

As transformações do judiciário em face da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais

NAIARA SOUZA GROSSI*

ELISABETE MANIGLIA**

Resumo

O presente trabalho tem por escopo analisar as transformações pelas quais o judiciário passa a partir da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais. O Estado Democrático de Direito cunhado a partir do regramento normativo constitucional de 1988 faz erigir uma nova hermenêutica, qual seja, a hermenêutica constitucional. Para além do normativismo-positivista, essa hermenêutica constitucional irá atrelar valores à norma cujo principal e estruturante da própria ordem jurídica será o da dignidade da pessoa humana. A partir dessas modificações, os poderes públicos, o qual destacamos o judiciário, passam a ser imantados por esse imperativo ético, ou seja, o poder judiciário passa a ser uma importante ferramenta na concretização dos próprios direitos humanos fundamentais.

Palavras-chave: Hermenêutica constitucional; Estado Democrático de Direito; Dignidade da pessoa humana; Efetivação.

Abstract

The scope of this paper is to analyze the transformations which the judiciary is based on the need for enforcement of fundamental rights. The democratic state of the ruling coined from 1988 makes normative constitutional erect a new hermeneutic, which is the constitutional hermeneutics. Apart the normativism positivist, this constitutional hermeneutics will tow the standard values and structuring of the main legal order itself will be the dignity of the human person. From these changes, public authorities, which highlighted the judiciary, become magnetized by this ethical imperative, ie., the judiciary has become an important tool in achieving the very basic human rights.

Key words: Judiciary; Constitutional Hermeneutics; Democratic State of Law; Human dignity; Effective.



* **NAIARA SOUZA GROSSI** é Mestranda e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho" - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Bolsista-pesquisadora CAPES. Membro do NETPDH.

** **ELISABETE MANIGLIA** é Doutora em Direito pela UNESP e Professora adjunta da pós-graduação e da graduação da UNESP.

1. Introdução

O qualitativo “democrático” atribuído ao Estado de Direito brasileiro a partir do marco constitucional de 1988 traz, como principal consequência, a superação das exigências percebidas nos modelos estatais anteriores. Direitos e liberdades fundamentais historicamente conquistados, passam a integrar a práxis política dos poderes públicos no sentido de que suas garantias sejam efetivamente asseguradas com fulcro em uma modificação profunda na estrutura econômica e social. Destarte, a noção de Estado Democrático de Direito está, indissociavelmente, atrelada à realização concreta dos direitos fundamentais (STRECK, 1999, p. 37).

Por outro prisma, se as previsões constitucionais antes eram anunciadas apenas em caráter meramente formal, dependendo da prestação positiva do poder público, agora passam a ser objeto de tutela jurisdicional. Apresenta-se então, a principal característica do Estado Constitucional, e que, a partir da erigido do Estado Democrático de Direito brasileiro, torna-se objetivo primordial, na medida em que a própria Constituição Federal de 1988 revela-se ser uma forma privilegiada de se instrumentalizar a ação do poder público para consecução de seus próprios fins. Em outros dizeres, o poder judiciário passa a compor a arena política configurando uma alternativa na conquista das promessas da modernidade (STRECK, 1999, p. 37)

O presente trabalho, nesse sentido, tem por escopo investigar o poder judiciário frente às mudanças operadas pelo novo modelo estatal brasileiro, qual seja, o Estado Democrático de Direito, erigido a partir da Constituição Federal de 1988. Logramos ainda, proporcionar destaque para os contornos que a utilização da

via judiciária para efetivação dos direitos fundamentais (e para a própria concretização da democracia) inevitavelmente trazem a tona.

2. Superação paradigmática: apontamentos sobre os reflexos da evolução do modelo estatal liberal para um Estado de Direito

A análise da concepção e atuação do Poder Judiciário perpassa, necessariamente, pela investigação da superação paradigmática dos modelos estatais anteriores até o advento do Estado Democrático de Direito, isto porque há estreita ligação entre essas duas esferas. Cumpre ressaltar, todavia, que a referida análise será realizada no presente trabalho de forma a situar o leitor, em linhas gerais, neste panorama, sem maiores aprofundamentos metodológicos em razão, primordialmente, da extensão deste trabalho.

Historicamente, é possível identificar uma paulatina mutação na estrutura organizacional jurídico-política dos modelos estatais. Inicialmente concebido na forma Liberal de Direito, passando pelo Estado Social de Direito até atingir o formato que hoje conhecemos pelo Estado Democrático de Direito. Primeiramente, o Estado Liberal de Direito (construído a partir das Revoluções Francesa e Americana do século XVIII), institucionalizou o triunfo da burguesia e suas práticas comerciais sob as elites aristocratas, momento em que o Estado adquire feições abstencionistas (de prestação negativa), ou seja, a auto-regulação do mercado e economia imantam a regulação do próprio Estado que assume posição garantidora exclusivamente das liberdades individuais, traduzidos nos direitos humanos fundamentais de primeira geração (STRECK, 1999, p.

36). Assim surge o normativismo positivista de Hans Kelsen, que ao tentar acalmar os ânimos da ciência com sua Teoria Pura do Direito, restringindo epistemologicamente seu objeto de estudo na norma e da lei, acaba por ter sua teoria desvirtuada, havendo grande equívoco que sobrevive até os dias de hoje quando não raro equipara-se por vezes Direito e norma ou Direito e lei (KELSEN, 1999, p.97).

Outrossim, o Estado Social de Direito irá formalizar o capitalismo maduro, superando a postura inerte e abstencionista, inaugurando um período de intervenção nas relações econômicas da sociedade civil de modo que suas prestações positivas converteram-se em elemento crucial na produção e distribuição dos bens do capital (STRECK, 1999, p. 37). Surgem assim, os chamados direitos humanos fundamentais de segunda geração, traduzidos pelos direitos sociais. As atrocidades da segunda grande guerra trazem um imperativo ético negativo, ou seja, passa-se a vivenciar um sentimento que segundo Theodoro Adorno (ADORNO, 2005, p. 334), é traduzido por uma ética negativa: muito embora não se soubessem o que era desejável era necessário utilizar-se de todas as armas para que os horrores de Auschwitz não se repetissem. Eleva-se assim, como máxima categoria, o princípio da dignidade da pessoa humana possibilitando a todos, indistintamente, condições de desenvolver suas potencialidades em sociedade, de (res) significação do homem (sujeito) em comunidade, que não será mais visto enquanto coisa, mas sim pessoa, não podendo nunca ser utilizado como meio porquanto se traduz em um fim em si mesmo, vedando portanto, sua instrumentalização.

Este movimento teórico ficou conhecido como nova hermenêutica constitucional ou neoconstitucionalismo. O Direito passa a ser concebido antes de ser norma e lei, como valor. Segundo Pérez Luño, o que difere o Estado Liberal Clássico do que ele denomina de Estado Constitucional é um tríplice deslocamento do papel das normas constitucionais e infraconstitucionais, a saber: a) deslocamento do princípio da primazia da lei para o princípio da primazia da Constituição; b) deslocamento da reserva da lei à reserva constitucional; c) deslocamento do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da constitucionalidade (LUÑO apud CADEMARTORI, 2009, p. 43).

Esse processo de constitucionalização do Direito cede espaço a embates teóricos e filosóficos de grande relevância. O primeiro deles é desencadeado por Ferdinand de Lassale (1980, passim) e Konrad Hesse (1991, passim) sobre a força normativa da Constituição. A tese sobrevivente é aquela segundo o texto normativo constitucional possui uma força que lhe é inerente, preponderando no confronto com a realidade fática da sociedade sendo, ao mesmo tempo fator e produtor destas relações. Assim, ao mesmo tempo em que a Constituição emergiria dessa disputa, seria capaz igualmente de conformá-la.

Complementando, Friedrich Muller (2009, p. 244 e ss.) irá preceituar, através de sua Teoria Estruturante do Direito, que a força normativa de uma norma não estaria restrita à mera emissão do texto legal, mas se processa e concretiza durante sua interpretação e aplicação. Peter Häberle (1997, passim), na sequência, cria a sociedade aberta dos livres intérpretes da Constituição. Para o autor, no processo de formação da força normativa da Constituição, estariam potencialmente envolvidos todos os

indivíduos de uma sociedade, demonstrando que a concretização normativa dos preceitos constitucionais não dependeria exclusivamente de um grupo privilegiado de juristas – juízes, promotores e advogados.

De outro lado, Ronald Dworkin (2002, p. 23 e ss.), será o responsável por estabelecer os conceitos de princípio e regra como espécies do gênero norma, atrelando o valor ao Direito como imperativo ético (além da possibilidade de utilização dos princípios no que ele denominou de *hard cases*). Posteriormente, ao duelar em um debate com Hart (Cf. HART, 2002), que asseverou a discricionariedade do juiz ao criar o Direito, Dworkin estipula o conceito de direito como integridade, momento construtor da dignidade humana a partir da integração de processos e fatores diversos. Robert Alexy irá construir sua teoria da argumentação jurídica enquanto um limite à discricionariedade do aplicador do direito, aspirando pela correção e atrelando a moral ao Direito.

Assim emerge um novo modelo estatal, o Estado Democrático de Direito sua validade passa a depender da concretização dos direitos humanos fundamentais. Em face das mudanças operacionalizadas no campo econômico traduzidas pelas próprias demandas sociais coletivas, difusas e transindividuais (direitos humanos fundamentais de terceira geração), o qualificativo “democrático” irá impulsionar as exigências dos modelos anteriores para além, exigindo a práxis política dos poderes públicos no sentido de garantir, efetivamente, os direitos e liberdades fundamentais historicamente conquistados, visando uma modificação profunda da estrutura econômica e social. Em razão disto, a noção de Estado Democrático de Direito está

indissociavelmente ligada à realização concreta dos direitos fundamentais (STRECK, 1997, p. 37).

Neste contexto, as previsões constitucionais, antes enunciadas apenas em caráter formal e dependentes da prestação positiva do poder público, passaram a ser objeto de tutela jurisdicional. Em outras palavras, o Judiciário (sobretudo os Tribunais Constitucionais) passa a fazer parte da arena política – uma alternativa na conquista das promessas da modernidade.

3. As transformações do judiciário e a efetividade de direitos fundamentais

A afirmação histórica dos direitos humanos vêm, cada vez mais, refletindo na atuação do judiciário brasileiro. Desde que grupos sociais tradicionalmente colocados à margem do acesso à justiça, desbravaram o caminho dos tribunais, é crescente o número de conflitos sociais que deságuam perante o Poder Judiciário e, nesse sentido, não há mais como negar ser esta uma das importantes ferramentas para efetivação dos direitos humanos fundamentais e, conseqüentemente, da própria transformação social.

O Judiciário passa a ser simpático à abertura dessas demandas para subsidiar a defesa e aquisição de direitos, bem como, a construção do direito, “ampliando a esfera pública para além das instituições que gravitam em torno do voto.” Essa abertura acaba por permitir o alargamento da cognição de direitos, mas principalmente modifica a concepção do modelo tripartido das funções estatais, que de ingerência e incomunicabilidade traduzidas em uma “zona de conforto” dão lugar a uma intolerância com relação a omissão na efetivação de direitos.

Indubitavelmente a Constituição Federal de 1988 contribuiu para esse alargamento da função jurisdicional. Celso Fernandes Campilongo (2002, p. 30) identifica a consolidação da democracia como um fator de alargamento da importância do Judiciário, no mesmo sentido, José Eduardo de Oliveira Faria (2002, p. 52-53) aponta que o judiciário vem adquirindo maior visibilidade o que, apresentar-se-ia, como justificativa possível ao ineditismo decisório de exigir do Executivo maior respeito à ordem constitucional. O jurista alerta ainda para os desafios enfrentados ante a essa nova feição constitucional:

[...] esse poder também vem enfrentando o dilema de adaptar sua estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e suas jurisprudências às situações inéditas no âmbito de uma sociedade urbano-industrial profundamente estigmatizada pelas contradições econômicas, pelos antagonismos sociais e pelos paradoxos políticos; uma sociedade cujos conflitos cada vez mais exigem, dos legisladores e dos magistrados, tutelas diferenciadas, novos direitos sociais e a proteção de interesses difusos, fragmentados ou coletivos.

E completa (FARIA, 2002, p.53):

Como tendem a desafiar a rigidez lógico-formal do sistema jurídico em vigor, contrapondo uma racionalidade material à racionalidade formal tão cultivada pelas concepções legalistas e normativistas de inspiração liberal essas situações inéditas têm posto o Judiciário diante da necessidade de rever algumas de suas funções básicas. Estas, no âmbito de um aparelho burocrático com regras próprias de organização e de atuação específica desenvolvidas e aplicadas por um corpo de profissionais, já não conseguem

mais decidir conflitos mediante a simples aplicação de normas abstratas gerais e unívocas a casos concretos, restituindo os direitos violados e reprimindo seus respectivos violadores. Desde que grupos sociais tradicionalmente alijados do acesso a Justiça descobriram os caminhos dos tribunais, orientando-se por expectativas dificilmente amoldáveis às rotinas judiciais, utilizando de modo inventivo os recursos processuais e explorando todas as possibilidades hermenêuticas propiciadas por normas de 'textura aberta', como as normas-objetivo, as normas programáticas e as normas que se caracterizam por conceitos indeterminados, o Judiciário se viu obrigado a dar respostas para demandas para as quais não tem experiência acumulada nem jurisprudência firmada.

Todavia, esse (re) dimensionamento na articulação entre os três poderes, possibilitado ante a nova hermenêutica constitucional e até mesmo suas consequências perante a judicialização de direitos, perfazendo o Poder Judiciário enquanto uma via democrática para efetivação de direitos fundamentais, devem ser administrados com cautela. Desenvolvendo estudo intitulado *A tutela coletiva como pressuposto conformador do Estado Democrático de Direito brasileiro*, a mestre Talita Tatiana Dias Rampin (2011, p. 264-269) ainda alerta que assim como o Direito pode configurar um instrumento de emancipação, libertação, construção de uma sociedade autenticamente democrática ou de aprisionamento e dominação de uma elite sob a maioria; a atuação do judiciário "pode designar tanto uma relação para a postura conformista (servindo de instrumento ou técnica de dominação) como uma de conformação

(configurando um instrumento ou técnica de emancipação) a um projeto político de liberdade”.

Nesse sentido, Ronald Dworkin (apud. SIMONI 2011, p. 208) ao se referir a Constituição estadunidense irá dizer que ela “é a vela moral do barco norte-americano e temos de nos ater à coragem da convicção que encre essa vela: a convicção de que todos nós podemos ser cidadãos de uma república moral.” Assim os textos constitucionais não devem (e nem podem) ser concebido em escala hierárquica-formalista. Exigem, outrossim, uma leitura moral, uma vez que é a partir dessa leitura que a interpretação política e a própria atuação do Judiciário caminham para além do tecnicismo, em prol do comprometimento e efetivação dos direitos fundamentais.

4. Conclusão

Com o advento do Estado Democrático de Direito brasileiro, o imperativo de validade do Direito perpassa pela própria concretização dos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 assegura em texto normativo o respeito e efetividade desses direitos, estabelecendo inclusive que suas ações e relações internacionais serão pautadas pela observância dos direitos humanos.

Esse regramento positivado passa a imantar os demais Poderes Públicos e dentre eles o trabalho buscou destacar a atuação do Judiciário. A jurisdição passa então a ser vista não mais como o órgão destinado a proferir o direito mas verdadeiramente como órgão atuante na busca pela concretização da tutela almejada tendo na figura do magistrado seu maior expoente. A escolha pelo Poder Judiciário tem sua fundamentação calcada no aumento de demandas sociais perante a justiça, o que além de revelar novos atores sociais (com

grande destaque para os movimentos sociais), tem fomentado o acesso à Justiça.

Todavia, essa superação do paradigma jurídico lógico-formal de origem liberal, que tem no positivismo normativista de Hans Kelsen seu maior expoente, não é de fácil acontecimento. Alguns problemas ainda se revelam nessa (re) formulação necessária principalmente em decorrência da cooptação equivocada da teoria kelseniana que, ao propor uma pureza da norma e da lei acabou por confundir-se na pureza do próprio Direito. O judiciário ao se deparar com questões para além da mera aplicação formais legalista, não raras às vezes, tem obtemperado pelo predomínio do tecnicismo nas suas decisões proferidas.

Algumas alterações são notadas ao proferir decisões judiciais, o aumento da participação dos chamados ‘novos atores sociais’ que, cada vez mais, tem visto no Judiciário mais uma via de acesso à Justiça e efetivação de direitos, tem contribuído para isso. A noção de democracia tem se fortalecido e vem sendo ampliado, esse é um fator igualmente importante mas não basta. Ainda é preciso haver um comprometimento maior com o texto constitucional, reconhecendo o caráter político que imanta a decisão jurídica. Para além de uma atitude sintaxe ou semântica, de extração lógica; o Direito é verdadeiramente uma atitude interpretativa

Referências

BUONAMICI, Sérgio Claro. **Direito fundamental social à segurança pública**. Revista de Estudos Jurídicos da Unesp, a. 15, n. 21. 2011. p. 299-317.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e**

argumentação neoconstitucional. São Paulo: Atlas, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 30-51.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 52-67.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** 2. ed. Tradução de Gilmar

Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito.** Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **A tutela coletiva como pressuposto conformador do Estado democrático de direito brasileiro.** 350 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Ciências Humanas e Sociais. Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. 2011.

SIMONI, Rafael. **Ativismo ou passivismo judicial? O problema da legitimidade democrática das decisões jurídicas em Ronald Dworkin.** Revista de Estudos Jurídicos da Unesp, a. 15, n. 21. 2011. p.195-210.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.