticas públicas sob o pretexto de que as normas que apresentam tais obrigações carecem de regulamentação.

32. Os princípios fundamentais, além de constituírem fontes do sistema jurídico, evitando anônomias jurídicas, destinam-se como guias aos intérpretes, em especial ao juiz, que deverá tê-los como sustentáculos do sistema e do ordenamento jurídico, orientando a direção ou mesmo realizando a filtragem das normas quando de sua aplicação aos casos concretos.

33. Para a compreensão da efetiva possibilidade do ativismo judicial no processo sob a ótica constitucional é impossível Estado Social, da Constituição, da legitimidade dos poderes do juiz e da imediata aplicação das normas constitucionais ditas programáticas.

34. Em nosso entendimento, ativismo judicial refere-se a um dever do Estado-juiz em atuar na persecução dos objetivos e fundamentos da República, ou seja, a Constituição enlaça diretrizes às funções e poderes estatais, de modo que devem estes agirem de tal forma que efetivamente concretizem os direitos pela Constituição consagrados e requeridos pelos cidadãos com respaldo em tais direitos.

35. O ativismo judicial será manifestado e se concretizará quando da prestação jurisdicional em um caso concreto, através de uma interpretação sistemática do Direito, efetivando normas e princípios constitucionais ao caso concreto, sobrepondo valor à forma, desde que não ultrapasse os limites da Constituição material, com espeque no princípio da dignidade da pessoa humana.

36. Ativismo judicial não deve erroneamente ser concebido como criação desenfreada do direito pelos juízes, pois em nosso entendimento a criação do direito representaria uma arbitrariedade do poder outorgado ao magistrado.

37. Neste sentido a Constituição, material e formal, é que se apresenta como limite do ativismo judicial, ou seja, o juiz não pode, no caso concreto, aplicar a norma ou criar o 'direito' sem que esta atividade esteja respaldada pelo amparo constitucional.

38. O juiz pode contrariar a lei e entendimentos jurisprudenciais que reputar inconstitucionais, vez que não foi investido para preservar interesses meramente governamentais, mas sim, efetivar os fundamentos do Estado Democrático de Direito Social e dar eficácia aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, desde que dentro dos limites talhados pela Constituição Federal.

39. Em que pese as renitências formais, fortemente alicerçadas por um ensino jurídico legalista, já se faz crescente a concepção de que um processo verdadeiramente democrático exige a postura ativa do juiz.

40. O ativismo judicial já se apresenta exposto inclusive no anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo idealizado pelo IBDP, demonstrando a importância dos estudos e concepções hodiernas da atuação mais efetiva do magistrado no processo.

41. Os juízes, portanto, diante do cenário jurídico-processual devem principiar pela suplantação de formalismos jurídicos que em nada corroboram o acesso à justiça e efetividade do processo.

42. Um ativismo judicial que priorize o conteúdo material da Constituição não se ajusta aos ensinamentos de Kelsen, muito embora tenha este manifestado claro entendimento da supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico. Concebemos que a aplicação do Direito ao caso concreto não se reporta apenas ao legalismo formal, mas ao conjunto do sistema jurídico e aí incluso os valores sociais, que antes de impuros, representam e traduzem justamente os anseios da sociedade.

43. O julgador deve possuir uma atitude ativa no sentido de compreender qual é a regra do jogo subjacente ao caso concreto, quais são as normas performativas que lhe dão amparo a decidir de um ou de outro modo. Em síntese, um juiz hermeneuta, ao contrário do que enlaça Hebert Hart, conseguiria produzir sentença justa em todos os casos a partir do instante em que agisse ativamente negando a mera subsunção lógica pela construtiva interpretação constitucional e infraconstitucional que lhe possibilitasse a melhor decisão à prestação jurisdicional que lhe é invocada.

44. Em um Estado social, como o próprio Max Weber destaca, há a necessidade de que o julgador atue ativamente com ponderação na aplicação dos valores, evitando-se excessivos abusos sob o manto da busca da justiça, embora, já se tornou sedimentado nosso entendimento de que entre a segurança jurídica e a justiça, que se priorize esta, pois a segurança jurídica nem sempre representa o justo, enquanto a lastreada justiça traduz-se em segurança jurídica.

45. Concebo diversamente de Dworkin que o juiz ativista não ignora a Constituição pela supremacia de sua convicção pessoal, ao mesmo tempo inverso, hoje é ativista, ou ainda alternativista, quem principia pela supremacia constitucional ao invés da subsunção formal legal.

46. Não vislumbramos outra conduta que não a de um ativismo judicial para que se entrelacem em concreto regras, princípios e discurso no processo permitindo-se o sincretismo entre a aplicação procedimental e substancial do direito.

47. Ao juiz também é exigido um ativismo judicial quando do emprego da racionalidade comunicativa para que mantendo o equilíbrio entre o mundo da vida e os sistema político e econômico, consiga administrar o sistema jurídico em verdadeiro sincretismo entre racionalidades estratégica e comunicativa, no intuito de que as ações nos sistema não se dêem apenas pda marcante presença da sanção, mas antes e também, pela comunicação.

48. O juiz possui o poder de agir de ofício na produção de provas, inclusive com previsão expressa no artigo 130 do Código de Processo Civil.

49. O juiz não encontra limitação na produção de provas que almejem a busca da verdade real, e não meramente formal, pois embora a prova possa ser dispositiva aos litigantes, não pode ele ser criada por convenção das partes, razão pela qual, em especial em demandas em que se presencie a hipossuficiência de uma das partes e em demandas coletivas a iniciativa probatória também deve ser perquirida pelo Estado-juiz para sua convicção.

50. O receio demonstrado por vários juízes na concessão da antecipação de tutela, que preferem a sua negativa deixando ao crivo dos Tribunais a decisão do deferimento em razão de Agravo de Instrumento, revela-se como atitude que deve a todo custo ser rejeitada, pois ao fundo demonstra que fora investido um julgador sem o perfil e sem o necessário entendimento dos deveres (e não discricionariedade) que lhe são impostos.

51. Demonstra-se necessário um ativismo judicial no sentido de que o julgador, diante de casos concretos em que a antecipação de tutela seja requerida, evidenciando o manifesto protelamento da parte adversa, ou diante da urgência do caso, ou ainda em razão da incontroversa pretensão requerida antecipadamente, defira o pedido, inclusive 'inaldita altera pars', não se tratando de ato discricionário do juiz, mas sim do cumprimento de uma função estatal que lhe é imposta.

52. A letargia do processo também pode ser atribuída à condição de passividade adotada por alguns juízes que não empregam interpretação sistemática

para promover celeridade ao processo e eficácia à prestação jurisdicional, admitindo-se protelações e abusos de defesa e litigância em má-fé pelas partes.

53. O juiz neste contexto é chamado a novamente agir ativamente limitando os excessos de medidas de defesa ou de atos procrastinatórios, sob pena de se inviabilizar a eficácia da prestação jurisdicional e assim o próprio efetivo acesso à justiça. E a possibilidade para um ativismo judicial no intuito de limitar os excessos e abusos do direito de defesa, que não podem ser tratados de forma dogmática, reside exatamente na aplicação da regra que sanciona a litigância de má-fé, disposta no artigo 17 do CPC, e da multa por ato atentatório à dignidade da justiça, disposta no artigo 601 do CPC.

54. Embora o acesso à justiça não se traduza essencialmente no custo do processo, é certo que este representa um óbice do acesso da população carente ao Judiciário. Neste sentido, considerando o disposto no artigo 4º da Lei n.º 1.060/50, e artigo 5º, XXXV e LIV, da Constituição Federal, constitui uma possibilidade ao julgador a concessão de plano dos benefícios da assistência judiciária gratuita, que deve ser realizada ativamente nos processos em que se preenchem os requisitos objetivos para a sua concessão.

55. É forçoso concluir que infelizmente a concessão dos benefícios da assistência judiciária clama por um ativismo judicial em razão do divorciado entendimento de alguns magistrados que concebem ser ato discricionário a concessão do benefício, assim como outros que exigem produção de prova pela parte requerente, o que entendemos equivocado, visto que, em primeiro a lei 1.060/50 não estabelece este procedimento prévio, e em segundo tal conduta rompe já no início da relação processual com a boa-fé processual ao se impor a dúvida pelo juiz à alegação apresentada pela parte.

56. Diante da ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo em atender as demandas sociais e os direitos e garantias fundamentais já constitucionalizados, restou ao Poder Judiciário a tarefa de implementar parcela das políticas públicas, que representam a concretização dos direitos fundamentais, o que exige uma postura ativa do juiz quando no processo observar a necessidade do pedido e as obrigações assumidas pelo Estado na Constituição.

57. Entendemos que todas as atividades processuais pressupõe que o juiz organize e efetivamente conduza as atividades que se praticam no Juízo em que atua de forma tal que implante um programa de qualidade total em que a prestação jurisdicional se dê de forma célere, correta e organizada.

58. Em nosso entendimento o juiz deve, sempre que ingressar em um Juízo, apontar seu método de trabalho com a máxima clareza a todos os funcionários, e não o inverso.

59. O ativismo judicial a que nos referimos, portanto, não representa uma revolução drástica, a criação de novos direitos, mas sim uma interpretação do caso concreto segundo o ordenamento e sistema jurídico de forma tal que o ser humano, que são os jurisdicionados, sejam observados com respeito e dignidade, visto que no processo o Estado-juiz não possui a discricionariedade de dizer o direito, mas o dever constitucional.

60. E como se pode destacar, nos elementos portuais acima apresentados, a limitação e as possibilidades do ativismo judicial já se encontram alicerçados no próprio ordenamento, através dos princípios fundamentais da Constituição, que ao mesmo passo que informam a possibilidade de expandir em novos horizontes na decisão, também apontam os limites à livre atuação do julgador, na preservação dos direitos e garantias mínimas ao jurisdicionado no curso do processo.

61. Por fundamentalidade jurídica que conceba a precisão das possibilidades e dos limites de um ativismo judicial para justa e eficaz prestação jurisdicional, o que se poderá conquistar mediante aprimoramento do ensino jurídico, com inserção das temáticas destacados neste estudo, entrelaçadas com os ensinamentos da Filosofia e Sociologia Jurídica, assim como de melhor formação dos juizes em Escolas de Magistratura, que possibilitem atualizar os atuais magistrados, em especial aqueles que já exerciam a judicatura quando do advento da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. ***Teoria Geral do Estado***. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- APPIO, Eduardo. ***Interpretação Conforme à Constituição: instrumento de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais***. Curitiba: Juruá, 2002.
- _____. ***Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil***. Curitiba: Juruá, 2006.
- ARISTÓTELES, ***Política***. Rio de Janeiro: Papyrus, 1997, p. 98.
- ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José F. ***Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos***. Trad. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AZAMBUJA, Darcy. ***Teoria Geral do Estado***. 3. ed. São Paulo: Globo, 1997.
- BARROSO, Luis Roberto. ***Interpretação e aplicação da Constituição***. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro. ***Hermenêutica e Interpretação Constitucional***. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos/IBDC, 1999.
- BELLINETTI, Luiz Fernando. ***Sentença Civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. ***Direito e Processo***. In: Luiz Fux; Nelson Nery Jr; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). ***Processo e Constituição***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BÍBLIA SAGRADA. ***Evangelho de São João***. Cap. 19, v. 10-11. 119. ed. São Paulo: Ave Maria, 1998, p. 1410.
- BILHALVA, Jacqueline Michels. ***A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. ***A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização***. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BOBBIO, Norberto. ***Teoria do Ordenamento Jurídico***. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed., Brasília: UnB, 1997.
- _____. ***Teoria da Norma Jurídica***. 2. ed., Bauru: Edipro, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. ***Curso de Direito Constitucional***. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. ***Do Estado Liberal ao Estado Social***. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. ***Constitucionalização do Direito Internacional: internacionalização do Direito Constitucional – Direito Constitucional Internacional Brasileiro***. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BRAGA, Sidney da Silva. ***Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil***. São Paulo: Saraiva, 2004.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, **RePro**, n.º 126, ano 30, ago. 2005.

CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no Processo Civil: compreensão crítica**. Curitiba: Juruá, 2003.

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, **RePro**, n.º 136, ano 31, jun. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1989.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Direito Processual Civil e Penal**. Campinas: Peritas, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As Grandes Obras Políticas: de Maquiavel a nossos dias**. Trad. Lydia Christina. 3. ed., Rio de Janeiro: Agir, 1980.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 3. ed., Campinas: Bookseller, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O Poder dos Juízes**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.I, São Paulo: Malheiros, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da Tutela no Processo Civil**. 2. ed., São Paulo: Dialética, 2002.

FARIAS, Edilsom. Hermenêutica Constitucional. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n.º 38, p. 81 seq., jul. 1999.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Os poderes do juiz nas ações coletivas e breves sugestões de 'lege ferenda' ao aprimoramento do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, **RePro**, n.º 117, ano 29, set./out. 2004.
- FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito Constitucional Comparado**. Porto Alegre: SAFE, 2006.
- GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 313-336.
- GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Dialética, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos: IBDC, 2000.
- GUIMARÃES, Ariana Stagni. **A importância dos princípios jurídicos no processo de interpretação constitucional**. São Paulo: LTr, 2003.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- _____. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- HESSEN, Johannes. **Filosofia dos Valores**. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Almedina, 2001.
- HOBBS, Thomas. **Leviatan**. Trad. Antonio Escohotado. 2. ed., Madrid: Nacional, 1983.
- HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. **A norma jurídica e os direitos fundamentais: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico**. São Paulo: RCS Editora, 2006.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. **O Problema da Justiça**. Trad. João Baptista Machado. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. **Teoria Geral do Estado**. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1945.
- _____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. João Baptista Machado. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional 'Comparado'**. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- LEBRUM, Gérar. **O que é poder**. 14. ed., São Paulo: Brasiliense, 2004.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- LIMA SOBRINHO, B. **Constituições Brasileiras: 1946**. v. V., 2. ed., Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre Governo Civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1994.
- LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed., Barcelona: Ariel, 1970.
- MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas de Processo Civil**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **A antecipação de tutela**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. v. 1. 9. ed., Campinas: Millennium, 2003.
- MARTINEZ, Vinício C. Estado de Direito Social. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 384, 26 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5494>>. Acesso em 26. Jul. 2004.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baronde. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachoo. 2.ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e Contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo. **RePro**, n.º 116, ano 29, jul./ago. 2004.
- NOGUEIRA, O. **Constituições Brasileiras: 1824**. v. I. 2. ed., Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. Saraiva: São Paulo, 2003.
- PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- PAULA, Alexandre Sturion de. **O Direito Alternativo e o Novo Paradigma Jurídico**. Rio de Janeiro: Sotese, 2004.
- _____. O Ensino Jurídico e o seu Comprometimento com o Dogmatismo Jurídico. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 5, n.º 63, ago. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_63/index.htm>. Acesso em: 10 abr. 2006.
- _____.(Coord). **Ensaio Constitucionais de Direitos Fundamentais**. Campinas: Servanda, 2006.
- PUAPERIO, Machado. **Introdução à Axiologia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 1, 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PINHEIRO, José Rodrigues. **Qualidade Total no Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.
- PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- POLETTI, Ronald. **Constituições Brasileiras: 1934**. v. III. 2. ed., Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras: 1937**. v. IV. 2. ed., Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- REINA, Cláudia Regina. **Judicialização da Política**. Disponível em: <<http://www.amaerj.org.br/Editorial/MontaHome.asp?qsTpl=artigos3b.tpl&qsCaminhoTpl=../tpl/>>. Acesso em 09 out. 2003.
- ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Trad. De Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- SANTOS, Marília Lourindo dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179>>. Acesso em: 17. nov. 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

- SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado Intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como Estratégia de Poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SILVA, Kelly Susane Alflen. **Hermenêutica Constitucional**. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Hermeneutica.doc>. Acesso em: 20 jul. 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SOARES, Marcos Antônio Striquer. *Sistema jurídico e teoria geral dos sistemas - aulas do professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior nos dias 12, 14 e 16/03/73 - Apostila do "Curso de Extensão Universitária" da Associação dos Advogados de São Paulo*. **Revista Jurídica da UniFil**, Londrina, v. 1, p. 207-215, 2004.
- SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela Jurisdicional Diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. **RT Informa**, n.º 44, jul./ago. 2006, p. 12.
- _____. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999,
- VEGAS, Jesús Luis Castillo. *Tres modelos posibles de relación entre la seguridad jurídica y la justicia*. **Crítica: Revista de Filosofía**. v. 9., n.º 29-30. abr./out. 2004. Londrina: UEL/CEFIL.
- VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. v. 2. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003.
- _____. **Causalidade e Relação no Direito**. 4. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. (Coord.) **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. v. 1. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZERNERI, Márcio Barbosa. **Ensino Jurídico: análise e perspectivas para um modelo atual – lições de ética e cidadania**. Londrina: EDUEL, 1998.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)