

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL-MINTER UNISINOS/FACID
NÍVEL: MESTRADO**

EMÍLIO THIAGO DE CARVALHO GOMES

**A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUDICIALIZAÇÃO DO
COTIDIANO: ENTRE EFICIÊNCIA E REVISÃO DA RESPOSTA**

SÃO LEOPOLDO/TERESINA – PI

2014

EMÍLIO THIAGO DE CARVALHO GOMES

**A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUDICIALIZAÇÃO DO
COTIDIANO: ENTRE EFICIÊNCIA E REVISÃO DA RESPOSTA**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do Título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Orientador: Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes

SÃO LEOPOLDO/TERESINA – PI

2014

G633a **Gomes, Emílio Thiago de Carvalho.**
A atuação do Supremo Tribunal Federal e a
judicialização do cotidiano : entre eficiência e revisão da
resposta / Emílio Thiago de Carvalho Gomes. – 2014.
144 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do
Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito,
2014.

"Orientador: Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes."

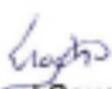
1. Poder judiciário e questões políticas – Brasil. 2.
Brasil. Supremo Tribunal Federal. 3. Acesso à justiça. 4.
Ação coletiva. 5. Função judicial. I. Título.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUDICIALIZAÇÃO DO COTIDIANO: ENTRE EFICIÊNCIA E REVISÃO DA RESPOSTA", elaborada pelo mestrando Emílio Thiago de Carvalho Gomes, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 10 de março de 2015.

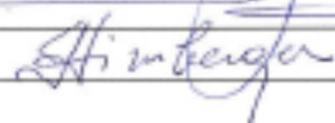

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Jose Luis Bolzan de Moraes 

Membro: Dr. Max Mötter 

Membro: Dr. Témis Limberger 

AGRADECIMENTOS

A Deus, por cuidar e zelar, sempre.

Ao Professor Doutor José Luis Bolzan de Moraes, um agradecimento muito especial pela oportunidade ofertada e pelas horas de profícua e prazerosa convivência. As lições recebidas extrapolaram as linhas deste trabalho e serão lembradas por toda vida.

Ao Professor Doutor Wilson Engelmann, pela disponibilidade, receptividade e pelos ensinamentos.

Aos amigos da Universidade Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), que proporcionaram um campo propício ao debate, aprendizado e efetivação do Direito.

Àqueles que me apoiam em todas as jornadas, meus pais, meus irmãos e a minha namorada, muito obrigado!

“Dizem que a vida é para quem sabe viver, mas ninguém nasce pronto. A vida é para quem é corajoso o suficiente para arriscar e humilde o bastante para aprender.”

Clarice Lispector

RESUMO

O presente trabalho analisa a judicialização do cotidiano, no que toca aos exames de temas vinculados aos diversos ramos do direito. Com uma análise crítica da efetividade do direito e da aplicabilidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal. Tudo isto, em um ambiente de crises, seja a crise conceitual, a crise de representatividade ou política, a crise estrutural, com surgimento de novos riscos globais e a crise funcional, e de como tais situações fáticas - jurídicas proporcionaram movimentos de efetivação da cidadania e de busca pelo “guardião das promessas democráticas”. Neste contexto, surge a problemática da implementação e efetividade dos direitos sociais, revolvendo-se essa responsabilidade ao Poder Executivo como garantidor das políticas públicas. O que permitirá mostrar a importância do Supremo Tribunal Federal no desenvolvimento da história institucional do Brasil, com a respectiva aplicação de modelo interpretativo de concretização dos direitos sócio-fundamentais. Para determinar o alcance das atribuições do Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição e das leis, com o objetivo de compreender como a “judicialização do cotidiano” acentua a atuação do Supremo Tribunal Federal, a partir de uma (re)significação do acesso à justiça, decorrente da presença de Estado Social e Democrático de Direito, como modelo de efetivação pública dos valores coletivos, por instrumento das ações coletivas na concretização dos direitos sócio-fundamentais. Assim, apresenta-se uma análise de aspectos contemporâneos do processo constitucional, da decisão judicial, sob duplice aspecto de como “dizer/fazer” com efetividade, para (re)construir o processo constitucional sob a perspectiva liberal e neoliberal, no âmbito da necessidade de efetividade dos direitos fundamentais, visto que, por conta dessa crescente judicialização proliferou um discurso de efetividade compreendida como eficiência e, assim, deu-se prevalência a uma justiça de números, despreocupada com a qualidade (com o aspecto material) das decisões judiciais. E ao final, o trabalho irá analisar a efetividade dos direitos fundamentais por meio de uma teoria da decisão, ou seja, de um controle substantivo da decisão judicial, de maneira a utilizar o princípio do não retrocesso como parâmetro garantidor da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais, em um ambiente de judicialização do cotidiano.

Palavras-chave: Judicialização do Cotidiano, Acesso à Justiça, Supremo Tribunal Federal, Individualismo/Ações Coletivas, Prestação Jurisdicional Eficiente, Adequada e Efetiva.

ABSTRACT

This paper analyzes the legalization of everyday life, with regard to examinations of topics related to different areas of law. With a critical analysis of the effectiveness of the law and the applicability of the standard by the Supreme Court. All this, in an environment of crisis, is the conceptual crisis, the crisis of representation and policy, structural crisis, with the emergence of new global risks and functional crisis, and as such factual situations - provided legal movements of effective citizenship and search for "guardian of democratic promises." In this context, the issue of implementation and effectiveness of social rights arises, stirring up this responsibility to the executive branch as a guarantor of public policies. What will show the importance of the Supreme Court in the development of the institutional history of Brazil, with its application of interpretative model of delivering social-fundamental rights. To determine the scope of the powers of the Supreme Court, as the greatest interpreter of the Constitution and laws, with the goal of understanding how the "judicialization of the daily" stresses the role of the Supreme Court, from a (re) signification access to justice, due to the presence of Social and Democratic State of Law as public enforcement of collective values model, by means of collective action in achieving social and fundamental rights. Thus, we present an analysis of contemporary aspects of the constitutional process, judicial decision, under the twofold aspect as "say / do" with effectiveness, to (re) build the constitutional process under the liberal and neoliberal perspective, in the context of the need effectiveness of fundamental rights, since, on account of this growing legalization proliferate effectiveness of a speech understood as efficiency and thus gave prevalence to a justice of numbers, unconcerned with the quality (with the material aspect) of judgments. And in the end, the paper will analyze the effectiveness of fundamental rights by a decision theory, ie, a substantive control of the court decision, so using the principle of non-retrogression parameter as guarantor of legal security and stability of social relations, in an environment of the legalization of everyday life.

Keywords: Legalization of Everyday Life, Access to Justice, Supreme, Individualism/Collective Actions Federal Court Efficient, adequate and effective adjudication.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	ASPECTOS INICIAIS PARA UMA ADEQUADA COMPREENSÃO DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DO COTIDIANO	14
2.1	Evolução histórica da atuação do Supremo Tribunal Federal: demonstrando aspectos que contribuíram para a judicialização do cotidiano	31
2.2	(Re)Significando o acesso à justiça em um ambiente de judicialização do cotidiano	41
3	DESENHO INSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: RACIONALIZANDO A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	53
3.1	Da tensão entre os poderes à crise da jurisdição: (re)estruturando um modelo meramente formal de acesso à justiça	63
3.2	Expansionismo do fenômeno da judicialização do cotidiano como consequência da exagerada procura ao poder judiciário	74
4	PROCESSO CONSTITUCIONAL, DECISÃO JUDICIAL E URGÊNCIA: ENTRE O DIZER (DECISÃO JUDICIAL) E O FAZER COM EFETIVIDADE	79
4.1	(Re)construindo o processo constitucional sob a perspectiva liberal e o discurso teórico da decisão judicial	91
4.2	A reforma neoliberal: da necessidade de efetividade dos direitos fundamentais	103
5	CONSTITUIÇÃO E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE	109
5.1	A efetividade dos direitos fundamentais por meio da resposta adequada à Constituição	113
5.2	E quando a resposta do Supremo Tribunal Federal é pior que a anterior? (Re)significando o princípio do não retrocesso na judicialização do cotidiano	118
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	127
	REFERÊNCIAS	137

1 INTRODUÇÃO

A escolha do tema justifica-se por fazer uma abordagem de atuação positiva do Supremo Tribunal Federal, com um crescente envolvimento nas questões sociais, abandonando, progressivamente, o positivismo jurídico Kelseniano. Agora, o Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro se caracteriza uma instituição central à democracia quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social.

Essa mudança verificada no Supremo Tribunal Federal, contudo, não tem sido operada de forma tranquila e sob um confortável consenso, enquanto guardião da Constituição, deve se ter claro que a Constituição, como documento jurídico-político, está submersa em um jogo de tensões e poderes, o que não pode significar como querem alguns, a sua transformação em programa de governo, fragilizando-a como paradigma ético-jurídico da sociedade e do poder, ao invés de este se constitucionalizar, pondo em prática o conteúdo constitucional¹.

Assim, é necessária a discussão da “judicialização do cotidiano” a partir das possibilidades de construção de uma decisão judicial efetiva e adequada a Constituição, em que o Supremo Tribunal Federal é o palco privilegiado para o debate democrático-participativo.

Inevitável, portanto, a tendência ao estabelecimento de uma linha de tensão nas relações entre o Judiciário, de um lado, e o Executivo e o Legislativo, de outro, entre a filosofia política da Carta de 1988 e a agenda neoliberal. Uma tensão qualificada pelo surgimento da judicialização do cotidiano, presente na explosão da demanda por jurisdição.

Pretende-se rever, sob uma nova ótica, o sistema de jurisdição constitucional brasileiro, demonstrando-se a existência de uma nova arena para as controvérsias entre princípios e valores. De como a transformação dos conflitos significou a tentativa de extrair o tema da justiça social da arena livre da sociedade civil, dos partidos e do Poder Legislativo, compreendendo-o com um feito a ser regulado pelo Poder Judiciário, de cuja intervenção dependeria uma convivência harmoniosa dos interesses divergentes².

Nesta perspectiva, novos processos sociais têm provocado a emergência de conflitos coletivos, próprios do contexto da globalização, em que “a produção, o consumo e a

¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e teoria do estado**. 7. ed., 2. tir.- Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 153.

² WERNEK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Plácidos Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 15-17.

distribuição apresentam proporções de massa”, gerando, como sustenta Cappelletti, fenômenos de massificação da tutela jurídica³.

Tal contexto institucional, além de expressar um movimento de judicialização do cotidiano, tem dado origem a um novo personagem: os magistrados e os membros do Ministério Público, verdadeiros “Guardiães das promessas”, na qualificação de Garapon.

Assim, tal processo não seria conjuntural nem de base local, mas universal e inteiramente articulado à própria dinâmica das sociedades democráticas, cuja escalada de demandas dirigidas ao Supremo Tribunal Federal não se explicaria apenas pelas facilidades introduzidas na forma de acessá-lo: “a explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social”⁴.

O que necessariamente leva as seguintes reflexões: ao Supremo Tribunal Federal somente caberia um papel “ofensivo”, para a criação de uma jurisprudência constitucional que venha a garantir autenticidade democrática, de modo que, as questões postas ao crivo jurisdicional (de mais acesso à justiça) e que estas sinalizam para uma judicialização do cotidiano, e assim afirmar que há uma tendência para a eficiência e/ou efetividade das suas decisões judiciais? De fato, a judicialização do cotidiano pode significar a delegação da vontade do soberano um corpo especializado de juristas na interpretação do direito para a manutenção de um Estado que se constitucionaliza como social sendo atribuído ao Poder Judiciário a legitimidade de poder de garantia, em face das omissões políticas? Dividir-se entre ser eficiente e ser efetiva é a marca contemporânea da jurisdição. A pergunta que fica é se ainda é possível resgatar sua inteireza? Todavia, é certo opor eficiência e efetividade? Afinal, a rapidez da Justiça, em nome da eficiência, deve ser um fim em si mesmo? Ou antes dela, a preocupação deverá ser com a efetividade em termos substanciais?

A judicialização do cotidiano, na verdade, é um fenômeno que está envolvido por uma transformação cultural profunda pela qual passou os países que se organizam politicamente em torno do regime democrático. Ademais, há fatores políticos que condicionam o grau de judicialização vivenciado por uma dada sociedade. Dentre esses fatores, podemos mencionar: a) o grau de (in)efetividade dos direitos fundamentais (núcleo compromissório da Constituição); b) o nível de profusão legislativa com o conseqüente aumento da regulamentação social; c) o nível de litigiosidade que se observa em cada sociedade. Na medida em que aumentam os indicadores de (in)efetividade dos Direitos Fundamentais, os índices de produção legislativa, e da litigiosidade social, também aumentará o nível de

³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 53.

⁴ GARAPON, Antonie. **Le gardien de promesses**, Paris, Ed. Odile Jacob, 1996, p. 22.

judicialização (daí que, falar de uma paradoxal “inexorabilidade contingencial”): por um lado a judicialização é inexorável, produto do próprio modelo político vivenciado contemporaneamente⁵.

A partir disso, várias questões que anteriormente eram discutidas apenas no campo político, tornaram-se passíveis de intervenção judicial. Tal fato ampliou a esfera de atuação do Poder Judiciário e trouxe um aumento significativo dos limites da discricionariedade do legislador ordinário, agora vinculado aos objetivos dos programas constitucionais e também aos limites impostos pelos próprios direitos fundamentais⁶.

A principal consequência percebida nesse diapasão foi o aumento (ou acúmulo) das funções institucionais do Poder Judiciário. A Constituição dirigente de 1988, além de aumentar essa demanda por novos direitos, estabeleceu um superlativo mecanismo de controle de constitucionalidade, que compreende tanto a tradição norte-americana (controle difuso/concreto) quanto a europeia (controle concentrado/abstrato) de modo que o segundo modelo, cuja jurisdição é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, tem levado esse órgão – por meio de seus procedimentos (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e mandado de injunção) – a desempenhar uma função jurisdicional, carregando consigo a última palavra nas questões de interpretação constitucional⁷.

Extrai-se, entretanto, a percepção de que os modelos de controle norte-americano, alemão, espanhol e argentino se ocuparam em estabelecer institutos processuais com suas peculiaridades com a função de “filtro” procedimento restritivo do acesso generalizado e irrestrito a suas cortes constitucionais; como meio de preservar a operacionalidade e a “dignidade material” dessas organizações judiciárias. Nesse particular, a repercussão geral surgiu ante a necessidade de um eficiente “filtro recursal” para preservar a operacionalidade decisória do Supremo Tribunal Federal, e nisso se assemelha com o *Writ of certiorari*, a *Verfassungsbeschwerde*, o recurso de amparo e o *certiorari* da Argentina.⁸

Assim, pesquisar sobre o Supremo Tribunal Federal, enquanto Tribunal de Federação é de suma importância para o ordenamento jurídico constitucional, bem como, para a cultura jurídica e a cidadania. Instituído para assegurar a supremacia da Constituição e do direito

⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo**: percursos para uma necessária diferenciação. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Artigo apresentado à ABDconst como conclusão de pesquisa realizada no âmbito do Grupo de Estudos Nacionais, biênio 2010-2011, p. 282.

⁶ Idem, ibidem, p. 276.

⁷ Idem, ibidem, p. 277.

⁸ VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhman**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 91.

federal, visando controlar jurisdicionalmente os atos dos poderes legislativo e executivo, para que atuem dentro da legalidade, chega a seu sesquicentenário em condições difíceis, em razão da judicialização das relações sociais.

O que gerou as constantes referências às crises (conceitual, estrutural, constitucional, funcional e política) da República Federativa do Brasil, principalmente, por séculos de exploração, colonialismo, de ditadura, que redundaram no atual estágio de país emergente ou subdesenvolvido.

Tudo isto, em um ambiente de crises, seja a crise conceitual advinda da “globalização infeliz”,⁹ a crise de representatividade ou política, a crise estrutural, com surgimento de novos riscos globais e a crise funcional proporcionaram movimentos de efetivação da cidadania e de busca pelo “guardião das promessas democráticas”.

Nesta perspectiva, o presente trabalho analisa a judicialização do cotidiano, com uma análise crítica da efetividade do direito e da aplicabilidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal.

Espera-se, antes de tudo, um enfoque pragmático-teleológico, que o instituto da repercussão geral, seja utilizado, tão somente, como parâmetro de estudo e análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, de modo a produzir efeitos positivos no campo da redução quantitativa de recursos.

Tal cenário possibilitará outros reflexos benéficos, no aspecto socioeconômico e jurídico, com a consolidação do recurso extraordinário como instrumento efetivo da prestação objetiva da jurisdição constitucional.

Com efeito, com a adoção desse novo sistema implicará restrições ao acesso individual dos jurisdicionados à jurisdição constitucional pelo recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, sendo que este restringirá funcionalmente parte de seu poder revisional, no que tange a questões de alcance unicamente subjetivos (individuais).

Todavia, o que deve ser ressaltado, por uma questão de coerência, é que no momento da análise da definição do acesso à justiça, como acesso a um processo justo, não se pode deixar de ter em mente a organização peculiar desenvolvida historicamente na conformação do Poder Judiciário brasileiro.

Este quadro atual nos conduz a uma reflexão que deve ser caracterizada pelo abandono às pretensões teóricas que geraram um acesso meramente formal à jurisdição, que não se traduziram em efetividade material do direito-garantia do acesso à justiça.

⁹ A expressão é de Jacques Chevallier, utilizada no livro “O Estado Pós-Moderno”.

No campo decisório ligado ao controle difuso de constitucionalidade, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos recursos extraordinários, as decisões se configuram de modo mais abrangente como prestações dirigidas ao sistema da sociedade, cuja falta de efetividade tem gerado inquietantes irritações em outros sistemas sociais.

Tais irritações estão ligadas principalmente à morosidade das prestações decisórias do sistema jurídico. O que não restringe ao campo da jurisdição constitucional, mas tem nela um de seus principais focos e entre estes sobressai o recurso extraordinário em sua conformação subjetivada.

Assim, abordar-se-á, no primeiro capítulo, a judicialização do cotidiano, a questão do acesso à justiça em ações coletivas, precipuamente, na tutela de direitos difusos, no âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal. No segundo capítulo a crise da jurisdição, estabelecendo-se a diferença entre eficiência e prestação jurisdicional adequada e efetiva, para analisar o processo na perspectiva liberal e neoliberal, o caráter efetivo da norma jurídica enquanto resposta adequada, o que permitirá mostrar a importância do Supremo Tribunal Federal no desenvolvimento da história institucional do Brasil, bem como, da evolução hermenêutica de aplicação dos princípios constitucionais com a explicitação do respectivo modelo interpretativo de concretização dos direitos sociais-fundamentais, através da tarefa eminentemente construtiva¹⁰ de seus magistrados.

Assim, no terceiro capítulo, passa-se a analisar a amplitude e dinamismo da construção jurisprudencial da atividade constitucional do Supremo Tribunal Federal. Para compreender o processo constitucional, a decisão judicial, sob dúplici aspecto de como “dizer/fazer” com efetividade, para (re)construir o processo constitucional sob a perspectiva liberal e neoliberal, no âmbito da necessidade de efetividade dos direitos fundamentais.

¹⁰ Para uma melhor compreensão do fenômeno da judicialização do cotidiano, é necessário instituir de forma correta o elemento que marca a linha divisória que separa a judicialização do cotidiano do ativismo. Com efeito, depois de uma análise minuciosa do modo como a sociedade contemporânea acabou por produzir esse espaço de judicialização, Garapon assevera o seguinte: “o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de travar.” (GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Tradução Maria Luiza de Carvalho.- Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2. ed. 1998, p. 54). De forma mais clara, é aqui que aparece o ponto decisivo que diferencia ativismo de judicialização: aquele é dependente de um ato de vontade; este é contingencial, condicionado pelo sistema político. Para melhor compreensão do leitor, é necessário compreender a distinção entre judicialização da política e ativismo, visto que, já delineado os elementos essenciais e caracterizadores da judicialização do cotidiano. Assim, Lenio Streck afirma: [...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que surge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...]). (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589).

O quarto capítulo irá analisar a efetividade dos direitos fundamentais por meio da resposta adequada à Constituição, de maneira a utilizar o princípio do não retrocesso como parâmetro garantidor da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais, em um ambiente de judicialização do cotidiano.

2 ASPECTOS INICIAIS PARA UMA ADEQUADA COMPREENSÃO DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DO COTIDIANO

A necessidade de analisar e compreender a temática da judicialização do cotidiano sob um aspecto crítico é imprescindível para tentar enfrentar e desenvolver os grandes temas políticos¹¹ contemporâneos e de como isto tem propiciado variadas reflexões sobre o aprimoramento da jurisdição constitucional brasileira e o seu significado efetivo para a sociedade contemporânea, sendo que suas repercussões afetam os tribunais e a magistratura, os juízes e o seu papel.

Com isso, a necessidade de ser repensada a atuação do “Sistema de Justiça”, precipuamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal em razão das peculiaridades da experiência brasileira na matéria, tendo em vista a profunda mudança de seu status e papel no contexto do(s) constitucionalismo(s) e sua emergência privilegiada como espaço de enfrentamento dos grandes temas contemporâneos, com uma necessária adequação destes procedimentos ao princípio democrático.

Sendo assim, é necessário inaugurar uma nova fase para a função jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, a começar por sua tarefa de controle de constitucionalidade e, nesta, na sua respectiva atuação. Ou seja, é preciso que a jurisdição constitucional fomente a participação cidadã¹² por meio da qual possa veicular a possibilidade de construção efetiva de

¹¹ No contexto atual, já não nos causa surpresa quando nos depararmos, durante uma simples leitura de jornal, com uma notícia que dê conta de alguma intervenção do judiciário no âmbito da política, da sociedade e, até mesmo, da ciência (v.g. ADI n. 3510). Um fato interessante pode ilustrar essa afirmação. No dia 25.04.2011, o jornal Folha de São Paulo, no caderno “Poder”, divulgou a seguinte nota: “STF julga a quem pertence vaga de suplente”. Trata-se, no caso, de resolução de imbróglio jurídico para o preenchimento de 24 vagas de suplente para a Câmara dos Deputados, situação litigiosa que acaba por ser discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal numa discussão que envolve a interpretação adequada do sistema político-eleitoral previsto pela Constituição. No julgamento da citada ADI n. 3510, por exemplo, o tribunal foi chamado a atuar num campo no interior do qual se discutiam “as verdades da ciência” sobre a vida e a pesquisa biológica. Neste caso, o debate acerca das “verdades da ciência” e das (in)certezas a respeito das pesquisas científicas, judicializou-se. (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo**: percursos para uma necessária diferenciação. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Artigo apresentado à ABDconst como conclusão de pesquisa realizada no âmbito do Grupo de Estudos Nacionais, biênio 2010-2011, p. 267-268).

¹² Não há como não contemplar a hipótese de participação da sociedade civil no STF possibilitada com a realização das Audiências Públicas. O mecanismo é um das tais evoluções que a comunidade jurídica esperava após o rompimento pró democracia chegado junto com a Constituição de 1988, dando continuidade ao alargamento dos legitimados para propor ações de controle concentrado de constitucionalidade e afirmando mais do que nunca a tese de Peter Haberle da Sociedade Aberta aos Intérpretes da Constituição. É necessária a crítica para que se construam mecanismos de maior credibilidade e de critérios democráticos no que se refere à convocação dos participantes. (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **A jurisprudencialização da Constituição**: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado n.10/Org. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. São Leopoldo: Unisinos, 2013, p. 118).

uma sociedade justa, solidária e apta a responder aos dilemas contemporâneos em sua complexidade.

Tudo isso se dá em um contexto de judicialização do cotidiano com um sentimento de persuasiva exigência da legalidade,¹³ ante a crise e a insuficiente satisfação de interesses reconhecidos, necessário se faz uma redemocratização no acesso efetivo aos meios jurisdicionais com um fortalecimento da cidadania, transformando a jurisdição constitucional em lócus privilegiado para o tratamento de conflitos.¹⁴

Nesse sentido, vale destacar as lições de Jacques Chevallier¹⁵:

O domínio do direito se estende sempre mais nas sociedades contemporâneas: os textos proliferam, cobrindo domínios cada vez mais extensos e diversificados da vida social; e as disposições que eles comportam são mais e mais precisas e detalhadas. Parece que se assiste a uma “juridicização” crescente das condutas, a norma jurídica tornando-se o vetor privilegiado de enquadramento e de orientação das atividades individuais e coletivas. Esse movimento foi considerado durante longo tempo como o subproduto do surgimento do Estado-Providência: concebido como um instrumento ao serviço do Estado, servindo à realização das políticas públicas, o direito foi demandando a seguir a dinâmica da expansão estatal; mas ele se configurava não mais do que um direito instrumentalizado, tendo perdido alguns de seus atributos essenciais.

Chevallier expõe que, a crise do Estado-Providência¹⁶, longe de configurar uma rejeição, proporcionou muito ao contrário um movimento de retorno ao direito, de que

¹³ No que tange especificamente à constante expansão legislativa sobre o texto constitucional, Paulo Bonavides assevera que estamos vivendo um novo período de crise constituinte em face do descrédito a que são submetidas a regras constitucionais tendo em vista a postura dos poderes da república. Este descrédito, que gera uma baixa densidade normativa do texto constitucional, propicia aos manipuladores do poder central a possibilidade de, à socapa das instituições democráticas, implementar um golpe de Estado que vive permeado de legitimidade, derrocando o País a uma situação de neocolonialismo, em que o colonizador é o capital estrangeiro (globalizador). (BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial, a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23).

¹⁴ Diante de tal contexto, o Estado democrático de Direito não só é o lócus privilegiado para o “acontecimento” da Constituição dirigente, como é seu correlato necessário. A Constituição dirigente é o fundamento de legitimação política do Estado democrático de Direito, garantindo força normativa a seus elementos e princípios - além dos direitos fundamentais individuais e sociais - conferindo-lhes caráter vinculante (político e juridicamente) e estabelecendo mecanismos de reinvidicação pela efetivação desses elementos normativos via poder judiciário, através de um superlativo mecanismo de controle de constitucionalidade. (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo**: percursos para uma necessária diferenciação. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Artigo apresentado à ABDconst como conclusão de pesquisa realizada no âmbito do Grupo de Estudos Nacionais, biênio 2010-2011, p. 276).

¹⁵ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum. 2009, p.125-126. Título Original: L'État post-moderne.

¹⁶ Partindo do questionamento acerca das crises do/no Estado, como projeto político-jurídico moderno, enfrentamos os dilemas internos ao Estado, sobretudo naquilo que se refere às relações que se estabelecem no interior de sua estrutura organizativa funcional, pontualmente na perspectiva da atuação de seu sistema de justiça e, com isso, dos reflexos incidentes no/para o processo democrático em um contexto, também, de

testemunha eloquentemente o sucesso do Estado de Direito, que envolve uma nova explosão jurídica.¹⁷ Sem dúvida, a regulamentação herdada do Estado-Providência foi objeto, a partir do fim dos anos 1970, de rudes ataques: mas, paradoxalmente, essa crítica foi benéfica, porque revigorou a visão liberal de um direito a serviço da liberdade e concebido como dispositivo de proteção contra o Estado; e o impacto concreto das políticas de desregulação foi, no final das contas, limitado, o declínio de certas formas de regulamentação tendo sido mais do que compensado pela emergência de novos suportes e de novos terrenos de regulamentação. Nessa sociedade de direito, o movimento de expansão do direito (juridicização) é acompanhado por uma transformação do conteúdo do direito (hipersubjetivização).¹⁸

Indaga-se se está aí a suficiente explicação da revolução judicial?¹⁹ Para alguns não, desde que a democracia brasileira sofreu profundas alterações entre governantes e governados, entre representantes e representados, com perspectivas de sua consolidação. Vários desacertos estavam presentes devido aos desentendimentos entre partidos e interesses, a polarização ideológica.

Neste contexto, os princípios jurídicos e as chamadas cláusulas gerais são chamados a remediar a situação que se instala diante desse caótico quadro apresentado pela legislação e pelas demandas sociais que são levadas aos montes para apreciação do Supremo Tribunal Federal. Não é necessário que o legislativo dê conta de todas as minúcias que a vida social nos impinge no dia-a-dia. Aliás, é exatamente por seguir um rumo de hiper-legislação, inflando as matérias a serem “normatizadas” que abastece o fenômeno da judicialização do cotidiano, o que provoca, no mais das vezes, efeitos deletérios.

Ao lado dessa crescente regulação da vida privada, também no que concerne a novíssimas dimensões da experiência social, cujos exemplos poderiam ser a dramática ampliação do consumo juvenil de drogas ou, de uma perspectiva mais positiva, a universalização de uma consciência ecológica, o direito vem expandindo sua capacidade

fragmentação e de fragilização de sua potência, e, ainda, de insuficiência /deficiência e de impossibilidade de/para realização de seus fins (função social, em sentido genérico). (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O estado constitucional**: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / Org. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2010, p. 148-149.

¹⁷ Idem, ibidem, p. 126.

¹⁸ Idem, ibidem, p.125-126.

¹⁹ A revolução judicial aqui se refere ao descrédito da classe política, perante a opinião pública, atingindo os meios de comunicação, com o despertar de uma difusa e popular procura de legalidade. Os juízes haviam destacado a nova e persuasiva exigência da legalidade da justiça e da moralidade pública, com objetivo de desenvolver e reestruturar a República, dotando-a de novas personalidades, novas regras do jogo e novos princípios de legitimação.

normativa, armando institucionalmente o judiciário de meios e modos para o exercício de uma intervenção nesses planos.²⁰

Enfim, a essa crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização do cotidiano, caracterizado pela incapacidade de o Executivo e o Legislativo fornecerem respostas efetivas à explosão das demandas sociais por justiça.²¹

A crise do Welfare State nos países de democracias consolidadas seria apenas uma das manifestações de um processo mais amplo, traduzindo-se em um deslocamento da centralidade do Legislativo como principal agente da iniciativa e da produção de leis em favor do Executivo, o qual, por sua vez, abandonaria as funções de administração do bem-estar, sendo progressivamente alçado à condição de uma agência tecnoburocrática que responde, de forma contingente e arbitrária aos reclames sociais.²²

Assim, sem a completa compreensão desses pressupostos de base, é difícil entender porque precisamente a magistratura perde sua presumida neutralidade, para “politizar-se”, contribuindo para situações de crise, que constituem a estrutura mesma do sistema político.

Até que ponto a magistratura pode ocupar o centro e a base das crises políticas, institucionais e constitucionais, tem sido tema de indagações recentes principalmente no que se refere à jurisdição constitucional.

Desenvolvendo a temática, José Alfredo de Oliveira Baracho²³ afirma que:

Passou-se a destacar a intrínseca, profunda e multifacética politicidade da função jurisdicional. Convém lembrar a crise operada na radicalização dos princípios da legalidade e da separação dos poderes, na cultura política e jurídica do Estado moderno, corolário da neutralidade e da terceriedade do juiz. Deste entendimento resulta a importância da cultura jurídica aberta ao intercâmbio interdisciplinar. Os Estados contemporâneos, de nossas sociedades complexas, consistem em processos decisórios e interações nacionais e supranacionais que as demandas, necessidades e oportunidades insatisfeitas são tratadas. Interesses, pretensões e conflitos são arbitrados, possibilitando legitimações e responsabilidades constitutivamente distintas e separadas, por ascendência política, burocrática, jurisdicional, comparativa ou profissional, vêm sobrepôr-se ao interceder sobre os papéis dos respectivos intérpretes. O núcleo essencial de tais formações são os “cidadãos”. Ocorre a interpenetração constante e difundida entre Estado e sociedade, entre Estado e mercado ou mercado e sociedade. A previsão de

²⁰ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Plácidos Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Jurisdicionalização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 149.

²¹ Idem, ibidem, p.149.

²² Idem, ibidem, p. 149.

²³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 569-571.

um mercado e sua organização e regulação configuram-se como opções específicas do Estado. Os objetos de negociação política e normativa se convertem em procedimentos decisórios sucessivos, reguladores e adjutórios que afetam os poderes privados e as autoridades públicas, em escala nacional e supranacional.

A emergência de uma postura ativa/positiva (de transformação da realidade social) da jurisdição constitucional corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias, da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade. Daí que, para Antonie Garapon, “a justiça se torna um lugar em que se exige a realização da democracia”.²⁴

Assim, a jurisdição constitucional judicial, própria do Supremo Tribunal Federal, visa à realização dos “princípios fundamentais”²⁵ sobre os quais se assenta a organização do sistema republicano e democrático, adotada pela Constituição. O paradigma jurídico não deve ter apenas orientação formalista e instrumental, encerrada nas dimensões tecnológicas do direito. O tribunal é poder, tem poder, exerce poder, comparte poder, governa e cogoverna. Não se trata de uma absorção de outros poderes pelo judiciário, nem de uma quebra da tripartição divisória.

Corporifica-se na função de administrar a justiça, ou seja, a justicialidade nas questões em que a Constituição lhe habilita para tal. Para tanto, basta verificar algumas das principais decisões do Supremo Tribunal Federal, a saber: aquela referente à utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisas científicas (ADI 3.510/DF), que reconheceram a qualificação constitucional das uniões homoafetivas como uniões estáveis (ADI 4.277/DF e

²⁴ GARAPON, Antonie. **Le gardien de promesses**, Paris, Ed. Odile Jacob, 1996, p. 45.

²⁵ Existe uma distinção lógica apartando os princípios das regras jurídicas. As regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira, o suporte fático hipotético, o *tatbestand* se verifiquem em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser ela aplicada. Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam. Se a regra define que um testamento não é válido do senão quando assinado por três testemunhas, não é possível tomar-se como válido um testamento firmado por apenas duas testemunhas. Quanto aos princípios, a circunstância de serem próprios a um determinado direito não significa que esse direito jamais autorize sua desconsideração. Assim, os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Com efeito, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Esta valoração, evidentemente, não é exata e, por isso, o julgamento a propósito da maior importância de um princípio, em relação a outro, será com frequência discutível. As regras não possuem tal dimensão. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida. E a decisão a respeito de qual delas o é e qual deve ser abandonada há de ser tomada atendendo-se a considerações alheias a elas. (DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**, II ed. Duckworth, London, 1978, p. 22-26).

ADPF 132/RJ), que vedaram a prática do nepotismo (ADPF 12/DF), que asseguraram o primado da liberdade de manifestação do pensamento, com a rejeição da Lei de Imprensa editada durante o regime militar (ADPF 130/DF), que afastaram a norma legal que proibia o uso do humor como instrumento de propaganda eleitoral (ADI 4.451/DF) e que regularam, em sentença de perfil tipicamente aditivo os requisitos legitimadores do processo de demarcação de terras indígenas (Pet 3.388/RR).

Analisando o tema, o Ministro Celso de Mello²⁶, na solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres Britto na Presidência do Supremo Tribunal Federal, em 19/04/2012, assim descreveu:

Não se desconhece, Senhor Presidente, que a autoridade da Constituição Federal muitas vezes é transgredida por omissões dos Poderes da República, que se abstêm, sem causa legítima, de editar atos exigidos por nossa Carta Política, o que vem a frustrar o exercício, pelos cidadãos, de direitos e garantias fundamentais que lhes foram atribuídos pelo ordenamento constitucional. Coloca-se, nesse ponto, a grave questão – de que esta Suprema Corte tem inteira percepção – pertinente ao inaceitável desprezo pela Constituição decorrente de comportamentos estatais omissivos que, para além de seu absoluto desvalor jurídico, ferem, por inércia, a autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado e vulneram a própria noção de sentimento constitucional que representa, na sempre lembrada lição do saudoso Professor Raul Machado Horta, o reconhecimento de que a adesão à Constituição espraia-se na alma coletiva da Nação, gerando, em razão do acatamento popular, formas difusas de obediência constitucional. Quando se registram omissões inconstitucionais do Estado, sempre tão ilegítimas quão profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, notadamente a desta Corte Suprema, para suprir incompreensíveis situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro. Nem se alegue, em tal situação, a ocorrência de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva construção jurisprudencial ensejadora da possibilidade de exercício de direitos proclamados pela própria Carta Política, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes vulnerada e desrespeitada por inadmissível omissão dos poderes públicos. Em uma palavra, Senhor Presidente: práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2013.

Nessa linha de raciocínio, a busca pelo sentimento coletivo de legalidade,²⁷ de obediência constitucional, proporciona o afloramento da judicialização do cotidiano, na medida em que algumas questões de larga repercussão política, social e jurídica estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Como intuitivo, a judicialização do cotidiano envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de “participação da sociedade”²⁸. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

A Constituição, tendo em vista a diversidade, procura tutelar a igualdade, levando em conta este pressuposto para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito. Deve-se partir de um tratamento igual, levando em consideração a diversidade. O tratamento diferenciado tem de levar em conta a qualidade da diferença.

As reflexões contemporâneas sobre a justiça política são necessárias para a compreensão do modelo judiciário contemporâneo.²⁹ Do debate, entende-se que a estrutura de base da sociedade é efetivamente governada pela concepção política da justiça mais radical. Esta concepção é adotada graças a um consenso da compreensão da sociedade, constituída por uma maioria durável em relação àqueles que rejeitam esta concepção. As questões

²⁷ A expansão do direito e do Poder Judiciário, em uma sociedade que jamais conheceu, de fato, a liberdade, se reveste, portanto, de uma dupla inspiração. De um lado, nasce, como em outros contextos nacionais contemporâneos, da ocupação de um vazio deixado pela crise das ideologias, da família, do Estado e do sistema de representação; de outro, reitera uma prática com raízes profundas na história brasileira, em que o direito, como instrumento de ação de um *intelligentia* jurídica, se põe a serviço da construção da cidadania e da animação da vida republicana. (VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Plácidos Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Jurisdicionalização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 153).

²⁸ O dever dos cidadãos de obedecer à lei tem contrapartida na escrupulosa fidelidade das autoridades públicas ao direito positivo. Reivindicações devem ser defendidas unicamente pelos canais estabelecidos, por mais defeituosos que sejam. [...] Para ser responsivo, o sistema deveria estar aberto à contestação em muitos aspectos, deveria estimular a participação e contar com o fato de que novos interesses se manifestarão de maneira incômoda. [...] A linha demarcatória entre direito e política tenderia a dissolver-se, pelo menos nos lugares em que a promoção de direitos sociais e a decisão judicial tratam de questões controversas de política pública. (NONET, Philippe. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo** / Philippe Nonet e Philip Selznick; tradução Vera Ribeiro; [introdução de Robert A. Kagan]. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 44-45).

²⁹ Assim, nesse processo contemporâneo de crescente invasão do direito na vida social e que, no Brasil, teve o seu caminho ditado pelo movimento de autorreforma do Poder Judiciário. [...] Ainda que integrem o conjunto mais geral de modificações técnicas concebidas com o sentimento de aproximar lei e sociedade, a singularidade da sua aposta se prende ao contexto em que eles emergem, já então às crescentes demandas por justiça de uma parcela da sociedade submersa e, até aquele momento sem representação. (VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Plácidos Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A jurisdicionalização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 155).

constitucionais essenciais e os problemas fundamentais da justiça estão vinculados às discussões políticas da concepção racional da justiça.

As reflexões sobre a reformulação do Poder Judiciário, vistas em uma profundidade que ultrapasse os aspectos apenas organizacionais, levam a múltiplas indagações que tem construído uma moderna Teoria do Poder Judiciário. Esta se assenta no relacionamento entre Poder Judiciário e democracia, com reflexões até sobre as maneiras de seleção de seus membros. Onde são destacados aspectos como: as razões da importância política da justiça, nos Estados democráticos; a juridicização do cotidiano; a importância crescente da justiça na vida política: análise empírica e comparativa; convergências e particularidades; a magistratura: o estatuto dos juízes, recrutamento e formação; as garantias de independência e a carreira; magistraturas burocráticas e magistraturas profissionais; definição da função do juiz; sistema judiciário: a estrutura; acesso ao judiciário: condições gerais que influenciam no acesso ao sistema judiciário; os poderes do juiz: a estrutura do processo; o controle judiciário de constitucionalidade; o desenvolvimento do Estado Constitucional e a independência da magistratura; poder judiciário e democracia; as raízes do intervencionismo judiciário; o papel transformador do Poder Judiciário nas Democracias contemporâneas em direção a Democracia com um “novo Poder Judiciário”.³⁰

Assim, o processo decisório participativo como fonte de conhecimento, veículo de comunicação e base de consentimento, constitui uma nova jurisdição constitucional, que passa agora a analisar os “discursos de natureza econômica, social, política e jurídica, por meio de pontes de transição, utilizando-se de uma racionalidade jurídica multidimensional, em que o diálogo interdisciplinar e a politexturalidade passam a promover a participação do público na efetivação da norma legais”³¹.

Nem representantes do Estado, nem representantes da sociedade; a posição assumida pelos operadores técnico-científicos do direito pôs em movimento uma crescente legitimação social do seu papel de “guardião” dos direitos individuais e coletivos consagrados com a Constituição de 1988. Como expressão de um Supremo Tribunal Federal que visou apenas estender sua malha de prestação jurisdicional, buscando resolver a litigiosidade contida,

³⁰ No mesmo sentido, Mauro Cappelletti fornece uma ampla visão do Poder Judiciário, destacando sua relação com o princípio da democracia. A posição do juiz e o Direito Jurisprudencial assumem papel relevante em seus trabalhos científicos.

³¹ O sistema jurídico deve então proceder por meio de toda uma série de designações de tarefas aos vários organismos estatais, dotando-os de um espaço significativamente maior para a demonstração de iniciativa na escolha de meios e arbítrios, ressaltando seu intenso papel organizativo e sua responsabilidade em mobilizar a participação do público na efetivação de normas legais. (NONET, Philippe. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo** / Philippe Nonet e Philip Selznick; tradução Vera Ribeiro; [introdução de Robert A. Kagan]. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 154-155).

constituindo-se no locus da criação jurisprudencial do direito e, entre outros, de aproximação da sociedade brasileira.

Os conflitos sociais e a proteção dos direitos coletivos e difusos geraram profundas transformações devido ao aparecimento do Estado-Providência e ao desenvolvimento das elaborações legislativas e atividades administrativas do Estado. As declarações dos direitos fundamentais do homem e a Justiça Constitucional das liberdades refletem as grandes transformações pelas quais passa o direito e a vida judiciária.

E é apenas neste contexto que ganha sentido discutir a judicialização do cotidiano como uma consequência inescapável a um Estado que se apresenta como de bem-estar, mas que se executa como de mal-estar, não apenas o mal-estar da civilização tem sido reiterado no período pós-88 no Brasil.³²

Desenvolvendo a temática, José Luis Bolzan de Morais³³ afirma:

Ora, se os sucessos do Estado Social fossem incontestáveis e não contrastáveis não se enfrentaria o dilema de sua realização nos termos postos pelo constitucionalismo contemporâneo. Se das garantias constitucionais – ou das promessas constitucionais emergisse a satisfação inexorável das pretensões sociais este debate não se colocaria e tudo se resolveria por políticas públicas prestacionais e pela satisfação profunda dos seus destinatários. Não haveria dificuldades em se atender e atingir ótimos padrões e todas as expectativas relativas à satisfação das necessidades sociais da população. Com isso, a conflituosidade que se enfrenta não estaria posta perante os Tribunais, posto que ausente das preocupações sociais em uma sociedade ótima. Porém, por desgraça ou por humanidade (?), não se vive neste mundo ideal – não se confunda com idealizado (!) – e é exatamente do tensionamento entre projeto político-constitucional e projeto político-econômico que subjaz a fórmula do Estado contemporâneo. Democracia como política e capitalismo como economia não formam um par perfeito.

Bolzan de Morais continua destacando que o pelo contrário, o tensionamento entre o projeto político constitucional e projeto-econômico são gêmeos da tradição liberal que trilham caminhos distintos, o que proporcionaria um confronto de interesses que deságua na Jurisdição que se torna, assim, o grande ambiente de disputa e definição política na atualidade, embora sem ultrapassar seus próprios limites no sentido de fazer valer para todos

³² BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado, constituição e democracia política**: a “realização” da ordem constitucional! E o povo... In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Programa de Pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

³³BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Estado constitucional, direitos fundamentais**: limites e possibilidades. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008, p. 24-25. (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

os compromissos constitucionais. De modo que, em um ambiente de mais acesso vive-se um contexto de maior exclusão ou de crescente negação de promessas.³⁴

Com isso, se solidifica a ideia de que não se pode pretender construir uma teoria constitucional no contexto contemporâneo sem que se tenha presente os limites e possibilidades de e para o próprio Estado Constitucional, envolto que está na transformação de suas fórmulas políticas, bem como sujeito, muitas vezes, incapaz diante das mudanças radicais dos modelos econômicos adotados pela economia capitalista, da qual não logrou desassujeitar-se. Neste contexto, a disputa pela efetivação dos direitos sociais³⁵ por parte do Supremo Tribunal Federal passa a ser uma das marcas da contemporaneidade.

Experimenta-se, assim, um rearranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate do Estado com ele mesmo, da construção legislativa de promessas à disputa por sua concretização, em um primeiro momento no âmbito da administração (Executivo) envolta, hoje, em projetos de reforma do Estado e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição, em busca das promessas perdidas, submetida, agora, à exaustão de suas fórmulas.³⁶

A expansão do direito com a “judicialização do cotidiano” significaria a assunção pelo Supremo Tribunal Federal das atribuições antes concernentes ao *Welfare state*, efeito substitutivo que daria continuidade às promessas inerentes ao Estado Democrático de Direito. Nessa chave, o direito deveria assegurar as regras do jogo democrático, intervindo para franquear oportunidades iguais de participação no processo democrático de formação da vontade coletiva.

Dai que, nesse contexto particular, é necessária a compreensão de que a presença do fenômeno da “judicialização do cotidiano” possa se reduzir a um sinal de patologia republicana e de decomposição do tecido da sociabilidade. Tal presença denota, mais

³⁴ Idem, ibidem p. 24-25.

³⁵ E, deste quadro surgem novos questionamentos, que passam, ainda e muitas vezes, das clássicas interrogações acerca da eficácia das normas de direitos sociais, visto sob novos ângulos, até as dúvidas em torno da legitimação da Jurisdição para interferir nas opções políticas, sejam legislativas, sejam práticas administrativas. [...] Ou seja, tem-se o debate entre função de governo e função de garantia, remodelando a clássica tripartição de funções, passando, ainda, pelos limites que demarcariam a extensão destes “direitos” constitucionais. [...] provavelmente mais do que em outras experiências constitucionais similares, a justiciabilidade da questão social tem oportunizado que várias decisões sejam proferidas em torno ao debate do conteúdo e da extensão dos direitos sociais. (BOLZAN DE MORAIS. José Luis. **O estado constitucional**: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / Org. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2010, p.157-158).

³⁶ Idem, ibidem, p. 24-25.

precisamente, um movimento propiciador da criação da república onde ela, de fato, inexistente, e da construção de uma agenda cívica.

O Supremo Tribunal Federal, assim, não substituiria a política, mas preencheria um vazio, que, nas sociedades de massas com intensa mobilização social (como a brasileira), poderia vir a conceder consistência democrática.

O que se chama de “judicialização do cotidiano” não é o resultado de um protagonismo institucional exercido pelo Supremo Tribunal Federal. O fenômeno deriva, diversamente, de novas práticas de resistência da sociedade civil, particularmente dos partidos que compõem a minoria parlamentar e das associações de interesses dos setores subalternos, que vem encontrando na comunidade dos intérpretes um caminho para reforçar a sua representação, seja por demandas igualitárias por parte de uma sociedade que tem excedido a capacidade de incorporação do sistema político e da vida associativa em geral, do que do exercício de um papel salvífico por parte do Supremo Tribunal Federal.

Algumas pessoas procedem de maneira bastante generosa no tocante às exigências que rodeiam esse caráter social multifacetado. Fazem listas repletas de direitos sociais, sem previamente, tomar as devidas precauções conceituais com relação a obrigações de solidariedade e do amor ao próximo, e sem se dar ao trabalho de efetuar a legitimação dos mesmos. A vocação para a justiça social, tão aclamada na política, mas também tão tendenciosamente inflacionária, não consegue eliminar o déficit de justificativa existente.

Neste sentido, são os ensinamentos de Otfried Hoffe³⁷:

Prestações positivas são essencialmente comparativas; por existir uma relação de “mais ou menos”, a definição mais precisa se deixará guiar tanto pelos recursos existentes como pelas necessidades de uma sociedade. Ademais, assim como os direitos sociais são dependentes de recursos, o são de cultura. Os direitos de liberdade deixam livre uma margem de ação que os Estados podem preencher de maneira diferenciada e que ajuda a fundamentar o “direito a diferença”: alguns Estados se contentam em efetuar prestações destinadas ao simples viver, enquanto outros se abrem ao bem viver. Na realidade, a justiça não estabelece um limite exato, mas, havendo uma abertura demasiado grande para o bem viver, o âmbito da dívida deverá fluir na direção da solidariedade ou até mesmo do amor ao próximo e da caridade. Da mesma forma, um Estado não tem a tarefa de atribuir amigos a alguém, nem o direito de efetuar uma divisão da população entre pessoas com muitos e com poucos amigos.

³⁷ HOFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução Tito Lívio Cruz Romão; [revisão da tradução Luiz Moreira]. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 81-83.

Assim, de acordo com o mencionado anteriormente, em determinadas relações sociais, um direito à instrução e à formação profissional pode assumir uma posição de direito humano. E naqueles casos em que se deve trabalhar para obter os meios de subsistência, e em que o trabalho, além disso, decide acerca de autoestima por outrem, contribuindo, ainda, para o desenvolvimento da personalidade, também faz sentido falar de um direito humano ao trabalho. Entretanto, tal direito pode colidir com um direito negativo de liberdade, o da livre escolha de profissão.³⁸

A primeira indagação simplesmente gira em torno do direito de ser parceiro do contrato social. Uma vez que um contrato social original tem o direito de legitimar, ser-lhe-á vedado efetuar uma pré-seleção, em que admita alguns indivíduos e recuse outros. Ao contrário, todo e qualquer indivíduo deverá ser aceito, desde que preencha duas condições de grande relevância existentes no contrato social original: a capacidade de ação e as ameaças a ela impostas por outros indivíduos. Aqui também se pode fazer referência direta ao ato jurídico e afirmar que isto diz respeito diretamente a todo indivíduo que tenha capacidade para aderir a um contrato social e, adicionalmente, necessite de um. Possui capacidade jurídica fundamental todo indivíduo capaz de efetuar contraprestações negativas e positivas, e dispõe de necessidade jurídica fundamental todo indivíduo dependente das respectivas prestações a serem efetuadas pelos outros.

O direito, assim, ao realizar o movimento expansivo na política e na sociedade não é orientado pelo ângulo da liberdade, mas do controle social, originando-se de uma tentativa de administrar a movimentação dos seres sociais, particularmente dos subalternos, e limitado ao cumprimento de uma agenda igualitária mínima, que deixou, por décadas, os trabalhadores do campo, a maioria da população economicamente ativa, até os anos 70, à margem dos direitos sociais.

Nesse sentido, o constituinte de 1988 foi fiel à moderna tradição republicana brasileira de ter o direito como recurso de modelagem social, à diferença de que não o concebeu mais como “administração política” da cidadania, e, sim como um dos lugares favoráveis ao seu exercício. A sua verdadeira inovação consistiu em fazer dele um instrumento de mobilização à participação, orientando-o segundo uma pauta cívica centrada no tema da liberdade e da cidadania ativa.

O contexto ideológico mudou: o apelo generalizado dirigido ao Estado evidencia bem que ele permanece investido de responsabilidades essenciais na vida social; e a vontade de

³⁸ Idem, *ibidem* p. 81-83.

definir um novo equilíbrio entre o Estado e o mercado traduz o refluxo da concepção de um mercado dotado de todas as virtudes e considerado como apto a atingir por si próprio o equilíbrio. Apesar disso, a concepção em si mesma das funções do Estado na Economia não foi substancialmente modificada. Essa constatação se impõe ainda mais porque a crise envolveu paralelamente o reforço dos vínculos de interdependência entre os Estados.

Sobre as crises do/no Estado é oportuno mencionar os ensinamentos do professor José Luis Bolzan de Moraes³⁹:

Não é por acaso que, da segunda metade do século XX até agora, primeira década do século XXI, estamos nos deparando com tantas “crises”, com tantos debates teóricos a respeito do “fim” ou do esgotamento de diversos instrumentos e instituições, com tantos prefixos “pos” colocados antes de vários conceitos que estavam incluídos na herança da modernidade, o que nos coloca, certamente num período de transição. Partindo do questionamento acerca das crises do/no Estado, como projeto político-jurídico moderno, enfrentamos os dilemas internos ao Estado, sobretudo naquilo que se refere às relações que se estabelecem no interior de sua estrutura organizativa funcional, pontualmente na perspectiva da atuação de seu sistema de justiça e, com isso, dos reflexos incidentes no/para o processo democrático em um contexto, também, de fragmentação e de fragilização de sua potência, e, ainda, de insuficiência/deficiência e de impossibilidade de/para realização de seus fins (função social, em sentido genérico).

Por isso, Bolzan de Moraes parte da temática de um confronto de interesses que deságua no Sistema de Justiça que se torna, assim, o grande ambiente de disputa e definição política na atualidade, embora sem ultrapassar seus próprios limites no sentido de fazer valer para todos os compromissos constitucionais. Em um ambiente de mais acesso vive-se um contexto de maior exclusão ou de crescente negação de promessas ou, mesmo, de profunda defasagem entre pretensões e satisfações.⁴⁰

Com efeito, as instituições assumem as funções do Estado⁴¹, de que tentarão representar seu papel em muitos desses aspectos. Ao contrário dos atuais membros da comunidade

³⁹ BOLZAN DE MORAIS. José Luis. **O estado constitucional**: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / Org. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010, p.148-150.

⁴⁰ Idem, ibidem, p.148-150.

⁴¹ Respondendo a demandas trazidas pela evolução histórica, que demarca uma potencialização da figura dos direitos fundamentais (notadamente a partir do segundo pós-guerra), e que, conexamente, implica um processo de ampliação da extensão e da importância jurídico-política atribuída à figura da Constituição (enquanto documento privilegiado de registro e de consolidação das conquistas e das expectativas sociais), percebe-se que a jurisdição constitucional tem evoluído, ao longo do tempo, no sentido de superação de sua compreensão tradicional originária, identificada por uma dimensão notadamente jurídica e de limitação do poder – reforçada e levada a efeito, dogmaticamente, por uma compreensão formalista e exegética de operacionalização do direito – passando, assim, de uma postura restritiva e limitada no contexto do Estado

internacional, todos soberanos, a maioria deles talvez não consiga exercer controle exclusivo sobre determinado território; em vez disso, serão obrigados a descentralizar esse controle com outras instituições. Em vez de serem pelo menos formalmente iguais, como os Estados, algumas delas serão, com certeza, superiores, e outras, inferiores. Trata-se de um mundo cuja estrutura jurídica estará mais em harmonia com as realidades políticas que já existiam e que, em muitos locais e de muitas maneiras, jamais deixaram de existir.

Nessa linha de raciocínio, Martin Van Creveld⁴², discorre sobre o assunto:

Para pessoas e instituições que estão limitadas ao Estado e dependem dele para sua defesa, sustento, educação e outros serviços, uma situação assim é mau presságio. Para grupos diversos como os funcionários públicos e os beneficiários da previdência social (em especial os que esperam receber os benefícios no futuro), a advertência é bem clara. Se não começarem a procurar em outro lugar a preservação de sua situação econômica e, em alguns casos, até de proteção física, é provável que não tenham futuro. Como também aconteceu durante períodos anteriores, quando os impérios se desmoronaram e surgiram estruturas feudais, não raro procurar em outro lugar significará perder a liberdade. , tornando-se clientes dos fortes e ricos, sejam estes indivíduos, sejam talvez o mais provável para a maioria grupos empresariais de diversos tipos.

Discorrendo, ainda sobre o assunto Martin Creveld⁴³ destaca que parece provável o ressurgimento de uma subclasse politicamente destituída semelhante àquela que, mesmo nos países mais desenvolvidos, continuou a existir até a Revolução Francesa e depois dela. Alguns diriam que, da Califórnia à Itália, ela já existe na forma dos estrangeiros clandestinos, dos trabalhadores convidados e da cidadania econômica, isto é, pessoas que, embora sujeitas a tributação e no gozo de pelo menos um acesso limitado ao sistema judiciário e aos serviços sociais oferecidos pelo país que as hospeda, não tem direito políticos.

Assim, com o enfraquecimento do Estado, muitas delas decerto acharão mais fácil e mais necessário traduzir quaisquer vantagens que tenham em poder político direto. Em vez de apenas fazer pressão e subornar, como é hoje o caso, governarão pelo menos exercendo algumas das funções de governo, com relação a algumas pessoas e até certo ponto.

liberal a uma competência ampla e ativa no Estado Democrático de Direito (LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Interpretação Conforme a Constituição x Nulidade Parcial sem Redução de Texto: Semelhanças, diferenças e reflexão sobre a sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal. In: REIS J. R. dos.; LEAL, R. G. **Direitos sociais & políticas públicas, desafios contemporâneos** – tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1563-1564).

⁴² VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**; tradução Jussara Simões; revisão da tradução Silvana Vieira; revisão técnica Cícero Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.601-602.

⁴³ Idem, ibidem, p. 601-602.

A crise do Estado é, conseqüentemente, antes de mais, a crise endêmica da própria democracia do rompimento do tradicional tecido social.⁴⁴ É hoje um dado de grande evidencia empírica, a crescente decomposição das sociedades. O atomismo e a anomia produzem uma alargada deliquescência democrática e retiram ao homem essa dimensão essencial de seu social e comunitário.

Neste contexto, vale destacar as lições de José Luis Bolzan de Moraes⁴⁵:

Este constitucionalismo traz para o Estado – em particular neste ambiente de crise e escassez antes mencionados – uma tensão permanente, inclusive em seu âmbito interno, seja pela insuficiência da doutrina constitucional para lidar com tais conteúdos, seja diante do que se convencionou nomear como judicialização da política – como já dito antes –, uma vez que as frustrações diante da não realização das promessas constitucionais são levadas à jurisdição para que esta diga acerca do seu conteúdo e, mais, na medida do possível, viabilize a sua realização.

Dessa forma, o Poder Judiciário se torna um “super-poder”, na medida em que tem por dever afastar lesão e ameaça dos Poderes Legislativo e Executivo, seja por desvio de seus deveres institucionais, seja por abuso de poder e usurpação de competência, ou até mesmo, por omissões aos deveres institucionais que violam o exercício hígido dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, de tal sorte, que o Poder judiciário é chamado a intervir positivamente de modo a transformar a realidade social para equilibrar, e prestar a tutela efetiva no caso de violação aos direitos e garantias fundamentais.

Ferrajoli⁴⁶, enfatiza o aspecto garantista do ordenamento jurídico no Estado de Direito, isto é, aborda-o como um sistema de garantias voltadas ao asseguramento e implementação dos direitos fundamentais. Assim, define como garantias constitucionais as garantias das normas constitucionais substanciais estabelecidas, implícita ou explicitamente, e normas as

⁴⁴ A partir da consolidação do nomeado estado social, em sua acepção genérica, pretendeu-se estarem consolidadas as conquistas que pouco a pouco foram transitando do espaço da disputa social para o ambiente da política e, neste, para a sua formatação legislativa e posterior tratamento jurisdicional. A crise das estruturas político-jurídicas da modernidade, ganhando cada vez maior espaço e centralidade à ação jurisdicional como ambiente propício para o tratamento das suas promessas incumpridas, sobretudo em países em defasagem no tratamento da questão social e onde uma percepção liberal-individualista-egoísta dos direitos sociais ainda parece predominar, muitas vezes em “perfeita” harmonia com estratégias políticas de “clientelização fidelizada” da cidadania, oriundos de uma tradição patrimonialista e autoritária, onde a “concessão” de direitos vai de encontro a um projeto de construção de cidadania. (BOLZAN DE MORAIS. Jose Luis. **A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação**. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós – Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado n.6. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 102-103).

⁴⁵BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Estado constitucional, direitos fundamentais: limites e possibilidades**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008, p.53-54. (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

⁴⁶FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoria do Garantismo Penal, Ed. Trotta, Madrid, 7. ed. 2005, p. 38-40.

constitucionais de competência. Estas garantias constitucionais primárias consistentes em garantias primárias de competência do legislador, isto é, na obrigação (implícita) de agir e na proibição (explícita) de alterar a Constituição, a não ser através de emendas; e garantias constitucionais secundárias, consistentes na obrigação, em princípio de um magistrado constitucional, de anular ou reparar as lacunas e antinomias produzidas pelas violações das garantias constitucionais primárias.

Vale destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, em seu §1º, do art.5º, que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV).

A atuação do Supremo Tribunal Federal e a judicialização do cotidiano parece se inclinar para uma compreensão sistemática dos direitos fundamentais constitucionais e das limitações à revisão das três gerações de direitos recepcionadas pela Constituição:

Direitos e garantias individuais não são apenas os que estão inscritos no art.5º. Não. Esses direitos e garantias se espalham pela Constituição. O próprio art.5º no seu §2º estabelece que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por elas adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. É sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas, também, direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos. Este quadro todo compõe a teoria dos direitos fundamentais. Hoje não falamos, apenas em direitos individuais, assim de primeira geração. Já falamos de direitos de primeira, de segunda, de terceira e até quarta geração. (STF. ADI 939-7. 15/12/93 DF, Rel. Min. Sidney Sanches. Voto do Min.Carlos Velloso. p. 274-276).

E, ainda:

Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. (HC 98.893 MC/SP. Relator: Min. Celso de Mello. 09 de junho de 2009).

A judicialização do cotidiano se deve, à expansão do Poder Judiciário⁴⁷, ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, cujo resultado final é a inauguração de uma virada no constitucionalismo contemporâneo latino-americano, para o seu atendimento integral, o Poder Judiciário (aqui entendido especificamente o Supremo Tribunal Federal), foi chamado para que, no exercício de suas prerrogativas, mormente, de guardião da Constituição, garantir a efetivação e concretização de direitos assegurados constitucionalmente.

Diante deste cenário há uma crise dos poderes que compõem o Estado, na medida em que o Judiciário é chamado a intervir⁴⁸ em ações que deveriam ser implementadas pelos outros poderes. Nas palavras de Leal, “[...] os Poderes de Estado foram se (de) formando no país, dentre os quais quero destacar o Poder Judiciário, de forma perfunctória [...]”⁴⁹

Neste sentido, vale destacar as lições de André Karam Trindade⁵⁰:

Neste contexto, portanto, é possível observar que, nestas duas décadas, a evolução da jurisprudência constitucional brasileira compreende três estágios bastantes distintos e, em alguma medida, sobrepostos, a partir dos quais impõe realizar um balanço crítico: 1) a fase da ressaca, que se inicia ainda em 1988-com a instalação de uma crise de modelo de direito, sobretudo, no âmbito da dogmática jurídica, em face da necessidade de se operar uma filtragem constitucional de todas as normas do ordenamento jurídico – e pode ser caracterizada como o período sucessivo à promulgação da Constituição, em que se evidencia a dificuldade relativa à compreensão do novo paradigma que institui o Estado Democrático de Direito, de maneira que grande parte das inovações trazidas pela Constituição restaram encobertas, especialmente no que diz respeito aos mecanismos de controle de constitucionalidade e ao catálogo de direitos fundamentais; 2) a fase de constitucionalização, que começa ainda no final da década 90, é marcada pelo descobrimento da Constituição e de seus princípios, o que possibilita que ocorra, efetivamente, o processo de constitucionalização do (s) direito (s), na medida em que os tribunais deixam de exercer a função de mero aplicador de leis, e, paulatinamente, assumem o papel de intérpretes da Constituição, a partir das contribuições proporcionais pelos que surgem no campo da hermenêutica e da argumentação jurídica; 3) a fase ativista, cujo

⁴⁷ Tendo em vista o alargamento do rol de direitos, fruto do desenvolvimento do Estado, que resultou num considerável aumento de demandas e na escassez de Recursos (AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

⁴⁸ “[...] Tem-se, então, por conseguinte, que o sistema de princípios e de valores que marca o chamado constitucionalismo gera um espaço de juridicização até então jamais visto na história dos poderes. [...]” (LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A noção de *status activus processualis* como fundamento para a operacionalização de uma jurisdição constitucional aberta**. In: REIS J. R dos; LEAL, R. G. Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, p. 2095).

⁴⁹ LEAL, Rogério Gesta. **O estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 19.

⁵⁰ TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli/Alexandre Moraes da Rosa... et al**. Organizadores: Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 114-116.

marco inicial pode ser considerado, simbolicamente, a promulgação da Emenda Constitucional nº45, em 2004, caracteriza-se por um crescente estímulo voltado à adoção de posturas pró-ativistas, que não se restringem à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, mas alcançam todas as instâncias judiciais.

E é precisamente nesta terceira fase – marcada pelo agigantamento do papel desempenhado pela jurisdição dentro dessa nova ordem democrática assentada no predomínio dos direitos fundamentais.⁵¹ Que se busca compreender a conflituosidade resultante da própria democratização da sociedade, o que inclui um maior acesso à justiça, embora esta deva ser relacionada, ainda, com a desigualdade no conhecimento (não só acerca dos direitos reconhecidos aos cidadãos) e nas condições econômicas dos indivíduos e como reflexo da fragilização do modelo do Estado social, em sentido amplo.⁵²

2.1 Evolução histórica da atuação do Supremo Tribunal Federal: demonstrando aspectos que contribuíram para a judicialização do cotidiano

Assim, merece destaque a função do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional,⁵³ na medida em que passa a se pronunciar sobre temas que muitas vezes não encontram parâmetros constitucionais, e aumentando a tensão que marca a relação entre os poderes.⁵⁴

Em acórdão de 20 de outubro de 1907, quando foi levantada a questão constitucional, reconheceu-se que o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de órgão imediato do Poder Judiciário da União tinha jurisdição para conhecer das lesões dos direitos individuais, ainda que provenientes de atos dos Poderes Legislativo e Executivo:

⁵¹ Idem, ibidem, p.114-116.

⁵² BOLZAN DE MORAIS. Jose Luis. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós – Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado n.6. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 105.

⁵³ Veja-se que o Anuário da Justiça de 2009, ao tematizar a atuação do Supremo Tribunal Federal, publicou a seguinte manchete: “O Ano da Virada: País descobre que, ao constitucionalizar todos os direitos, a Carta de 1988 delegou ao STF poderes amplos, gerais e irrestritos”.

⁵⁴ Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal assumiu um papel ativo na vida institucional brasileira, ao decidir casos de larga repercussão política, econômica ou social, como, por exemplo, os desafios da lei de biossegurança, o problema do nepotismo no poder público, os vícios da lei de imprensa, a demarcação de terras indígenas, o papel do Ministério Público na investigação criminal, o controle das políticas públicas, a questão do racismo, o aborto de anencefálicos, a extradição de Cesare Battisti, as uniões homoafetivas etc. Além disso, cumpre referir à atividade normativa atípica por ele exercida, como se verifica no caso de efetividade conferida recentemente ao mandado de injunção e, ainda, na edição de súmulas vinculantes.

Passar além, e ir o Judiciário até inquirir e julgar da existência legal do próprio poder, tão independente na sua constituição e tão merecedor de respeito na sua legitimidade, como é o próprio judiciário, seria romper a harmonia e coordenação dos poderes independente, consagrada pela Constituição, para arvorar-se o Judiciário, ele próprio, em único poder soberano. Entretanto, outra não é a pretensão sobre a qual se pede que o Supremo Tribunal Federal conheça e decida os presentes autos. Por certo, a tanto não se estende a sua alta jurisdição. Por numerosos que sejam os exemplos de intervenção judicial em casos constitucionais ou políticos, colhidos da nossa própria jurisprudência e das federações estrangeira, jamais encontramos um em que o judiciário se haja convertido em poder verificador da existência legítima dos dois poderes políticos, em uma situação que demandaria a questão puramente política, e, conseqüentemente, fora da competência judiciária... (O caso do Estado do Rio: Agravo de petição, ns.981.1907, tip. Do Jornal do Comércio, 1907, p. 89).

A definição do papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal surge em passagens definitivas, e ainda nos ensinamentos de Roberto Rosas⁵⁵:

Não pode haver conflito entre o Executivo e a Suprema Corte Federal, em face da Constituição, porque a Suprema Corte é a intérprete final da mesma Constituição, e aos outros dois poderes cumpre acatar as sentenças dessa Corte, sempre que ela declara inconstitucional uma lei, ou um ato do Executivo. Essa superioridade da Suprema Corte decorre fatalmente da sua missão de intérprete final da Constituição.

O papel do Supremo Tribunal Federal, na atualização e guarda da Constituição, coloca-se em posição excepcional, sendo que no desempenho de suas atribuições só encontra limites na própria Constituição. A função constitucional construtiva⁵⁶ do Supremo Tribunal permite-lhe desprender-se do rígido formalismo legal, para possibilitar debate amplo em torno de questões constitucionais.

⁵⁵ Ibidem, p. 152.

⁵⁶ Destaca Cittadino que no Brasil, a Constituição Federal de 1988 consolidou como um dos seus núcleos principais os Direitos Fundamentais. Dentro dessa temática denominada pela autora como “o movimento de retorno ao direito no país”, não foram somente elencados direitos, mas também, foram criados mecanismos para que o Supremo Tribunal Federal pudesse atuar efetivamente. Assim, com essa positivação constitucional dos direitos fundamentais, expressão coletiva dos anseios da sociedade, ocorre uma aproximação da norma jurídica com o ideal democrático, que se completam e tornam-se eficazes, através do Judiciário pela aplicação dos procedimentos garantidos constitucionalmente, quando o Estado ou mesmo a sociedade não os cumpre. Logo, o processo de judicialização do cotidiano não deve ser visto com uma dominação dos Tribunais diante o demais Poderes, mas sim, que haja uma interligação entre a dignidade da pessoa humana, no atendimento das necessidades sociais, sendo que tais demandas se corporificam pelo ordenamento constitucional, e assim, a própria Constituição desenvolva mecanismos de aplicação, corroborando para um efetivo Estado Democrático de Direito, onde todos se mobilizam em busca das promessas não cumpridas. (CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes*. In: Vianna, L. W.; **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte/ Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17-42, grifos meus).

Ao longo do que foi dito sobre a constante luta do poder judiciário contra as investidas do poder Executivo, os episódios de conflito são de longa data, ainda em 1893, com as críticas de Aristides Lobo à decisão do Supremo que declarou a nulidade do Código Penal da Marinha, a partir daí outros inúmeros casos aconteceram. De tal sorte, que as investidas do Poder Executivo contra os demais poderes ao longo da história do país, foram observadas com muita propriedade por Mário Eduardo Martinelli⁵⁷ ao identificar que o “acidentado constitucionalismo” brasileiro foi eivado “das mais diversas formas de subversão ao telos ideológico liberal”, consubstanciado na “limitação jurídica do poder político”.

A investida mais séria e impune de que foi vítima o Poder Judiciário na história brasileira pós-Constituição Federal de 1988 deu-se com a edição da Medida Provisória 173,⁵⁸ de 18 de março de 1990, que logrou proibir não apenas a execução provisória da decisão proferida nos autos de mandado de segurança, mas, o que é mais grave, a concessão de medida liminar em mandados de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes de medidas provisórias que instituíram o chamado Plano Collor, o qual produziu, dentre outros abusos, a retenção de cruzados novos pelo Banco Central e leilão de troca da velha moeda por cruzeiros.

Sucedem que a legislação promocional emanada do Estado Social exige que cada vez mais uma postura ativa/positiva de manutenção do Estado democrático de Direito. Embora, Alcino Salazar⁵⁹, em Poder Judiciário – bases para reorganização mostra como os Presidentes Edmundo Lins e José Linhares assinalavam em relatórios a contínua e progressiva elevação do número de processos que deram entrada no Supremo Tribunal Federal.

E no seu último relatório, dos trabalhos do ano de 1955, mencionando a entrada de mais de 5.000 processos e 4.146 julgamentos, citou o Presidente Linhares este trecho de discurso proferido, em 1937, pelo presidente Edmundo Lins, em saudação dirigida ao então Ministro da Justiça, Dr. José Carlos de Macedo Soares: Infelizmente, vae nobis, está às portas da falência a justiça que é distribuída por esta Suprema Corte, apesar do trabalho hercúleo e sobre humano de todos os seus egrégios Ministros. É que ele se acha a muito sobrecarregado do serviço, para cujo desempenho não dispõe

⁵⁷ MARTINELLI, Mário Eduardo. **O controle do poder político no constitucionalismo acidentado brasileiro**. Texto não publicado, 2005.

⁵⁸ Foi reeditada pela MP 181, de 5 de abril de 1990, a qual, por sua vez, foi revogada pela MP 182, de 24 de Abril de 1990, tendo se acrescentado outros aspectos à proibição em comento, estabelecendo o prazo de 30 meses para a proibição, bem como incluindo outras medidas provisórias que não constavam na lista inicial. A MP 182 foi reeditada em 24 de maio de 1990, pela MP 186, a qual, por sua vez, foi reeditada pela MP 192, em junho daquele ano, sendo esta, por seu turno, reeditada pela MP 197, em 25 de junho 1990, revogada pela MP 198, na medida em que o governo percebeu que a proibição de concessão de liminares em Mandado de Segurança havia se tornado inócua em face do decurso de 120 dias da data de publicação das medidas provisórias impugnáveis via remédio heroico. Finalmente, o Congresso aprovou a MP 198, transformando-a na Lei 8.076/1990.

⁵⁹ SALAZAR, Alcino. **Poder Judiciário**. Bases Para a Reorganização. Forense: Rio de Janeiro, 1975, p. 195.

de tempo absolutamente necessário. E nunca o terá. Na verdade, o Presidente, em cada sessão, em média, 22 processos. Pondo em destaque, novamente, o grande esforço realizado pelos eminentes juízes do Tribunal durante aquele ano de 1955, o último de sua presidência, bem como o déficit novamente verificado, concluiu com estas palavras: e esse déficit, forçoso é confessar, vem se verificando há mais de 30 anos e as causas permanecem à espera de solução que não depende de vós. No ano de 1956 entraram 6.556 processos e foram proferidos 4.940 decisões.

A inflação normativa⁶⁰ se traduz em um crescimento desmesurado do volume de regras de direito e, desse modo, pela ampliação da pressão jurídica; trata-se de um fenômeno muito generalizado, que afeta, sob formas e graus diversos, todos os países e todos os ramos do direito: se a proliferação dos textos é particularmente espetacular em certos domínios como o direito tributário ou o direito do trabalho, ela é encontrada, de fato, em todos os setores.

Os movimentos sociais⁶¹ tendem cada vez mais a formular as suas reivindicações em termos de direitos a conquistar ou de estatutos a obter: as estruturas representativas de tais movimentos (associações ecológicas, associações feministas, associações de consumidores, associações de defesa dos estrangeiros, entre outros) fazem pressão nesse sentido sobre os Poderes Públicos: e elas se erigem, em seguida, em guardiões vigilantes do respeito aos textos, velando pela sua boa aplicação, mas também forjando, com a ajuda de seus especialistas militantes, a sua própria interpretação do direito em vigor.

Nesta perspectiva, é importante o aparecimento de novas demandas com a correspondente explosão do contencioso, desenvolvida por Jacques Chevallier⁶²:

⁶⁰ Como a própria denominação sugere, inflação legislativa significa um aumento na atividade legislativa de todo aparelho burocrático estatal. Com efeito, todas as esferas do direito e as tradicionais disciplinas jurídicas passam por um momento de profundas transformações devido ao acontecimento de radicais mudanças em seus conteúdos estritamente legislativos. Aquilo que antes – ao menos no âmbito dos países europeus – era amplamente discutido nos níveis políticos antes de ser incorporado como matéria legislativa, passa a ser rapidamente aprovado pelos congressos e parlamentos no intuito de remediar situações concretas e imediatas que apontam para a exaustão do sistema ou para sua insuficiência diante de uma determinada realidade. (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo**: percursos para uma necessária diferenciação. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Artigo apresentado à ABDconst como conclusão de pesquisa realizada no âmbito do Grupo de Estudos Nacionais, biênio 2010-2011, p. 277-278).

⁶¹ As relações sociais passaram a se tornarem mais complexas, na segunda metade do século XX, criando, assim, uma crise de legitimação das instituições tradicionais (a participação social e suas demandas, não tem acompanhamento, acolhimento); de identidade (ausência de função em face da nova realidade que se apresenta) de Eficácia (não atendimento das necessidades dos representados). Restou a cidadania o enfrentamento ao modelo de Estado vigente. Nesse sentido, a “cidadania contemporânea, em verdade, tem alterado o significado de participação política enquanto direito fundamental, deslocando-se para uma concepção mais inclusiva de formação discursiva da vontade coletiva”. Esse movimento de pressão sobre as instituições gera “à expansão do poder dos tribunais ou daquilo que se designa como judicialização do cotidiano” (SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 65, grifos meus).

⁶² CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.128-134. Título Original: L'État post-moderne.

Enquanto as normas de direito internacional cobrem a partir de agora numerosos domínios, dando nascimento a verdadeiros ramos autônomos de direito (o direito internacional do meio ambiente ou das telecomunicações) (a França estaria vinculada, em 2005, por 1.700 acordos multilaterais e 5.700 acordos bilaterais), a construção comunitária acarretou o desenvolvimento no nível europeu de um direito com uma extrema densidade e de uma tremenda complexidade. Outros fatores alimentam o processo. Os constrangimentos do mercado político, que impõem aos governantes afirmar de modo ostentatório sua capacidade de ação sobre o real, foram agravados por uma instabilidade recorrente: toda alternância política implica mecanicamente a produção de novos textos, destinados a tornar visível a mudança (tal se constatou na França, ainda outra vez, após 2002 e 2007): o “mal-estar democrático” reforça o peso dessa exigência, impondo uma resposta às expectativas de cidadãos insatisfeitos e reivindicantes. Por outro lado, a inflação jurídica é alimentada pela pressão dos profissionais do direito: a importância sempre maior alcançada nas sociedades contemporâneas por essa classe jurídica teve por efeito ampliar sem parar o império do direito, que constitui a sua razão de ser e o seu princípio de ação, não somente sobre o plano prático, para a adoção de novos textos, mas também sobre o plano simbólico, contribuindo à enunciação dos problemas sociais na linguagem do direito; desse modo, a oferta e a demanda alimentam-se reciprocamente.

A necessidade de uma regulamentação jurídica é expressa, depois, em setores extremamente diversos da vida social, onde é percebida a necessidade de regras do jogo para enquadrar os comportamentos e assegurar a sua previsibilidade. Essa necessidade de regulamentação é percebida de maneira ainda mais intensa nas sociedades contemporâneas, que se tornam “sociedades de risco”. Novas ameaças surgem sem cessar (sangue contaminado, vaca louca, poluição...) e a evolução científica e técnica é plena de incertezas (explosão das biotecnologias e das tecnologias da informação e da comunicação...): a regulamentação relativa ao meio ambiente, desse modo, desenvolveu-se na sequência de grandes catástrofes ecológicas. De todos os lados, reclamam-se textos para prevenir ou enfrentar a “insegurança”: o direito aparece como a garantia final para restabelecer uma “confiança” tornada frágil e apesar disso indispensável ao jogo social. O desenvolvimento das ações coletivas perante a Justiça constitui um possante motor de difusão. A multiplicação das ações levadas aos tribunais mostra que o juiz está encarregado nas sociedades contemporâneas de compor as diferenças de toda ordem, em vista a preservar os equilíbrios sociais: ele se vê transferir a responsabilidade de “cortar os nós górdios da história, da moral, da economia”; é a ele que compete “ponderar os interesses” e definir as soluções socialmente aceitáveis.

Com efeito, a justiça dispõe de um conjunto de atributos que explicam que sejamos irresistivelmente levados a recorrer a ela: trazendo a garantia de um “processo” equitativo, inclusive quando se demanda contra os poderosos, ela possibilita defender a própria causa, de fazer valer os próprios argumentos, de obter escuta e atenção da parte do “terceiro poder” imparcial; oferecendo a perspectiva de uma definição precisa das responsabilidades de cada um, ela permite obter reparação, financeira e simbólica, pela via de um “verdicto”, devidamente

motivado e dotado de uma autoridade incontestável (a autoridade da coisa julgada). Mais profundamente, o recurso à justiça se impõe a partir do momento em que os conflitos entre indivíduos e grupos são formulados em termos de “conflitos de direitos”.⁶³

O direito ocupa desse modo, um lugar sempre mais importante na vida social: a passagem pela regra jurídica aparece como indispensável para colocar certos princípios fora de risco, estabilizar uma situação, satisfazer algumas reivindicações; o direito tende a tornar-se uma “panaceia”, substituindo-se aos outros modos de regulação para resolver os diversos problemas da sociedade. Pode-se ver nessa expansão a expressão do mal-estar das sociedades contemporâneas: ela traduzirá a elevação dos riscos, o sentimento de insegurança, a fragilização dos mecanismos de autorregulação social, o esfrelamento do liame social; o “abuso de direito” seria a marca de uma “sociedade de desconfiança”, na qual cada um tem necessidade de se sentir protegido por uma trama cerrada de regras redutoras da incerteza.

A judicialização do cotidiano se traduz no fato de que o direito é, a partir de então, chamado a reger as relações humanas que se submetiam anteriormente a modos de regulamentação extrajurídicos ou fundados na confiança. Mas é também a demonstração de uma ampliação da complexidade da organização social, que impõe uma regulação mais acurada.

Em função desta ampliação da jurisdição constitucional, os magistrados são chamados a entrar em um jogo complexo de interações com o poder político, que lhes interdita uma autonomia integral: os políticos detêm, pelo domínio da arma legislativa e a influência de que dispõem sobre as carreiras dos altos magistrados, de meios de pressão não negligenciáveis; a partir daí, o equilíbrio de forças no seio do novo “triângulo” que formam o eleito, o juiz e o jornalista são suscetíveis de variações.

Enfim, esse aumento de poderio varia segundo o contexto político: a dependência política da justiça permanece existindo na quase totalidade dos países em desenvolvimento, evidenciando as limitações do Estado de direito; nos próprios países liberais, o prestígio dos magistrados continua desigual, mesmo que, nos países europeus, um verdadeiro grupo de pressão judiciária tenha se constituído para reclamar o reforço da luta contra a corrupção e a delinquência financeira (Comunicação de Genebra do 1º de outubro de 1996) e que a constituição de um espaço judiciário integrado deva dar apoios mais sólidos ao poder dos magistrados.

⁶³ Idem, *ibidem*, p.128-134

Assim, com a presente análise observa-se nitidamente a ocorrência de um conflito entre os Poderes do Estado, na medida em que um é chamado para exercer uma atividade não cumprida pelo outro. A judicialização do cotidiano surge justamente num momento em que são aumentadas as demandas ao Estado que tem de atender necessidades para que todas vivam dignamente. Eis justamente o grande e importante papel que deverá ser desempenhado pelo Judiciário, e, principalmente pela jurisdição Constitucional, qual seja, atuar no sentido de garantir o acesso de todos aos direitos fundamentais inseridos no texto constitucional.

. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas, sobretudo de uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juízes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conhecer a democracia. O que aconteceu, então, nesta última década? A origem desse movimento se encontra mais no investimento do direito no imaginário democrático do que no próprio direito. Ele converteu-se na nova linguagem com a qual se formulam as demandas políticas que, desiludidas com um Estado inativo, se voltam maciçamente para a justiça.

Nessa linha de raciocínio é importante demonstrar os ensinamentos de Antoine Garapon⁶⁴:

A lei constituía o elo principal do positivismo, uma vez que supostamente deveria assegurar a ligação entre o ofício do juiz e a soberania popular. O juiz deveria ser apenas “a boca da lei”, segundo a célebre expressão de Montesquieu. Ora, esta lei tão essencial para a separação de poderes não é mais suficiente para guiar o juiz em suas decisões. Ele deve apelar para fontes externas antes de preferir suas sentenças. A lei não se confunde mais com o direito: ela ainda guarda, certamente, uma importância essencial, mas não pode mais pretender fundamentar, sozinha, todo o sistema jurídico. Esse descrédito da lei deve-se principalmente à sua forma: a lei parece anacrônica no limiar do “mundo tecnológico”: não se pode mais dela admitir um espírito abstrato, rígido, uniforme, que condena a um direito doutrinal, afastado da realidade. O controle jurídico, mais casuísta e mais leve, parece mais propício aos regulamentos sofisticados exigidos por nossas sociedades complexas. Leis gadgets, direito etéreo, direito maleável, direito vago...: a inflação de lei que nem sempre têm conteúdo normativo e a multiplicação de textos de editais de espírito volátil acabam por construir um estoque normativo dificilmente controlável e gerador de efeitos perversos. Aí reside uma das causas do descrédito da regra, lei descartável não é lei respeitada, e um risco de “quebra” jurídica. O recurso à regulamentação legislativa, da qual o político usa e abusa, ameaça exaurir o sistema jurídico. É preciso que o direito reencontre sua elegância. Ele só a encontrará no momento em que

⁶⁴ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas; tradução Maria Luiza de Carvalho.- Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2. ed. mai. 2001, p. 40-41.

passar a ser concebido não apenas como um conjunto de regras, mas também como um conjunto de princípios.

O papel especificamente do legislativo é paralisado pelo crescente teor técnico em textos que reclamam uma competência que ele não possui. Em numerosos países, há muito tempo a lei não é mais elaborada pelo legislativo, mas por tecnocratas politicamente irresponsáveis. É isso que enfraquece o papel de contra poder do legislativo e afasta um pouco mais o governante do governado. A eficácia de textos parlamentares é perturbada pelo jogo de alianças e de coalizões, o qual faz com que a lei deixe de ser a expressão da vontade, para transformar-se na subtração de múltiplas negações. O compromisso anda de mãos dadas com termos frágeis e disposições ambíguas que não despertam discórdia. A lei torna-se um produto semiacabado que deve ser terminado pelo juiz.⁶⁵

A introdução de um nível jurídico superior à lei nacional provocou uma verdadeira revolução jurídica, no próprio sentido da palavra, quer dizer; uma rotação ao final da qual os elementos passam a ocupar posições exatamente opostas. O soberano, que ainda ontem era o último recurso, viu-se subordinado a uma instância superior, diante da qual todos os seus atos são passíveis de serem revistos.

Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Supremo Tribunal Federal surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à Justiça.⁶⁶

A soberania de representantes do povo vê-se freada por princípios encontrados nesses diferentes textos de enunciado claro e conciso, e de forte densidade moral. A lei tem agora dois senhores: o soberano, que lhe dá consistência, e o juiz, que a sanciona visando a sua conformidade aos textos básicos e acolhendo-a na ordem jurídica. Não se trata de uma

⁶⁵ Idem, ibidem, p. 40-41.

⁶⁶ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 20 - 21. Nesse mesmo sentido refere Mônia Clarissa Hennig Leal: Neste contexto, pode-se dizer, então, que a expansão do conteúdo dos direitos fundamentais corresponde e implica um processo de constitucionalização material do direito que atinge diretamente todos os Poderes do Estado, vinculando-os com seu caráter principiológico. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais alemã e norte-americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 73.

oposição entre o soberano e um inimigo externo, mas entre duas condições da vontade do soberano, expressas por titulares diferentes.

Desenvolvendo o tema R.Chapus⁶⁷ afirma:

O poder executivo carece de um poder maior que ele. Não apenas para arbitrar seus conflitos com o outro poder, o legislativo. Assim, na Bélgica, motivada pela tensão entre as comunidades, a Constituição confiou à Corte de arbitragem o cuidado de garantir a “a igualdade” no tratamento devido aos cidadãos. Esta simples palavra abriu um campo imenso para a intervenção do juiz, que se posicionou como responsável pela garantia real das liberdades fundamentais. Uma espécie de dinâmica jurisdicional tende a transformar instâncias com competências inicialmente limitadas em verdadeiras jurisdições, como no caso do grupo de trabalho sobre detenção arbitrária, da Comissão dos direitos humanos na ONU. Pôde-se observar o Conselho de Estado francês evoluir de uma instância de controle da ação administrativa a uma jurisdição dos direitos humanos.

Como explicar que a extensão do controle do juiz proceda quase sempre de uma delegação do próprio poder político? A inovação que se verifica com relação ao papel da constituição neste período se dá, especialmente, no âmbito de sua extensão, uma vez que os direitos clássicos de defesa semente atingiam uma parcela da ordem jurídica. A qualificação material dos direitos fundamentais, como normas objetivas, faz com que esses tenham efeito em todo o domínio do Direito, razão pela qual a Constituição se transforma em ordem jurídica fundamental desse todo. Dito de outro modo, toda a ordem jurídica passa a ser abarcada pela Constituição em suas bases principiológicas.⁶⁸

Explicando o assunto Antoine Garapon⁶⁹ explicita:

A judicialização da vida pública comprova esse deslocamento: é a partir dos métodos da justiça que nossa época reconhece uma ação coletiva justa. A justiça, aliás, tem fornecido à democracia seu novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação etc. O juiz – e a constelação de representações que gravita à sua volta – proporciona à democracia imagens capazes de dar corpo a uma nova ética da deliberação coletiva. Isso explica por que o Estado se desfaz de algumas de suas prerrogativas sobre instâncias quase-jurisdições do que pelo próprio Estado? Talvez porque, sendo hoje uma instância neutra e imparcial, a transparência e a regularidade processual parecem então mais legítimas que o exercício solitário de uma vontade política.

⁶⁷ CHAPUS, R. *L'Administration et son juge. CequiChange*, RapportpublicduConseil d'État, Paris, La Documentation Française, 1992, p.275.

⁶⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 53.

⁶⁹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas; tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2. ed. mai. 2001, p. 45.

É, portanto, mais sob a forma processual do que a política que a ação coletiva se legitima. O surgimento da expressão “imparcialidade do Estado”, que tanto marcou a última eleição presidencial francesa, oferece excelente ilustração dessa evolução das expectativas políticas. A ideia de imparcialidade pertence ao vocabulário da justiça. Sua aplicação ao Estado revela uma lacuna e uma transferência. Da perda de prestígio do político, antes de tudo, e de uma reorientação das expectativas políticas com vistas à justiça, pois é a ela que a opinião pública dirige agora suas demandas de arbitragem. A justiça passa a encarnar, assim, o espaço público neutro, o direito, a referência da ação política, e o juiz, o espírito público desinteressado.⁷⁰

A expansão do princípio democrático invadiu espaços até pouco inacessíveis, as novas constituições contemplando direitos que visavam à preservação da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, necessitou a busca de uma instância capaz de, através da interpretação das normas, se sobrepor à supremacia, oriunda da tradicional separação dos poderes, que legava exclusivamente ao Legislativo a legitimidade de legislar. Assim, o Poder Judiciário passou atender direitos coletivos e individuais que deveriam ser garantidos pelo executivo.⁷¹

Tudo, então, pode ser questionado perante uma jurisdição. Até mesmo a política externa, domínio exclusivo da soberania política, tradicionalmente rebelde a qualquer recurso. Poder-se-ia imaginar uma organização não governamental (ONG) apresentando queixa numa jurisdição penal contra o ministro das Relações Exteriores de um país da União Europeia pela atitude de cumplicidade de seu governo com genocídio em Ruanda? Esta petição certamente não teria hoje muita chance de prosperar, mas seu fundamento jurídico é plausível, e instrumentos jurídicos para isso estão disponíveis, sem falar da repercussão na mídia, que os governantes temem mais que qualquer outra coisa, que tal iniciativa poderia ter.

Esse recurso, agora possível contra qualquer atividade do Estado, teria pesadas consequências. Ao contrário do que pensam alguns, a justiça não se limita a oferecer aos atores da vida política um recurso suplementar: Tal progressão da justiça autoriza a transposição de todas as reivindicações e de todos os problemas perante uma jurisdição em termos jurídicos.

⁷⁰ Idem, ibidem, p.45

⁷¹ LEAL, Rogério Gesta. **O estado-juiz na democracia contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54-57.

A cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado, mas pelo direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas. A justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. A justiça lhes parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante.

Nessa nova forma, a dimensão coletiva do político desaparece. Ao bater às portas do Poder Judiciário se individualiza as obrigações, mas a dimensão coletiva não pode ser esquecida. Ela encoraja um engajamento mais solitário do que solidário. Com essa forma mais direta de democracia, o cidadão-suplicante tem a impressão de melhor controlar sua representação. Ele reivindica, na verdade, ser mais ativo, capa de decidir seu próprio destino e não aceita mais se envolver numa luta coletiva; daí a preferência atual pela mediação, negociação ou conciliação, que são, na realidade, o inverso do processo.

2.2 (Re)Significando o acesso à justiça em um ambiente de judicialização do cotidiano

A promulgação da Constituição de 1988, além de consolidar a juridicidade das normas constitucionais no Brasil, fortaleceu as garantias conferidas às instituições de direito público, responsáveis pela administração de assuntos públicos. Esta ascensão da normatividade constitucional também fortaleceu o Supremo Tribunal Federal, conferindo-lhe legitimidade e independência na hora de proferir suas decisões.

Não por acaso temos acompanhado o Supremo Tribunal Federal mais participativo, ocupando posição central na história do país e decidindo questões de larga relevância social e política, inclusive as que deveriam ser resolvidas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, mas que, por motivos diversos, não vinham sendo concretizadas.

A judicialização do cotidiano, portanto, envolve essa transferência de poderes aos juízes e tribunais, os quais passam a decidir as lides que afligem a sociedade, nos limites dos pedidos formulados e tendo a Constituição como parâmetro. É a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo que possibilita a ascensão da “judicialização da vida”.⁷²

Essa centralidade assumida pelo Supremo Tribunal Federal reforçou a confiança depositada pela Sociedade nas instituições e intensificou a procura do cidadão pelas

⁷² BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.332.

instituições judiciais (seja de forma direta ou, indiretamente, através dos legitimados coletivos – substitutos processuais). A conscientização política do cidadão e, principalmente, o surgimento de novos instrumentos processuais, dentre os quais merecem destaque as ações coletivas, contribuíram para o aumento das demandas submetidas ao seu crivo.

Em relação às ações coletivas, esse aumento pode não ser tão expressivo se comparado à quantidade de ações individuais que tramitam na justiça brasileira, mas é certamente expressivo em relação ao número de pessoas que poderão ser beneficiadas por uma única decisão coletiva favorável (maior acesso à justiça); à economia processual gerada (tramitação de uma ação coletiva ao invés de milhares de ações individuais com idêntico objeto) e à rapidez na prestação jurisdição (proporcional à complexidade da demanda e convergindo esforços em sua análise).

Luís Roberto Barroso⁷³ aponta três causas para a judicialização no Brasil: a) a redemocratização do país; b) a constitucionalização abrangente; e c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. No que se refere à primeira causa, a redemocratização do país, observa-se que, a partir da Constituição de 1988, houve um reposicionamento do Supremo Tribunal Federal frente aos demais poderes, especialmente como resultado da recuperação das garantias da magistratura. Tem-se, então, um Supremo Tribunal Federal voltado a dar concretude à Constituição e às leis, ainda que nesse processo de “interpretação e concretização do direito”, a norma de decisão criada pelo intérprete autêntico, que é o magistrado,⁷⁴ contrarie aos interesses e às funções precípuas dos demais poderes.

Portanto, a redemocratização do país engloba um Judiciário forte, instituições de defesa dos interesses sociais igualmente fortalecidas e instrumentos processuais que acompanhem aos anseios da sociedade de forma efetiva, com respostas céleres, econômicas e adequadas.

É notória a contribuição das ações coletivas para a redemocratização do país. Por meio delas, o judiciário consegue atuar em questões de grande Repercussão geral de forma mais efetiva (uma ação coletiva substitui milhares de ações individuais, com otimização do tempo para sua análise), tutelando o direito de milhares de pessoas (meio adequado e amplo acesso à Justiça).

Importante destacar que a onda de constitucionalização, em verdade, associa-se à noção de normatividade constitucional. Transforma-se Política em Direito porque a norma

⁷³ Idem, *ibidem*, p.332-333.

⁷⁴ GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 29.

inserida na Constituição passa a ter status de direito subjetivo, desencadeando pretensão acionável mediante ação judicial. Mais que isso, a previsão constitucional muda o foco da exigibilidade: as normas infraconstitucionais devem estar em consonância com a Constituição.

Assim, a “judicialização do cotidiano” decorre do sistema misto de controle de constitucionalidade, que permite a declaração de inconstitucionalidade tanto pela via incidental, por qualquer magistrado ou tribunal - autorizados a não aplicar, no caso concreto, lei ou ato normativo considerado inconstitucional; quanto pela via concentrada, a partir da análise abstrata de leis ou atos normativos diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Ambas as formas de controle podem ser realizadas no âmbito das ações coletivas: a) O controle concentrado é inerente às ações diretas ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que têm natureza de ação coletiva; e b) as ações coletivas em geral podem ser utilizadas como instrumento de controle difuso de constitucionalidade.

A “judicialização do cotidiano”, portanto, impulsionada pela redemocratização do país, pela constitucionalização abrangente e pelo o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, reflete uma realidade incontestável: é no Judiciário que terminam desaguando, pela via das ações coletivas, os problemas de grande repercussão social e política não solucionados pelos poderes executivo e legislativo.

Confirmando a tendência atual da “judicialização do cotidiano”, vejamos algumas decisões em sede de ações coletivas, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, recentemente, foram ajuizadas duas ações de repercussão nacional (ações diretas), as quais refletem a importância do judiciário e das demandas coletivas no destino do país: a) ADI 3.150 – pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que autoriza pesquisas com células-tronco embrionárias. Na referida ação, houve, inclusive, participação da sociedade na discussão da matéria, o que não ocorreu antes da entrada em vigor da lei; b) ADC 12/2005 - Pedido de declaração de constitucionalidade da Resolução n. 7 do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do judiciário.

Assim, na compreensão do papel da jurisdição constitucional é de suma importância a noção de garantia da Constituição, vinculando-a aos diversos procedimentos que efetivam a

proteção judicial dos direitos fundamentais.⁷⁵ A recepção dos direitos fundamentais, nas constituições, como normas de natureza constitucional e dotadas de supralegalidade, é um momento importante do reconhecimento e da efetiva proteção dos direitos fundamentais. Apenas a consagração constitucional não foi condição suficiente para assegurar a proteção efetiva dos direitos fundamentais.

O acesso à justiça, a responsabilidade dos juízes e das instituições judiciárias completam o variado temário para a reestruturação contemporânea do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional, nas suas formulações democráticas.

O acesso à justiça é considerado como corolário da igualdade dos direitos, pois ele determina as relações entre os homens. Desde as dificuldades em avaliar os diversos aspectos de um processo, até sua plena efetividade, encontra-se a complexidade da matéria.

O princípio da igualdade dos direitos supõe a possibilidade, para cada cidadão, do poder de recorrer à justiça. Facilitar o acesso dos hipossuficientes à justiça é uma preocupação tradicional. A segurança da proteção jurídica consiste no fornecimento de benefícios, através de meios jurídicos e financiamentos para atender as necessidades, para chegar a uma solução justa, em qualquer litígio, fazendo valer os direitos de defesa, nos mais amplos caminhos que percorre a sociedade civil democrática.

Entre os direitos humanos reconhecidos por diversas declarações nacionais e internacionais,⁷⁶ está o direito de acesso à justiça. Este não deve ser visto como mero direito de acesso ao Poder Judiciário. Ao se falar em acesso à justiça, está-se a falar em acesso à ordem jurídica justa.⁷⁷ Assim sendo, só haverá pleno acesso à justiça quando for possível a toda a sociedade alcançar uma situação de justiça. É preciso notar, porém, que há dois tipos de justiça: a justiça por natureza e a justiça por convenção.⁷⁸ Considera-se justo por natureza aquilo que é justo independentemente de ser assim reconhecido por leis, costumes, sentenças

⁷⁵ Direitos fundamentais são os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.

⁷⁶ A partir do surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e da consequente aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o direito internacional dos direitos humanos começa a dar ensejo à produção de inúmeros tratados internacionais destinados a proteger os direitos básicos dos indivíduos. Nesse sentido, são as declarações de Norberto Bobbio que expõe: [...] a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver. A declaração é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas. De resto, como já várias vezes foi observado, a própria Declaração proclama os princípios de que se faz pregoeira na como normas jurídicas, mas como “ideal a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações”. (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992).

⁷⁷ A expressão é de Kazuo Watanabe, “**Acesso à justiça e sociedade moderna**”, In: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe (coord.), *Participação e processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

⁷⁸ JUNIOR, Goffredo Telles. **A folha dobrada** – lembranças de um estudante, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 156.

ou contratos. Por outro lado, justo por convenção é aquilo que exprime a ética social, tendo sido considerado justo pela sociedade e por ela consagrado em normas. Nem sempre o justo por natureza e o justo por convenção coincidem.

É preciso, porém, saber como se alcança essa situação de pleno acesso à justiça. E isto só se alcança através da remoção de todos os obstáculos que possam existir ao acesso amplo à ordem jurídica justa. Mauro Cappelletti, já afirmava que embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade”⁷⁹ é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um direito substantivo, poderia ser expressa como completa “igualdade de armas”. A garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados em um ambiente de judicialização do cotidiano?⁸⁰

O primeiro obstáculo, sem sombra de dúvida, é de natureza econômica. De nada adianta afirmar-se que todos são sujeitos de direitos se não se criam as condições necessárias para que todos possam ver seus direitos atuados concretamente pelo Supremo Tribunal Federal. O fato de o serviço judiciário ser pago sempre foi obstáculo a que as camadas mais carentes da sociedade tivessem negado o acesso à tutela jurisdicional. Foi preciso, assim, que se regulamentasse a assistência judiciária.

Neste contexto, o papel das Faculdades de Direito de todo o Brasil, ganha uma função de suma importância, através de seus escritórios de prática forense, atuem como órgãos auxiliares da Defensoria Pública, prestando assistência jurídica aos hipossuficientes. Só assim o obstáculo econômico poderá estar removido, e não mais se poderá dizer no Brasil o velho provérbio inglês, segundo o qual *Justice is open for all, Just like Ritz Hotel*.⁸¹

Desenvolvendo a temática das custas judiciais, enquanto obstáculo a ser transposto, Mauro Capelletti, afirma o seguinte:

⁷⁹ A concepção de efetividade que se pretende trabalhar aqui assume um caráter mais amplo do que aquela desenvolvida por Chiovenda cuja visão, de cunho essencialmente individualista, está ultrapassada, pois [...] na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter (CHIOVENDA, Giuseppe. **Dell'azione nascente dal contratto preliminare**. In: Saggididirittoprocessoalecivile. Roma, Foro Italiano, 1930, v. 1, p. 110).

⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 15.

⁸¹ A justiça está aberta para todos, assim como o Hotel Ritz.

Se é que o Estado paga os salários dos juízes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, o litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais.

O alto custo para as partes é particularmente óbvio sob o “Sistema Americano”, que não obriga o vencido a reembolsar ao vencedor os honorários despendidos com seu advogado. Mas os altos custos também como uma barreira poderosa sob o sistema, mais amplamente difundido, que impõe ao vencido os ônus da sucumbência.⁸² Nesse caso, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer, o que é de fato extremamente raro, dadas as normais incertezas do processo; ele deve enfrentar um risco ainda maior do que verificado nos Estados Unidos. A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes. Além disso, em alguns países, como a Grã-Bretanha, o demandante muitas vezes não pode sequer estimar o tamanho do risco – quando lhe custará perder – uma vez que os honorários advocatícios podem variar muito. Finalmente, os autores nesses países precisam às vezes segurar o juízo no que respeita às despesas do adversário, antes de propor a ação. Por essas razões, pode-se indagar se a regra da sucumbência não erige barreiras de custo pelo menos tão substanciais, quanto as criadas pelo sistema americano. De qualquer forma, torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça.⁸³

A ideia de custo se encontra desenvolvida na economia. É primeiramente um conceito econômico. Por não caber, nesse trabalho, o desenvolvimento amplo de uma teoria dos custos econômicos, mas sim apenas uma definição clara e simples de custo que permita compreender o raciocínio que se propõe em torno da ideia do custo de acesso à jurisdição. Para Mankiw⁸⁴, numa linguagem clara e simples, custo deve ser entendido economicamente como: “o valor de tudo aquilo de que um vendedor precisa abrir mão para produzir um bem”. O mesmo Mankiw

⁸² A longa relação de países que, com algumas variações, impõem os ônus da sucumbência ao vencido inclui: A Austrália, a Bélgica, o Canadá, a Inglaterra, a França, a Alemanha, a Holanda e a Suécia. Alguns países, entre os quais a Colômbia, a Itália, a Espanha e o Uruguai, embora adotem em princípio a regra da sucumbência, dão ao juiz ampla discricão para distribuir as despesas entre as partes. O “sistema americano”, adotado apenas pelos Estados Unidos e pelo Japão, tem sido muito criticado, Vide, por exemplo EHRENZWEIG “Reimbursement of Counsel Fees and the Great Society”. (Reembolso dos honorários e a Grande Sociedade), In: *California Law Review*, v. 54, 1966, p. 792, Maclaughlin. “The Recovery of Attorney’s Fees: A New Method of Financing Legal Services. (O Reembolso dos honorários: Um Método para financiar os services jurídicos). In: *Fordham Law Review*, v. 40, 1972, p. 761; COMMENT. “Court Awarded Attorneys Fees and Equal Access to the Courts. (A imposição dos Honorários pelo Tribunal e a Igualdade de Acesso à Justiça). In: *University of Pasadena Law Review*, v. 122, 1974, p. 636.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 15-18.

⁸⁴ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução da 3. ed. americana. São Paulo: Thompson. 2006, p. 829.

define outra modalidade de custo, o custo de oportunidade. Para ele custo de oportunidade é: “qualquer coisa que se tenha que abrir mão para obter algum item”.⁸⁵

O segundo obstáculo é o do campo de incidência do sistema processual. O sistema processual civil brasileiro, como de resto o de quase todos os países, foi estabelecido com o fim de permitir a resolução de conflitos interindividuais. Conflitos entre Caio e Tício. O próprio ensino do Direito no Brasil funciona em torno desses dois personagens. A imensa maioria dos professores de Direito do Brasil vem repetindo para seus alunos uma série de exemplos distantes da realidade. Basta pensar em algumas situações, figuradas em livros, palestras e aulas, para se verificar o acerto do que fora dito. Caio mata Tício na luta pela única tábua que restou do naufrágio do barco em que estavam. Caio atirou em Tício, que levado para o hospital em uma ambulância, não chegou ao destino, pois a ambulância colidiu com um poste e ele veio a falecer.⁸⁶

Ocorre que nos dias de hoje os conflitos coletivos são muito mais importantes, do que os interindividuais. É necessário, assim, ampliar o campo de incidência do sistema processual, de modo a permitir a resolução de conflitos envolvendo interesses metaindividuais. Isto se conseguiu, através da criação do mais rico instrumental de proteção de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de que se tem notícia no mundo. Instrumentos como a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo são extremamente importantes para que se alcance pleno acesso à justiça.

Assim, a ampliação da interferência do Estado, em suas diversas órbitas (União, Estados-Membros, Municípios, Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas no cotidiano da vida dos particulares). A concepção do Estado Liberal, abstensionista por definição, foi irremediavelmente ultrapassa pelo Estado Social.⁸⁷

⁸⁵ Ibidem, p.829

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁸⁷ O cenário jurídico-político do Brasil vem apresentando, nos últimos anos, uma clara transição entre as ações decorrentes das posturas derivadas da influência do Estado Liberal tradicional, e a busca da implementação de um Estado Democrático de Direito. Pode-se, a partir dessa premissa, a firmar que a Constituição Federal de 1988 saiu de uma postura indiferente aos anseios da maioria da população, para refletir uma nova postura, de maior intervenção no domínio econômico e social, que se traduz pelo aumento das ações dos administradores públicos no sentido de implementar os “direitos fundamentais e sociais positivos” ou de cidadania, que a mesma estabelece. Esse contexto, entretanto ao destacar as ações de governo, ou “políticas públicas”, implica seu controle, não apenas na esfera burocrático-administrativa, mas também, e fundamentalmente, na esfera judicial, dado ser função não apenas política, mas também social, do mesmo, a realização dos princípios constitucionais, cuja efetivação implica notável transferência de poder político, das esferas do Executivo e do Legislativo para o judiciário. (ROCHA. Álvaro Filipe Oxley da. **O judiciário e a concretização dos direitos fundamentais sociais**: jurisdição e políticas públicas. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. n. 6. Org. Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2010, p. 17-18).

Ocorreu um verdadeiro despertar para a cidadania no direito brasileiro com relação ao direito e à sua finalidade, qual seja a identificação compulsória se for o caso, dos limites desta crescente atuação do Estado, conservando incólumes os espaços de livre atuação dos particulares, a liberdades públicas, constitucionalmente asseguradas.

Essa garantia efetiva e real de acesso à justiça surgiu em decorrência da evolução das relações entre as pessoas travadas na sociedade atual e do surgimento de novos interesses ou direitos, como o meio ambiente, ante a flagrante inadequação dos modelos processuais criados para proteção de interesses individuais.

E isto porque, após a revolução industrial, seguida da revolução tecnológica, passou-se da fase da sociedade de cunho individualista e liberal para um modelo onde as relações que transcendem o interesse particular e afetam a sociedade como um todo, sendo certa também a exigência de proteção de interesses que não cabem na esfera restrita de titularidade dos indivíduos, mas ultrapassam e se apresentam de forma difusa pela sociedade.

Sendo preciso, assim, criar novos mecanismos para a tutela dos novos direitos surgidos nesta fase da civilização, haja vista que os antigos esquemas não eram suficientes para tutelar os diversos novos interesses mercedores de proteção.

Destarte, imprescindível a criação de instrumentos de tutela dos direitos difusos e coletivos, assim como o tratamento coletivo dispensado a direitos a princípio individuais, mas que acabam por repercutir na sociedade em razão da sua origem comum (individuais homogêneos).

Parece que à sociedade de massa deve corresponder o processo de massa (coletivo) para a solução dos conflitos de massa.⁸⁸ Somente com a criação de mecanismos processuais adequados à nova realidade social será possível tutelar os diversos interesses surgidos na sociedade contemporânea, de natureza transindividual, que interessam a toda a sociedade ou grupos sociais.

Com efeito, é fácil compreender que não pode haver acesso à ordem jurídica justa se não existem meios de proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico, do acervo cultural, e de tantos outros interesses difusos, uma vez que o século XX e XXI é marcado por uma transição da “sociedade técnica de massas à sociedade de risco”.⁸⁹

⁸⁸ Para Luiz Guilherme Marinoni com apoio na doutrina de Mauro Cappelletti (*Formazionisociali e interesse di grupo davanti ala giustizia civile*, p. 365), se vivemos em uma sociedade de produção e de consumo em massa é natural que passem a surgir conflitos de massa e que os processualistas estejam cada vez mais preocupados em configurar um adequado processo de massa para tutelar os conflitos emergentes (*Novas Linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 87).

⁸⁹ A sociedade de risco enfrenta-se com riscos socialmente e já não naturalmente criados (*intempéries*), riscos civilizatórios, que não é possível delimitar espacial, temporal e socialmente. Como pedra de toque surge a

Desenvolvendo a problemática relativa aos interesses difusos,⁹⁰ Mauro Capelletti, mostra que essa situação cria barreiras ao acesso, explicitando o que segue:

Suponhamos que o governo autorize a construção de uma represa que ameace de maneira seria e irreversível o ambiente natural. Muitas pessoas podem desfrutar da área ameaçada, mas poucas, ou nenhuma, terão qualquer interesse financeiro direto em jogo. Mesmo esses, além disso, provavelmente não terão interesse suficiente para enfrentar uma demanda judicial complicada, presumindo-se que esses indivíduos tenham legitimização ativa, eles estão em posição análoga à do autor de uma pequena causa, para quem uma demanda judicial é anti-econômica. Outra barreira se relaciona precisamente com a questão da reunião. As várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum. Esse problema é mais exacerbado pelo, assim chamado, “livre-atirador”, uma pessoa que não contribuiu para a demanda, mas não pode ser excluída de seus benefícios: por exemplo, a suspensão das obras da barragem. Em suma, podemos dizer que, embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso.⁹¹

Não se pode deixar de registrar que o direito objetivo brasileiro foi além da proteção aos interesses coletivos e difusos, estabelecendo também um sistema de proteção dos interesses acidentalmente coletivos⁹², ou seja, dos interesses individuais homogêneos. Estes

questão ecológica, transformada em tema sociológico. Verifica-se, assim, uma mundialização do risco: “sociedade de risco significa sociedade de risco mundial, que não pode deixar de ter consequências ao nível do desenvolvimento de uma sociedade civil mundial, na esteira do sopro Kantiano. Estes perigos globais podem reconduzir a uma tipologia tridimensional: a) perigos técnico-industriais e danos no ecossistema, ambos dependentes da riqueza das respectivas sociedades; b) perigos técnico-industriais e danos no ecossistema, mas agora resultantes da pobreza, expressão de uma “autodestruição dos pobres”, condenados, por exemplo, a uma galopante destruição da floresta amazônica para poderem sobreviver; c) finalmente, os perigos resultantes das armas de destruição massiva, sejam elas atômicas, biológicas ou químicas, e estejam ela na mão de Estados ou em poder de grupos terroristas, em face de um permissivo e assustador tráfico, por exemplo, de plutônio, proveniente, nomeadamente, dos países que integravam a defunta URSS. Desenvolvimento da globalização, que a partir de cima, que de baixo: a primeira a traduzir-se numa rede institucional e normativa, expressa em critérios mais ou menos densos, mais ou menos vinculantes, em hard ou em softlaw; a segunda a espelhar-se no brotar cogumérico de um conjunto de atores transnacionais; emergência de uma subpolítica, isto é, de práticas políticas não enquadradas pelas instituições da democracia representativa e que correspondem à ação direta. (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade; tradução de Sebastião Nascimento; inclui uma entrevista inédita com o autor – São Paulo: Ed.34, 2010, p12-50).

⁹⁰ Interesses “difusos” são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação. (CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 26).

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p.26-27.

⁹² No Brasil, caminha-se rumo a uma gradativa expansão dos polos processuais. O percurso teve início com Ação Popular (art.5º, LXXIII, da CF e Lei 4.717/65), Ação Civil Pública (Leis. 7347/85 e 7.913/89), a partir da CF/88, a possibilidade de impetrar Mandado de Segurança Coletivo (artigo 5º, LXX) e pela expansão de

são interesses individuais, divisíveis, que podem ser objeto de tutela jurisdicional através de um processo único, em que os mesmos são tratados coletivamente. Tal possibilidade de tratamento coletivo decorre como sabido, da homogeneidade dos interesses individuais, que decorrem de uma origem comum.

O novo enfoque do acesso à justiça está relacionado ao consumidor de justiça. Como afirmou Mauro Cappelletti, “na concepção revolucionária do acesso à justiça, a atenção do processualista se amplia para uma visão tridimensional do direito. Sob esta nova perspectiva, direito não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (as normas gerais e especiais); mas é encarado, principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da justiça, enfim, sob o ponto de vista dos usuários dos serviços processuais”.⁹³

O formalismo⁹⁴ exacerbado é um obstáculo ao acesso à justiça, uma vez que faz com que a forma acabe por se tornar mais importante do que a substância. Neste ponto, não se pode deixar de afirmar que o processo civil brasileiro com a criação dos Juizados Especiais Cíveis, e com a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, tem o que se pode considerar o processo menos formalista de que se tem notícia.

Neste contexto, é preciso, valorizar os meios alternativos de resolução de conflitos, como a mediação⁹⁵ e a arbitragem⁹⁶. É preciso que a sociedade se dê conta de que já pode se

legitimidade ao Ministério Público, que passa a atuar em determinadas ações, e às associações qualificadas para causas relativas à tutela do meio ambiente, do consumidor etc. Atualmente, a Emenda Constitucional 45, de 2004 (EC 45/2004) trouxe uma série de alterações ao texto constitucional pretendendo promover o acesso à justiça. (MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** / José Luis Bolzan de Moraes, Fabiana Marion Spengler. 3. ed. rev. e atual. com o Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 33).

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas**. In: Luiz Guilherme Marinoni (coord.), *O processo civil contemporâneo*, Curitiba; Juruá, 1994, p. 15.

⁹⁴ O formalismo, de fato, não é simplesmente uma doutrina linguística, mas uma doutrina indissolavelmente ligada a elementos centrais da tradição liberal. Isso envolve o específico modelo antropológico, as específicas noções de comunidade, de racionalidade, de prática e de política apropriadas pelo liberalismo (SANTORO, Emílio. **Estado de direito e interpretação: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito**. Tradução de Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 44).

⁹⁵ A mediação, enquanto espécie do gênero justiça consensual, poderia ser defendida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Trata-se de um processo no qual a terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito. (MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** / Jose Luis Bolzan de Moraes, Fabiana Marion Spengler. 3. ed. ver. e atual. com Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), resolução 125/2010 do CNJ – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 131).

⁹⁶ [...] Se as leis não administrassem e atribuíssem determinadas características com caráter jurisdicional à atividade dos árbitros, os litigantes que quisessem resolver extrajudicialmente seus conflitos, ainda assim, poderiam submetê-los à decisão de terceiro. Entretanto, a atuação deste, por não estar revestida de atributos de jurisdição de que, efetivamente, gozam os árbitros, impossibilitaria que se recorresse à justiça estatal para executar coativamente sua decisão. Tal pronunciamento conforta em muito a corrente doutrinária que atribui

valer destes poderosos instrumentos de pacificação social, que se desenvolvem à margem do Estado, e que permite chegar a resultados análogos àqueles que são alcançados através do processo jurisdicional. A utilização dos “meios alternativos de composição de conflitos”⁹⁷ é interessante não só para as partes envolvidas no conflito, que podem ter a resolução do mesmo ditado por um especialista na matéria que goze de sua confiança, através de um procedimento célere e sigiloso, ou que podem alcançar elas mesmas a solução do conflito, com a ajuda de alguém com treinamento específico para auxiliar os interessados a obter uma composição que agrade a todos; mas é interessante também para o Estado, que terá um número de conflitos para solucionar tanto menor quanto maior seja o número de conflitos submetidos aos meios alternativos de resolução.

Neste contexto, para assegurar o acesso à ordem jurídica justa, foi criada as ações coletivas, como instrumento destinado a compor conflitos de interesses transindividuais ou metaindividuais para a tutela de interesses que se encontram espalhados por toda a coletividade e ostentam natureza indivisível, de forma que a lesão aos mesmos afeta toda a sociedade.

O acesso à Justiça no Brasil inicialmente não se identificava com o movimento desencadeado, mas, sim, com os movimentos sociais e os espaços alternativos de Justiça devido, sobretudo, à desconfiança que o Estado provocava na sociedade civil, já que ele expressava, na virada dos anos 70 aos 80, um espaço autoritário inacessível aos novos atores sociais.

No entanto, na conjuntura da Constituinte de 1988, o acesso à Justiça tornou-se um princípio constitucional, e as instituições jurídicas estatais, como a Magistratura, o Ministério

à arbitragem natureza jurisdicional híbrida, sendo na sua primeira fase contratual e na segunda jurisdicional. (MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição!/ Jose Luis Bolzan de Moraes, Fabiana Marion Spengler. 3. ed. ver. e atual. com Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), resolução 125/2010 do CNJ – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 231).

⁹⁷ O juízo arbitral é uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssima possibilidade de recurso. Seus benefícios são utilizados há muito tempo, por convenção entre as partes. Embora o juízo arbitral possa ser um processo relativamente rápido e pouco dispendioso, tende a tornar-se muito caro para as partes, porque elas devem suportar o ônus dos honorários do árbitro. Por isso, não é de surpreender que recentemente tenha sido proposto que o Estado pague os árbitros ou permita que os juízes atuem como árbitros. [...] Dadas as delongas e despesas frequentemente características dos litígios, essas alternativas podem reduzir as barreiras de custas para as partes e, pela utilização de julgadores ativos e informais, beneficiar substancialmente as partes mais fracas. [...] O fator complicador adicional aqui é que, para manter a constitucionalidade, é preciso assegurar o direito a novo julgamento ou recurso. O risco é que as partes insatisfeitas, dissuadidas pelos ônus de novas custas e novas audiências, deixem de utilizar esse direito e possam, dessa forma, ser privadas das salvaguardas dos tribunais. Mas, se o estabelecimento dessa barreira pode ser evitado, e os problemas mais fundamentais dos procedimentos judiciários lentos e dispendiosos não são solucionados, esse tipo de juízo arbitral pode propiciar maior facilidade de acesso a muitas pessoas. (CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 82-83).

Público e a Defensoria Pública, conseguiram ampliar a sua legitimidade ao serem reconhecidas como instituições essenciais à Justiça pela Constituição e, desse modo, desvinculando-se do Estado autoritário do qual estiveram sob controle (em especial, o Ministério Público).

Com a efetivação legal do acesso à Justiça e o crescimento do papel das instituições jurídicas, a cidadania deixa de ser uma mera abstração teórica, tornando-se, assim, materializada pelos canais de representação do direito. A cidadania deixa de ser exclusiva aos cidadãos “doutores”, na medida em que abrange, também, os interesses dos cidadãos tidos como “simples” ou “elementos”.

A cidadania é, aqui, descrita como um resultado de um longo conflito histórico/social, e que tem no sistema democrático o seu principal espaço na criação e na afirmação de novos direitos, abrangendo as conquistas não apenas das classes sociais desfavorecidas em termos de provimentos e prerrogativas, mas também dos novos atores sociais como as mulheres, meio ambientalistas, negros, entre outros. Assim sendo, os direitos civis conseguem se firmar, de modo ainda mais preciso, pela Constituição de 1988, ao lado dos direitos políticos e sociais.

O fenômeno da “judicialização do cotidiano” deu um novo salto qualitativo às instituições jurídicas, enquanto canais de representação dos mais diversos interesses, visto que, as instituições mais tradicionais de representação, como os partidos políticos e os sindicatos, começaram a entrar em crise de identidade, afetando o seu nível de representação, e, conseqüentemente, isso veio a fortalecer ainda mais as instituições do direito.

3 DESENHO INSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: RACIONALIZANDO A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Quando se coloca a questão da racionalização do processo constitucional a finalidade precípua é combater a morosidade das prestações decisórias do sistema jurídico. O que não se restringe ao campo da jurisdição constitucional, mas tem nela um de seus principais focos e entre estes sobressai o recurso extraordinário em sua conformação subjetiva, anterior à Emenda à Constituição n. 45/2004.

O advento da repercussão geral⁹⁸ traz consigo um importante aspecto sistêmico – funcional: o de reduzir a carga de produção decisória do Supremo Tribunal Federal, em um ambiente de novos direitos, por não dizer de um processo coletivo, advindo da evolução do conteúdo e da natureza dos direitos fundamentais de primeira para segunda, terceira e quarta geração. Uma forma linguística exigida e utilizada para a positivação constitucional dos, então “novos” direitos diferenciou-se totalmente da utilizada para os direitos liberais tradicionais.

A redução numérica dos recursos extraordinários traz, sem dúvida, benefícios ao funcionamento dos programas condicionais do direito⁹⁹, propiciando na dimensão temporal das atividades do Supremo Tribunal Federal com condições de utilizar a repercussão geral como instrumento eficaz na redução do tempo na produção das decisões, decorrente da redução numérica dos recursos extraordinários, sendo utilizado como instrumento para geração de efeitos na celeridade e na efetividade (seja na utilidade social como efetivação dos direitos fundamentais e estabilização e expectativas sociais ligadas a funções finalísticas) das decisões a serem produzidas em sede de controle difuso no recurso extraordinário, dotado de repercussão geral.

Desse modo, a atuação do Supremo Tribunal Federal poderá tornar mais efetiva e gerará efeitos positivos na evolução do sistema social como um todo, por meio da operacionalização e racionalização da jurisdição constitucional, ligados à segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais no campo dos temas constitucionais com repercussão

⁹⁸ Busca-se com a repercussão geral, que o Supremo Tribunal Federal atue somente nos casos em que o zelo à Constituição Federal reclame sua manifestação, ou seja, naqueles casos em que as disposições da Constituição não são vulneradas, não há porque invocar-se a manifestação do Supremo Tribunal Federal, bastando para a adequada entrega da prestação jurisdicional a conformidade com a Constituição.

⁹⁹ O instituto da repercussão geral amplia o acesso à justiça, à medida que permite maior reflexão dos senhores ministros do Supremo Tribunal Federal sobre as matérias discutidas. Assim, as garantias de acesso à justiça não só foram preservadas, como foram efetivamente ampliadas, seja em face da possibilidade de aprofundamento dos debates, descartando aqueles que não veiculam repercussão geral, e, portanto, destituídos de requisitos justificadores de sua apreciação.

geral que apresentem relevância econômica, política, social e jurídica e que tenham alcance objetivo – sistêmico (que transcende o interesse subjetivo das partes).

Diante da crise do modelo representativo de democracia, de um lado, e a ascendência da jurisdição constitucional como “locus” de reconhecimento e realização do projeto constitucional¹⁰⁰, de outro, em um ambiente de crise estrutural do Estado Social, coloca-se no centro do debate constitucional a tarefa de construir uma democracia adequada para a racionalização das decisões jurídicas, ainda mais, quando a jurisdição se apresenta como arena privilegiada para realização do projeto constitucional.¹⁰¹

Por outro lado, surge a questão inevitável de saber se a repercussão geral restringirá ou não o acesso individual ao Supremo Tribunal Federal. Não há como negar que isto ocorrerá, pois o recurso extraordinário passa ostentar uma feição incompatível com os interesses subjetivados e individuais das partes.

A questão desborda o campo dos debates puramente teóricos e põe-se diante de uma moldura fática que deriva de uma concepção meramente formal de acesso à justiça, que não se traduziu em efetividade material.

Construíram-se meios processuais de acesso ao Poder Judiciário, com ações e remédios judiciais que geraram um acesso “formal” à justiça, sem antes preocupar-se com a efetividade, celeridade e segurança jurídica.¹⁰²

A nova sistemática do recurso extraordinário deve ser avaliada com relação ao binômio: garantia constitucional de amplitude de acesso à justiça, e do outro lado, efetividade da atividade jurisdicional constitucional.

¹⁰⁰ O Supremo Tribunal Federal, não se pode furtar a receber e ter de processar pontos de vista de grupos minoritários, que muitas vezes contestam as orientações de consenso formadas no embate entre Legislativo e Executivo. [...] Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal assume o papel de decisor democrático final, quanto às questões controvertidas, nas quais o Executivo e o Legislativo não conseguem chegar a uma decisão. (ROCHA. Álvaro Filipe Oxley da. **O judiciário e a concretização dos Direitos fundamentais sociais**: jurisdição e políticas públicas. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. n. 6. Org. Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2010, p. 26-28, grifos meus).

¹⁰¹ O papel democratizante ou “civilizatório”, a nosso ver do Supremo Tribunal Federal produz um efeito tanto de “muro de lamentações” quanto o de “uma efetiva arena para o exercício da democracia”, partindo da premissa da existência de uma democracia na qual a relação entre o Executivo e Legislativo estão muito aquém do ideal. (WERNECK VIANNA, Luiz, e BURGO, Marcelo B. (2005), **Entre princípios e regras**: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública. Dados, v. 48, n. 4, p. 777-843).

¹⁰² Portanto, é certo que eventuais entraves criados pela jurisprudência não são um meio de obter celeridade processual, mas uma forma de mitigação aos princípios fundamentais, fomentando-se apenas insegurança jurídica. Pois, como bem salienta Tereza Arruda Alvim Wambier, é necessário que a justiça possa oferecer o binômio “celeridade/qualidade” ao jurisdicionado, de modo que um não exclua a outro. (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim). **Anotações do Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil 2009**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/anotacoes-do-congresso-brasiliense-de-direito-processual-civil-2009>>. Acesso em: 11 set. 2014.

Sendo que, no particular da segurança jurídica, poderá o Supremo Tribunal Federal preservar situações faticamente consolidadas pela modulação dos efeitos da decisão do mérito do recurso extraordinário com repercussão geral, com aplicação extensiva da regra do art.27 da Lei n.9.868/99.

Na verdade, a função racionalizadora da questão quantitativa dos recursos extraordinários dirigidos ao Supremo Tribunal Federal terá efeitos sistêmicos no aspecto sócio-jurídico, em que o recurso extraordinário se firmará como instrumento de uma maior efetividade social das prestações decisórias da jurisdição constitucional.

Portanto, a concretização das normas constitucionais deve ser realizada através de uma “reelaboração/reconstrução”,¹⁰³ mediante um processo de “interpretação pública”,¹⁰⁴ que não descarta a possibilidade de adoção de determinadas metodologias jurídicas, pois o que se faz é se agregar umas às outras, servindo de complemento para uma fundamentação que deve ser realizada, de modo claro e preciso, em atenção ao comando constitucional do art. 93, IX, da Constituição.

Este congestionamento, no que toca aos exames de temas vinculados aos diversos ramos do direito, gerou as constantes referências a uma crise do Supremo Tribunal Federal,¹⁰⁵ que pelo excesso de serviço passou a receber, anualmente, um número de feitos no seu protocolo muito superior às possibilidades de julgamentos.

A repercussão geral deve preservar não apenas a garantia de direitos fundamentais, devendo o Supremo Tribunal Federal garanti-los, frente aos obstáculos da atualidade. É tal como anseia o fenômeno da “judicialização do cotidiano”, em que manifesta, em suas decisões, uma carga de responsabilidade sobre aquilo que assola o país, não estando apenas ao encargo do Poder Legislativo e Executivo o dever de corrigir eventuais erros sob a ótica do Estado Social.

Nesse sentido, o instituto vem a ser mais um mecanismo favorável de fortalecimento da democracia brasileira.

¹⁰³ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba, 2010, p. 537.

¹⁰⁴ Idem, *ibidem*, p. 537.

¹⁰⁵ As sugestões para restringir sua competência como juízo extraordinário, a adoção de medidas processuais que dão vigor à interposição de apelo extremo e simplificado da Corte Constitucional constituem alguns dos temas que aparecem nos debates a respeito da atualização do Supremo Tribunal Federal. (Ministro Aliomar Baleeiro. **Uma nova estrutura do judiciário e o STF**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Número Especial sobre a Reforma do Poder Judiciário, Universidade Federal de Minas Gerais, v.41, jul.1975, p. 114; FAGUNDES, Seabra. **A organização do funcionamento do poder judiciário, em estudos sobre a Constituição Brasileira**. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1954, p. 154-155.

O Supremo Tribunal Federal aderiu a esse movimento, demonstrando um engajamento que é potencializado em sua jurisdição, por se tratar justamente de uma instância final em que se opera “consensos” que envolvem a Constituição. E no caso reforça a participação democrática de todo o Estado brasileiro, principalmente quando a decisão assume uma carga vinculante.

Assim, nos diversos estudos que foram feitos em torno do Supremo Tribunal Federal e pela análise de sua evolução no processo político brasileiro, percebe-se que ao lado de seu posicionamento em problemas de ordem política e constitucional existem as preocupações em definir e limitar a participação que o mesmo deve ter como órgão de cúpula.

As referências e comparações com Cortes Constitucionais ou Tribunal da Federação, a sua colocação como pedra angular do Estado constitucional e de direito demonstram as preocupações em definir a sua função de guardião do processo constitucional: “Tribunal da Federação, porque lhe cabe, em última instância, a função de guardião da Constituição, necessária ao equilíbrio federativo. Mas não é só, pois é também o órgão em que se resumem as garantias constitucionais dos brasileiros e estrangeiros aqui reunidos”.¹⁰⁶

Após a Primeira Guerra Mundial, várias constituições passaram a consagrar em seus textos o controle de leis, do ponto de vista constitucional. Dentro desse entendimento, opinavam por um órgão político, pelos tribunais comuns ou por um tribunal especial. A corte Constitucional, na Itália, o Conselho Constitucional na França e o Tribunal Constitucional da Alemanha revelam estas tendências.¹⁰⁷

Lenine Nequete, desenvolvendo trabalho sobre o Supremo Tribunal Federal, detecta grande preocupação do constituinte de estabelecer o judiciário dentro das linhas constitucionais anteriores, mas deixando o Supremo Tribunal como guarda da Constituição, e atribuindo-lhe a jurisdição constitucional por excelência, sem transformá-lo em Corte Constitucional na forma alemã ou italiana.¹⁰⁸

Assim, a jurisdição constitucional visa assegurar a unidade do ordenamento jurídico: a) no sistema difuso este controle limita-se ao caso; as decisões futuras deverão ser resolvidas no mesmo sentido; b) concentrado, a decisão tem eficácia *erga omnes*, expulsando a norma inconstitucional do ordenamento; c) juízo de constitucionalidade tem a característica de um

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Da Organização Nacional, v. I, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976, p. 130; ATALIBA, Geraldo. **A Suprema Corte dos Estados Unidos da América**, Revista de Informação Legislativa, n. 25.

¹⁰⁷ SÁ FILHO, Francisco. **Relações entre os poderes do Estado** (Leituras de Direito Constitucional), Editar Borsoi, 1959, p. 294.

¹⁰⁸ NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência**, II- República. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000.

ato judicial, quando realiza aplicação de uma norma jurídica objetiva; d) o juízo de constitucionalidade tem as características do juízo entre as partes: garantia da independência do juiz; assegura a livre contradição e o desenvolvimento do processo constitucional.

Os debates constitucionais, no que toca à posição do Supremo Tribunal Federal, estão sempre vinculados ao desenvolvimento ocorrido na Corte Suprema dos Estados Unidos:

Por força da adoção do regime federativo no Brasil, tornaram-se a Constituição, a jurisprudência e as autoridades constitucionais americanas, a partir da doutrinação de Rui Barbosa, fontes de interpretação entre nós. Nenhum debate constitucional importante, desde então e até hoje, nenhum constitucionalista ou publicista que se preze, nenhuma grande decisão do Supremo Tribunal Federal passou ou passa sem a citação de precedentes ou de constitucionalista americano.¹⁰⁹

Desde os primeiros tempos da experiência americana, o juiz tinha o monopólio das soluções e das decisões constitucionais, tendo contribuído para investi-lo desta função essencial à exigência, característica do Estado federal, de fazer valer a superioridade da Constituição, fonte de todas as autonomias e de todos os direitos, com relação não só às leis locais, mas às leis do Estado central. Esta vocação institucional leva ao entendimento da Corte como árbitro constitucional.

Com a democratização levada a termo na metade da década de oitenta e a mudança ocorrida no panorama jurídico-institucional então em vigor no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, instaurou-se um Estado Democrático de Direito, com os respectivos princípios fundamentais dos artigos 1º, parágrafo único, e 2º, respectivamente relacionado ao modelo democrático¹¹⁰ e a separação dos poderes.

O cenário de inovações trazidas pela nova ordem constitucional possibilitou, mesmo diante de uma estrutura normativa formalista, o exercício dinâmico e ampliado da cidadania.

¹⁰⁹ RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**, Revista Forense, 1958, p. 12-13.

¹¹⁰ Ver artigo 1º da Constituição Federal de 1988. Sobre o conceito de Estado Democrático de Direito, Bolzan de Moraes, *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*, especialmente, o capítulo I. O Estado Democrático de Direito, como já dito, tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência. Dito de outro modo, o Estado Democrático é plus normativo em relação às formulações anteriores. Vê-se que a novidade que apresenta o Estado Democrático de Direito é muito mais em um sentido teleológico de sua normatividade do que nos instrumentos utilizados ou mesmo na maioria de seus conteúdos, os quais vêm sendo construídos de alguma data. (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos interesses transindividuais**. O Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996).

Houve condições sociais e políticas para o deslocamento da arena tradicional de debates, ocasionado pelo maior acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário, a fim de buscar a concretização dos direitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Diante da pretendida efetividade de direitos, grande parcela dos indivíduos tem se valido da instância judicial para buscar a definição de questões relevantes para a sociedade brasileira. Com efeito, verifica-se a consolidação de um novo locus de solução de conflitos.¹¹¹

Dentro da atual conformação institucional da jurisdição constitucional brasileira, encontra-se a atribuição de proferir a última palavra quando a controvérsia lhe é submetida, diante de uma decisão para a qual seja necessário fazer enfrentamento ou escrutínio de escolhas políticas efetuadas anteriormente por membros dos Poderes Legislativo e Executivo.¹¹²

Nesta perspectiva, a atuação do Supremo Tribunal Federal em temas desta magnitude (suposta intervenção judicial em outros poderes) encontra severas críticas. Dentre elas a de que o tribunal não é órgão legitimado democraticamente para enfrentar tais questões,¹¹³ visto que, seus membros não são escolhidos de forma democrática e, conseqüentemente, não estão submetidos a um controle social mais rígido.

No entanto, no Brasil existe uma garantia fundamental, proclamada pelo art.5º, XXXV, da Constituição da República, da inafastabilidade do controle jurisdicional. Como notório, não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito. Sendo este um direito fundamental, não pode sofrer qualquer restrição, nem mesmo através de emenda constitucional. Aliás, os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados, e um dos princípios estruturais dos direitos humanos é a irrevogabilidade. Ora, assim sendo, fica fácil constatar que os atos emanados do órgão que exercerá o controle

¹¹¹ Nesse sentido, ao analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1351, relativa à Lei dos Partidos Políticos, pode-se constatar que os ministros começam, o julgamento tentando se posicionar sobre questões de relevância de ordem social, política e jurídica, como por exemplo: sistema de representação proporcional, soberania popular, democracia, mandato político, matérias que são objeto, sobretudo, da ciência política. Fato que, não obstante, afasta a possibilidade esta suprema corte de conhecê-las, pelo contrário, incide aquelas espécies relevância temática especial para a intervenção do Supremo Tribunal Federal de maneira ativa, para proporcionar a preservação do interesse da coletividade e do povo brasileiro.

¹¹² A Supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o cume da soberania, da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante. (BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil**. Revista Lua nova, n. 61. São Paulo: Marco Zero, 2004, p. 20).

¹¹³ Em primeiro lugar, os juízes não são eleitos pelo voto popular. Em segundo lugar, os magistrados não possuem uma particular expertise em teoria ética, moral ou política. Por último, eles não possuem também suficiente conhecimento técnico para prever as principais conseqüências de suas decisões, especialmente nos planos político e econômico. (SUSTEIN, Cass. **Radical in robes: Why extreme right-wing Courts are Wrong for America**. New York: Basic Books, 2005, p. 31, tradução livre).

externo do judiciário poderão ser submetidos a controle jurisdicional, a ser exercido, evidentemente, pelo Poder Judiciário.

O princípio da prestação jurisdicional adequada e efetiva, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 determina que o Poder Judiciário decida, mesmo não possuindo o instrumental técnico adequado e legitimidade para tanto. Mas, em certa medida, a abertura do Supremo Tribunal Federal a sociedade civil, por meio da realização das audiências públicas¹¹⁴ pode ser uma tentativa de ouvir os segmentos sociais interessados na demanda posta em julgamento e um mecanismo apto a conferir maior legitimidade às suas decisões.¹¹⁵

Ao entregar a um órgão do Poder Judiciário a função de retirar aquelas normas incompatíveis com a Constituição do ordenamento jurídico, o constituinte nada mais fez que legitimar o Supremo Tribunal Federal a exercer uma função típica para construção de um Estado Democrático de Direito.

Se o Supremo Tribunal Federal tivesse sido criado à imagem e semelhança da Corte Constitucional Alemã poder-se-ia sustentar que função típica acima aludida seria espécie legislativa. Mas, ocorre que existem diferenças entre os dois Tribunais, e tais diferenças importam em consequências diversas quando se busca identificar a natureza jurídica das funções exercidas por cada um deles.

Quanto ao Tribunal Constitucional Alemão:

A eleição dos juízes constitucionais foi conferida exclusivamente às duas corporações políticas federais (metade dos membros eleita pelo Parlamento Federal, outra metade, pelo Conselho Federal). Com isso, o Tribunal Constitucional Federal obtém, como órgão constitucional e em vista da sua

¹¹⁴ Demonstrando as possibilidades de abertura à sociedade, para o controle concentrado de constitucionalidade a nova Carta trouxe um alargamento do rol de legitimados a propor ações e com as emendas pós-Constituição ampliou o seu elenco de ações, muito embora ainda se possa por em discussão uma ampliação da legitimação ativa que considere a possibilidade de um controle de constitucionalidade popular, dando ao cidadão a possibilidade de apresentar-se como autor do pedido. (BOLZAN DE MORAIS. Jose Luis. **A jurisprudencialização da Constituição**: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós – Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado n.10. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 105).

¹¹⁵ A possibilidade de inserção de uma colaboração para questões de transdisciplinariedade e que exigiriam dos atores tradicionais da jurisdição constitucional - em particular dos ministros do STF – mais do que um saber técnico-jurídico demarca uma evolução processual e cultural no judiciário brasileiro, pois representa a efetivação da participação da opinião pública, permitindo que se mencione uma construção legítima da decisão através de uma prática hermenêutica e uma tarefa coletiva. (BOLZAN DE MORAIS. Jose Luis. **A jurisprudencialização da Constituição**: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós – Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado n.10. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 106).

atribuição e posição no Estado, a necessária legitimação política e democrática.¹¹⁶

Por essa citação, verifica-se desde logo, que o Tribunal Alemão não obtém sua legitimação pela meritocracia, como ocorre com os órgãos jurisdicionais brasileiros, mas pela própria vontade popular, que se expressa de forma indireta, quando seus representantes nas demais funções do Poder elegem os membros daquele Tribunal.

Justamente por que os membros da Corte Alemã têm legitimação diversa dos membros do Supremo Tribunal Federal é que suas decisões podem ser decisões políticas, e até mesmo, por razões exclusivamente políticas, decidir contrariamente ao direito posto.¹¹⁷

De todo modo, a postura hígida dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, pode e deve ser conveniente aos demais poderes, diante de assuntos polêmicos e conflitantes. Considerando que os ministros da Suprema Corte não são escolhidos pelo voto direto, decisões eventualmente impopulares não os atingem pessoalmente, apesar de, por vezes, ser percebido algum resquício de impopularidade sobre a imagem institucional do Poder Judiciário.

Dessa forma, Vanice Regina Lírio do Valle, afirma:

A judicialização de questões sociais polêmicas pode reduzir os custos (eleitorais ou de apoio político) a respeito de uma decisão controvertida ou, ainda, obstaculizar, por exemplo, a abertura de um debate sobre políticas públicas ou reformas políticas à participação da sociedade, por exemplo.¹¹⁸

É importante demonstrar que dentro da atividade institucional do Supremo Tribunal Federal está inserido o uso de um modelo de argumentação jurídica que possibilite a esta instituição superar o déficit democrático.¹¹⁹ É possível perceber a postura hígida e legítima

¹¹⁶ HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 111.

¹¹⁷ No Brasil, o sistema impõe diversa conclusão: O controle de Constitucionalidade das leis, inclusive, sob o aspecto formal, é essencialmente controle de caráter jurídico e não envolve o exame de aspectos políticos. (MORAES, Germana de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo**. São Paulo: Dialética, 1998, p.85).

¹¹⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo. Juruá, 2009, p. 35.

¹¹⁹ Deve-se ter claro que a Constituição, como documento jurídico-político, está submersa em um jogo de tensões e poderes, o que não pode significar como querem alguns, a sua transformação em programa de governo, fragilizando-a como paradigma ético-jurídico da sociedade e do poder, ao invés de este se constitucionalizar, pondo em prática o conteúdo constitucional. [...] Pelo contrário, é preciso que vejamos também em seu viés externo, a crise funcional e institucional, onde se observa, além de uma mudança no perfil clássico das funções estatais produzida pela transformação do Estado em suas diversas expressões quando perdem concorrencialmente diante de outros setores – privados, marginais, nacionais, locais, internacionais etc. – a sua capacidade de decidir vinculativamente a respeito da lei, sua execução e da

por parte de alguns dos integrantes da Suprema Corte em determinados casos específicos, visando a garantir direitos previstos na Constituição, conforme se depreende do excerto do voto do Ministro Celso de Mello na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45.¹²⁰

Neste cenário os conflitos são complexos, evidencia-se que o Supremo Tribunal Federal tem à sua frente à necessidade de efetuar uma escolha a respeito de um desenho institucional.¹²¹ Conforme Boa Ventura dos Santos, estar-se-ia diante de um momento de “bifurcação na justiça”.¹²²

Assim, recai sobre o Supremo Tribunal Federal o ônus da ação argumentativa. Nesta linha, o Supremo Tribunal Federal tem buscado na categoria da representação argumentativa,¹²³ a fonte legitimadora de seu poder. Sem embargos das eventuais críticas dirigidas à teoria de Robert Alexy, importa reconhecer que o Supremo Tribunal Federal, principalmente através de seu Presidente, Ministro Gilmar Mendes, à época (biênio 2008-2010), em algumas oportunidades, teria feito referência, a teoria do autor alemão.¹²⁴ Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, o Presidente da Corte Constitucional expressamente mencionou a “representação argumentativa” em seu voto.¹²⁵

O fenômeno da judicialização do cotidiano leva a reconhecer o afastamento do debate democrático das vias tradicionais, e o desenho de outros espaços de representação e participação da sociedade civil. Trata-se de novas conformações brotando em terreno fértil, pois a superação das democracias majoritárias pelo pluralismo passou a contar de um Supremo Tribunal Federal apto a protegê-las com o manto dos direitos fundamentais, mesmo legitimando práticas contramajoritárias.

resolução de conflitos. (MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e teoria do estado**. 7. ed., 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.153-155, grifos meus).

¹²⁰ No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de Abril de 2004).

¹²¹ GOODIN, Robert. **The theory of Institutional Design**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

¹²² SANTOS, Boaventura de Sousa. **A bifurcação da justiça**. Folha de São Paulo, 10 de junho de 2008. Disponível em: <[HTTP://supremoemdebate.blogspot.com/2008/06/escolha-de-sofia.html](http://supremoemdebate.blogspot.com/2008/06/escolha-de-sofia.html)>. Acesso em: 3 dez. 2013.

¹²³ ALEXY, Robert. **La institucionalización de La Justicia**. Trad. José Seoane, Eduardo Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.

¹²⁴ Vale destacar, por exemplo, os seguintes casos: Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3112 (Lei penal e proporcionalidade); Suspensão de Segurança n.3741(tutela de direitos sociais e ponderação de princípios); Reclamação n.2126 (sequestro de verbas públicas e ponderação de princípios).

¹²⁵ A mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade levou ao Supremo Tribunal Federal a questão da possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos.

As decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal são tomadas num contexto institucional complexo que de várias formas restringe sua ação. Porém, ao mesmo tempo, essas manifestações criam novos padrões de conduta e, portanto, criam as formas destas instituições. De modo que, aspectos como o controle de pauta, o poder de convocação de audiências públicas, as formas de admissão de *amicus curiae*, os poderes do relator, a forma de escolha dos ministros, a composição de seus gabinetes, entre outras coisas, configura um novo foco de interesse para a análise da teoria constitucional de matriz institucional. Tais fatores institucionais, criados por normas constitucionais, infraconstitucionais, regimentais, bem como pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nesta perspectiva, diante da análise de alguns julgados recentes do Supremo Tribunal Federal, verifica-se crescente tendência de transformação do atual sistema de controle de constitucionalidade. De fato, o Poder Judiciário brasileiro vem tentando lidar com o crescente número de demandas idênticas, sob pena de sacrifício do valor da segurança jurídica, em detrimento de sua função precípua de prestação jurisdicional direcionado à pacificação social, buscando instrumentos capazes de adequá-lo ao combate das demandas em massa, configurando a denominada “crise do Supremo Tribunal Federal”.¹²⁶

Nessa linha, as decisões acerca da inconstitucionalidade de normas em sede de recursos extraordinários vêm sendo tomadas abstrativamente, visto que, por conta dessa crescente judicialização do cotidiano proliferou um discurso de efetividade compreendida como eficiência e, assim, deu-se prevalência a uma justiça de números, despreocupada com a qualidade (com o aspecto material) das decisões judiciais.

Analisando a “judicialização do cotidiano” no julgamento da Reclamação nº 4335-5-AC, sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que votou no sentido de reconhecer a eficácia *erga omnes* de decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas corpus nº 82.959, julgado pelo plenário em 2006, tendo sido acompanhada pelo ministro Eros Grau. Em sentido contrário, negando mutação constitucional do artigo 52, inciso X, votaram os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa.¹²⁷

¹²⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **O Supremo Tribunal Federal após 1988**: em direção a uma Corte Constitucional. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). p. 197 apud MORAIS, Dalton Santos. **A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil e a participação do amicuscuriae em seu processo**. Revista de Processo, 2008.

¹²⁷ Apesar dos argumentos expostos pela doutrina e jurisprudência, parcela majoritária da doutrina constitucionalista refuta fortemente o novo entendimento que tenta firmar no Supremo Tribunal Federal. Lenio Streck consolida suas críticas à apontada teoria sob a concepção não só da constitucionalidade no Brasil e de Poder Constituinte, mas de equilíbrio entre os Poderes da República e de Sistema Federativo, acorando-se em dois pontos principais: Primeiro, o caminho para a decisão que equipara os efeitos do controle concentrado, que só pode ser feito a partir do que – nos votos – foi denominado de “mutação

De fato, para os ministros discordantes no julgamento do Habeas Corpus nº82.959, não haveria mutação constitucional, devendo a leitura tradicional do dispositivo ser mantida, sob pena de se contrapor regras de autorrestrrição. Deve-se reconhecer, no entanto, tratar-se de providência obsoleta em virtude da criação da Súmula Vinculante, a qual por si só já supriria a atividade do Senado.¹²⁸

A pesquisa da Jurisprudência da Corte Constitucional se afigura da maior importância, ainda que se possa criticar, às vezes, duramente as decisões do Supremo Tribunal Federal, isto parece ser o que Luís Roberto Barroso chamou de “o tratamento cabível” para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “a crítica ou o elogio, mas não a indiferença, como se o desconhecimento pudesse representar uma opção ideológica ou doutrinária”.

De qualquer ângulo pelo qual se analise a história recente do Supremo Tribunal Federal, não há como refutar que a inviabilização e seu funcionamento efetivo e real, tem gerado irritações insuportáveis nos subsistemas funcionais que integram a sociedade. Irritações negativas que, por exemplo, no sistema da economia são traduzidas e comunicadas como “prejuízos econômicos” ligados à falta de celeridade, de segurança jurídica e de utilidade prática das decisões judiciais. E, também, dos custos financeiros ligados à manutenção de organizações judiciárias que acabam por inviabilizar, por “falta de recurso” políticas públicas no campo dos direitos sociais.

3.1 Da tensão entre os poderes à crise da jurisdição: (re)estruturando um modelo meramente formal de acesso à justiça

A contextualização aqui realizada tem por finalidade verificar alternativas de solução da crise que afeta o Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, a discussão sobre o papel do Estado e das respectivas instituições e sujeitos ligados em uma organização e modelagem demonstram uma burocratização excessiva, seja na centralização, rigidez de procedimentos e

constitucional”, que consistiu, na verdade, não a atribuição de uma (nova) norma a um texto, mas sim a substituição de um texto por outro (construído pelo Supremo Tribunal Federal); o segundo ponto é saber se é possível atribuir efeito *erga omnes* e vinculante às decisões emanadas pelo controle difuso, dispensando-se a participação do Senado Federal ou transformando-o em uma espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal em tais questões. (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, MartonioMont’Alverne Barreto Lima. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**).

¹²⁸ Dessa forma, a alegação de que é cabível reclamação contra as teses – e não contra os julgados do Supremo Tribunal Federal incorre na imprecisão inerente papel das controladoras da constitucionalidade que é o de agir somente diante de uma situação contextualizada. (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, MartonioMont’Alverne Barreto Lima. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**).

padronizações, apego exacerbado às regras. De modo que, Flávio Rezende,¹²⁹ assevera que a introdução de novos modelos, administrativos e gerenciais, traz como principal problema para os formuladores e implementadores de políticas públicas o modo de combinar burocracia e democracia. Dessa forma, a maior questão é saber como coadunar estruturas burocráticas em ambientes democráticos.

As instituições públicas têm buscado adequar sua estrutura organizacional e seus processos internos, no sentido de lograr melhores resultados, tendo em conta o cumprimento de sua missão constitucional, para a realidade das organizações públicas. O Supremo Tribunal Federal tem estado atento a esse contexto e vem estabelecendo esforços para suas dificuldades internas e externas, fazendo-se presente nesse cenário como um ator ativo do processo de mudanças sociais.

A constatação da insuficiência da atuação estatal em dar cumprimento ao direito de pleno acesso ao poder judiciário, deixou mais evidente a necessidade de ações convergentes para suprir a sociedade de acesso à justiça qualitativa e quantitativamente com celeridade.

Entrementes, o modelo atual do Poder Judiciário vive uma crise, e o tema, nos últimos anos tem se tornado mais grave. De modo que, a extensão do problema e os contornos do modelo do Judiciário foram reconhecidos pelo ministro Nelson Jobim, em seu discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal, que assim explicitou:

A questão judiciária passou a ser tema urgente da nação. O tema foi arrancado do restrito círculo dos magistrados, promotores e advogado. Não mais se trata de discutir e resolver o conflito entre esses atores. Não mais se trata do espaço de cada um nesse poder da República. O tema chegou à rua. A cidadania quer resultados.

Quer um sistema judiciário sem donos e feitores. Quer um sistema que sirva à nação a seus membros. A nação quer e precisa de um sistema judiciário que responda a três exigências: acessibilidade a todos; previsibilidade de suas decisões e decisões em tempo social e economicamente tolerável. Essa é a necessidade. Temos que atender a essas exigências. O poder judiciário não é um fim em si mesmo. Não é o espaço para biografias individuais. Não é uma academia para afirmação de teses abstratas. É isto sim, um instrumento da nação. Tem papel a cumprir no desenvolvimento do país. Tem que ser parceiro dos demais poderes. Tem que prestar contas à nação. É tempo de transparência e de cobranças.¹³⁰

¹²⁹ REZENDE, Flávio C. A nova gestão pública, performance e reinvenção das instituições: um desafio para a reforma do Estado. **Revista do Ministério da Administração Geral e Reforma do Estado**, Brasília, n. 4, p.27-28, nov.1998.

¹³⁰ JOBIM, Nelson. Discurso de Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal. 3 jun.2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62841&caixaBusca=N>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

Nesse sentido, o Poder Judiciário está imbricado, pois, como instituição pública, sua missão constitucional torna evidente seu importante papel na ossatura do Estado, no que diz respeito à manutenção do Estado democrático de Direito.

Nesse cenário, o Poder Judiciário passou a ser exigido pelos cidadãos que buscam ansiosamente a outorga de direitos outrora negados. Por outro lado, o poder judiciário se demonstra não preparado para receber a avalanche de demandas oriundas da ideia do acesso irrestrito à jurisdição.

Desenvolvendo em profundidade a situação do Poder Judiciário, Luiz Umpierre de Mello Serra, assevera:

Em princípio, as críticas relativas à morosidade formuladas ao Poder Judiciário pareciam injustas, se analisadas do ponto de vista do próprio Poder, pois tinha conhecimento das dificuldades encontradas por seus integrantes. A atuação do Judiciário como prestador de serviços era deficiente. Destacava-se que a maior parte das serventias atuavam acima dos limites de suas capacidades produtivas, sofriam de uma sistemática carência de investimentos em organização, layout e de informática, e as estatísticas exibiam números grandiosos de demanda.

É certo que a morosidade do sistema judiciário pode derivar dos fatores anteriormente relacionados e detectados, de modo que, a gestão da máquina judiciária e dos recursos financeiros deve ser feitos com zelo, de outro modo, se operado de forma ineficaz proporcionará à lentidão da justiça.

Tais particularidades apresentadas neste tópico tinham por objetivo expor e introduzir a problemática da crise jurisdicional voltada à atuação do Supremo Tribunal Federal,¹³¹ o que necessariamente leva a uma reflexão sobre a exata compreensão do alcance jurídico e social do “novel instituto do processo constitucional brasileiro”,¹³² surge a seguinte indagação: qual a implicação desta nova sistemática do recurso extraordinário em relação ao binômio da

¹³¹ O Supremo Tribunal Federal, nessa linha, não pode escapar de debates essenciais à sociedade e à manutenção de um Estado Constitucional, sendo oportuno defender, pois, sua legitimidade, para que realize, no mínimo, as promessas constitucionais. (FREITAS, Juarez. **Direito constitucional à democracia**. In: FREITAS, Juarez e Teixeira, Anderson V. (Org.). *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito, 2011, p. 29).

¹³² Extrai-se, entretanto, a percepção de que os modelos de controle norte-americano, alemão, espanhol e argentino se ocuparam em estabelecer institutos processuais com suas peculiaridades com a função de “filtro” procedimento restritivo do acesso generalizado e irrestrito a suas cortes constitucionais; como meio de preservar a operacionalidade e a “dignidade material” dessas organizações judiciárias. Nesse particular, a repercussão geral surgiu ante a necessidade de um eficiente “filtro recursal” para preservar a operacionalidade decisória do Supremo Tribunal Federal, e nisso se assemelha com o *Writ of certiorari*, a *Verfassungsbeschwerde*, o recurso de amparo e o *certiorarida* Argentina. (VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhman**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 91).

garantia constitucional de acesso à justiça e da efetividade uma atividade jurisdicional dotada de segurança jurídica?

O momento em que o Supremo Tribunal Federal poderá atuar ativamente em atribuições que seriam de outros poderes no plano concreto é uma das questões que mais lhe dá sustentabilidade democrática. Conforme expõe Carlos Romero Lauria Paulo Neto,¹³³ são nos desvios comissivos e omissivos dos demais poderes que acentua a judicialização do cotidiano, devendo o Supremo Tribunal Federal atuar nos parâmetros textualmente constitucionalizados, aplicando-os hermeneuticamente.

Em perspectiva interessante, Rodolfo de Camargo Mancuso¹³⁴ aponta que essa inserção do Supremo Tribunal Federal nos demais Poderes, não decorre simplesmente de uma força maior deste frente aos demais, mas sim do próprio ordenamento jurídico que franqueia à sociedade a busca de políticas públicas e demais atos e condutas, de ação ou omissão dos outros Poderes. Em suas palavras, não se pode confundir a consequência, que seria a decisão judicial, como se fosse causa, pois esta é inerente da própria democracia participativa.

Isso que se está considerando para fins deste subtítulo as crises de representação envolvendo as instituições político-partidárias, em especial o polêmico tema da (in)fidelidade partidária,¹³⁵ assim como os sucessivos escândalos envolvendo membros do Poder Executivo como o caso nacionalmente conhecido como “mensalão”, que enfraqueceram tanto o Poder Legislativo como o Executivo frente à sociedade, mas tão só se está trabalhando sob uma

¹³³ Disso resulta que o Supremo Tribunal Federal, inserto no balanço interpoderes, habilita-se ao controle dos desvios comissivos e omissivos das demais funções estatais e, uma vez que estejam todos eles sujeitos à constituição, cumpre-lhe, quando provocado, interpretar e aplicar o Direito objetivo constitucional e, sob o parâmetro deste, avançar na delimitação de sentido do Direito infraconstitucional, realizando labor hermenêutico acentuadamente criativo ou constitutivo, sobretudo quando o enunciado é vago, para dele extrair a norma aplicável e para, por seu conduto, finalmente fazer valer a subordinação ao Direito de todas as esferas de poder e, ao mesmo tempo, contribuir para o desenvolvimento jurídico do Direito constitucional. (PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. **A decisão constitucional vinculante**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 53, grifos meus).

¹³⁴ Para que a expressão “judicialização do cotidiano” não perca identidade vernacular e densidade conceitual, parece-nos que ela não pode, *sic et simpliciter* ser aplicada, indistintamente e genericamente, aos casos em que comandos judiciais provêm acerca de políticas públicas ou de atos e condutas – comissivos ou omissivos – emanados dos outros Poderes e suas instâncias hierárquicas. Na verdade é o próprio ordenamento que, seguindo as diretrizes do pluralismo nas iniciativas e da democracia participativa, franqueia à sociedade – diretamente por seus indivíduos ou através de certas entidades credenciadas, inclusive o Ministério Público - o controle dos atos e condutas do setor público (inquérito civil, ação popular, ação civil pública, ação por ato de improbidade administrativa). (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 97-98, grifos meus).

¹³⁵ O tema foi levado ao Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento das ADIS 3999 e 4086, que mantiveram a constitucionalidade, por 9 votos a 2, da Resolução 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral, que trata sobre a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF confirma constitucionalidade de Resolução do TSE sobre fidelidade partidária. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=98954>>. Acesso em: 12 set. 2014.

ótica de ação-omissão dos demais poderes para que as portas do agir, pelo Supremo Tribunal Federal, sejam abertas.

Note-se, que a prerrogativa não é somente do Supremo Tribunal Federal frente ao Legislativo e ao Executivo, mas também deste frente àquele, uma vez que, conforme reforça Rogério Gesta Leal,¹³⁶ o sistema do *Check and balances* traz a possibilidade de , quando um dos poderes do Estado falhar, o outro ter a possibilidade de realizar as autocorreções ou correções no atos que violam as normas que os vinculam.

Este quadro atual nos conduz a uma reflexão que deve ser caracterizada pelo abandono às pretensões teóricas que geraram um acesso meramente formal à jurisdição, que não se traduziram em efetividade material do direito-garantia do acesso à Justiça.

Vale mencionar, que o constituinte brasileiro tardou em incorporar este direito fundamental com natureza complementar do inciso XXXV do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, isto quando, já no ano de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas fez constar no artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o seguinte: “Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

No campo decisório ligado ao controle difuso de constitucionalidade, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos recursos extraordinários, as decisões se configuram de modo mais abrangente como prestações dirigidas ao sistema da sociedade, cuja falta de efetividade tem gerado inquietantes irritações em outros sistemas sociais.¹³⁷

Tais irritações estão ligadas principalmente à (in)eficiência das prestações decisórias do sistema jurídico. O que não restringe ao campo da jurisdição constitucional, mas tem nela

¹³⁶ Quando um destes poderes do Estado falha em seus misteres, o próprio sistema jurídico nacional criou mecanismos de *Check and Balances*, autorizando que os demais Poderes realizem auto-correções ou correções externa nos atos violadores das norma que os vinculam. (LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-juiz na democracia contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 94).

¹³⁷ Os efeitos *erga omnes* das decisões das cortes constitucionais no exercício do controle abstrato de constitucionalidade tornam inevitável o compartilhamento das consequências de tal atividade judicial. Uma vez que as cortes apenas agem quando provocadas e, uma vez que aqueles competentes a fazê-lo no caso do controle abstrato de constitucionalidade são agentes eleitos ou entes representativos da sociedade civil, é razoável supor que a mudança de status *quo* propiciada pela contestação de uma lei corresponde às demandas presentes na sociedade, mesmo que de forma não necessariamente majoritária. De outro modo, atores da sociedade civil organizada – em particular os próprios partidos políticos – não levariam às cortes as demandas que consideram não satisfeitas pelo processo legislativo ordinário. Ou então as decisões judiciais não seriam estatisticamente mais respeitadas do que as leis obedecidas, quando a sanção pelo descumprimento de ambas é potencialmente a mesma. O simples caráter de legislador negativo das cortes constitucionais já responde por seu papel político, assim como o mero compartilhamento das consequências de suas decisões responde por seu caráter potencialmente representativo. (POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 176-177).

um de seus principais focos e entre estes sobressai o recurso extraordinário em sua conformação subjetivada.

Cabe observar que, o direito de acesso à justiça, como garantia fundamental constitucional que é, possui um caráter positivo; pois depende de atos jurisdicionais positivos do Estado-Juiz, que sejam efetivos e úteis, porque céleres e eficientes.

Darci Guimarães Ribeiro¹³⁸ alerta ser tão importante o tema efetividade do processo que trabalha na ótica de entender ser ela ou um subprincípio¹³⁹ ou um postulado normativo,¹⁴⁰ optando por este, haja vista sua importância para o Estado Democrático de Direito.

E essa crise de efetividade, ainda maior nas sentenças condenatórias ou prestacionais, conforme alerta Rodolfo de Carmargo Mancuso,¹⁴¹ vai de encontro ao próprio princípio da eficiência do setor público, causando inúmeros desprestígios à atividade jurisdicional.

Em verdade, a cooptação dos anseios políticos pelo direito, desencadeando esse processo de judicialização do cotidiano, não retira das questões políticas sua essência política, mas acrescenta a elas um novo espaço, qual se o jurídico. Por isso, o espaço do Judiciário é um espaço também político, além de jurídico, nas questões que também são políticas além de jurídicas. A constituição é o documento elo entre a política e o direito.

¹³⁸ O Poder Judiciário também se encontra submetido ao inarredável dever de propagandear a efetividade dos interesses que lhes são submetidos à apreciação. Este dever constitucional dos juízes de velar pela efetividade da tutela judicial não se limita somente ao aspecto material, uma vez que exige dos juízes de velar pela efetividade da tutela judicial não se limita somente ao aspecto processual – como a obrigatoriedade da realização da audiência preliminar-, mas também ao aspecto material, uma vez que exige dos juízes a obediência aos parâmetros de uma interpretação razoável do ordenamento jurídico. [...] Identificada a real importância da efetividade da construção do Estado Democrático de Direito e sua extensão nas diversas áreas do poder, podemos concluir que pelo seu valor a efetividade se nos apresenta como postulado. (RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.80-81).

¹³⁹ Os subprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre as outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 143).

¹⁴⁰ Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 143).

¹⁴¹ Essa crise de efetividade dos comandos condenatórios ou prestacionais, além de ser muito grave em si mesma – na medida em que a Constituição Federal erige a eficiência dentre os princípios retores do setor público (art. 37, caput) – ainda projeta inquietantes externalidades negativas: desprestigia a função judicial do Estado, na medida em que não oferece aos jurisdicionados a devida contrapartida por haver criminalizado a justiça de mão-própria (CP, art. 345); desestimula o acesso à justiça dos que têm os seus direitos injustamente resistidos ou contrariados; penaliza aqueles que, embora tendo obtido o reconhecimento judicial de suas posições de vantagem, todavia não conseguem usufruí-las concretamente, ante a dilação excessiva das lides; exacerbada a contenciosidade social, ao insuflar os bolsões de frustração e de insatisfação ao interno da coletividade. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 111).

No campo dos direitos fundamentais sociais, essa linha divisória entre o político e o jurídico é muito mais tênue ainda, já que esses direitos exigem uma reconfiguração nos esquemas sociais, com o fim de atender a fins políticos sociais que passaram a ser jurídicos: liberdade, igualdade social, vida digna etc. Por isso, Arango afirma que “os direitos sociais são a pedra fundamental da delimitação entre as decisões constitucionais e a política, uma vez que seu reconhecimento judicial afeta tanto a política econômica como a competência legislativa”¹⁴².

A exigibilidade de suas prestações diretamente no Judiciário, a partir das normas constitucionais, e o exercício da discricionariedade para materialização desses direitos, e a judicialização do cotidiano torna o Supremo Tribunal Federal apto a atuar ante os cidadãos e a sociedade, visando não somente a sua ingerência em assuntos particulares fundamentalmente defensivos, como também em assuntos fundamentalmente prestacionais.

O processo constitucional jurídico é também um processo político, já que a Constituição é o estatuto jurídico político, e pode ser utilizado para atuação social na realização dos direitos fundamentais sociais.

Assim, quando se pleiteia um direito fundamental social (por ações individuais ou coletivas), questiona-se a atuação dos poderes públicos na realização desses direitos, a sociedade não esteja agindo em defesa de seus interesses e que o Supremo Tribunal Federal não seja, nesse momento, um espaço também de ação social, já que qualquer decisão, além de contar com a participação das partes, terá repercussão social.

O advento da repercussão social, política e jurídica (repercussão geral) traz consigo um importante aspecto sistêmico-funcional: o de reduzir a carga de produção decisória do Supremo Tribunal Federal. Nestes termos, desenvolvendo a temática, Ulisses Schwarz Viana, explicita o que segue:

A redução numérica dos recursos extraordinários traz, sem dúvida, benefícios ao funcionamento dos programas condicionais do direito, propiciando na dimensão temporal das atividades da organização judiciária do Supremo Tribunal Federal condições de utilizar a repercussão geral como instrumento funcional de observação de segunda ordem, em que o sistema jurídico, no campo do controle difuso de constitucionalidade, poderá observar eventuais riscos que possam ser gerados por suas decisões pelas observações produzidas por seus observadores externos (as organizações que

¹⁴² ARANGO, Rodolfo. **Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMPI, n. 56, 2005.

atuam no interior dos demais sistemas sociais), por meio das audiências públicas e pela atuação do *amicuscuriae*.¹⁴³

A função sistêmica primária observável na repercussão geral reside em que a decisão em um único recurso produzirá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante¹⁴⁴ aos casos que tenham por objeto o mesmo tema constitucional e que, conseqüentemente, tornará a prestação jurisdicional constitucional mais célere, como resultado da diminuição dos processos que chegarão até o Supremo Tribunal Federal e das demandas múltiplas nos demais graus de jurisdição.

Inicialmente cumpre destacar que há que se retirar qualquer participação do Presidente da República na escolha dos ministros do Supremo e isso, sobretudo, como forma de redução da hipertrofia do Poder Executivo, no Brasil. Nesse sentido, Friedrich Muller, em perfeita análise sobre este País, afirma que o Poder Judiciário brasileiro “deve tornar-se inteiramente independente ao Poder Executivo, deve poder aparecer, no pleno sentido desse termo, como ‘Terceiro Poder’ para que se possa reduzir o déficit democrático”.

Ademais, o Governo Federal transformou-se, ao longo dos tempos, em um dos principais, ou mesmo o principal fomentador das lides forenses, dentre as quais inúmeras de relevo e muitas sendo julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, pelo que não é salutar a relação direta existente entre um dos principais interessados nas lides de maior relevo no Brasil e a necessidade de agradá-lo para obter a senha de acesso à Corte, na qualidade de Ministro.

Os juízes no silêncio ou na insuficiência da lei podem proteger um direito constitucional ou fazer aplicação direta de um princípio constitucional jurisdicional. Os

¹⁴³ Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhman**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 206.

¹⁴⁴ Esta peculiar forma de processo, inteiramente desprendida de uma específica situação conflituosa e, por isso mesmo, não amoldada às estruturas desenhadas no regime geral do Código de Processo, deu margem a que se duvidasse de sua natureza jurisdicional. Há quem pensa, com efeito, que a decisão proferida nos processos de controle concentrado de constitucionalidade é “apenas formalmente jurisdicional”, sendo, “materialmente, de natureza legislativa”. A afirmação, todavia, não tem procedência, por várias razões, entre as quais esta: as sentenças de mérito proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade têm não apenas a eficácia direta de tutelar a ordem jurídica, mas também, indiretamente, de autorizar ou desautorizar a incidência da norma, objeto da ação, sobre os fatos jurídicos, confirmando ou negando a existência dos direitos subjetivos individuais. Ora, considerando essa circunstância, e, ainda mais, que ditas sentenças tem eficácia *ex tunc*, do ponto de vista material, e *erga omnes*, na sua dimensão subjetiva, não há como negar que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade constitui, mais que modo de tutelar a ordem jurídica, um poderoso instrumento para tutelar, ainda que indiretamente, direitos subjetivos individuais, tutela que acaba sendo potencializada em elevado grau, na sua dimensão instrumental, pela eficácia vinculante das decisões. [...] Por este prisma, é adequado classificar e incluir as ações de controle concentrado de constitucionalidade entre os instrumentos de tutela coletiva de direitos. (ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 61).

“direitos de defesa” são para todas as pessoas direitos fundamentais de caráter constitucional. Seu exercício efetivo, com a assistência de um defensor, é necessário para a pretensão do requerente. O direito de acesso incondicionado à justiça, e a uma prestação jurisdicional célere, adequada e efetiva, demonstra a ampliação dos direitos de defesa o que permite o exame dos aspectos da politização da justiça e da judicialização das relações sociais.

Assim, os tribunais forçosamente enfrentam problemas que são políticos, devido a relação entre Política e Direito. Os problemas políticos jurídicos, através de métodos e formas judiciais, com base na lei e nos argumentos das partes devem apreciar as razões controvertidas de conformidade com os fundamentos jurídicos, que propiciam este controle. Não elimina a necessidade de revitalizar os próprios controles políticos e parlamentares.

No mundo contemporâneo existem diversas manifestações de desconfiança generalizada dos cidadãos ante o funcionamento do Poder Judiciário e do Legislativo. As causas desse sentimento real são muitas e complexas, sendo que algumas delas estão relacionadas com a posição do homem com a lei e as transformações da própria justiça. Estas relações são hoje mais imediatas, mais próximas, mais generalizadas mais conhecidas menos formais e abstratas. A relação generalizada dos cidadãos com a lei a justiça, pressuposto essencial para a efetividade democrática, tem acentuado este sentimento de desconfiança.

Questiona-se se o Supremo Tribunal Federal com sua estrutura e seus meios de atuação, com seus atuais procedimentos, podem assumir com segurança este aumento de demandas e o controlar o déficit democrático, podendo exercer eficazmente seu poder em um momento de mudanças vertiginosas de toda ordem jurídica nacional e internacional.

O mais preocupante, neste contexto, são as violações aos direitos dos cidadãos, que em tempos atuais, saíram do âmbito das meras declarações solenes para entrar no campo das missões práticas qual ao Estado cumpre implementar. Essa nova postura político-social em relação à cidadania iria refletir sobre todas as funções do moderno Estado Democrático de Direito, inclusive as do Poder Judiciário.

Em tempos de expansão dos direitos coletivos, difusos, individuais, homogêneos, mostra-se imperiosa a necessidade de um instrumento para eficiência da decisão judicial do Supremo Tribunal Federal.

Não há dúvida de que o interesse do legislador em buscar mecanismos que tutelam direitos de maior abrangência social ou coletiva, visa também, desafogar o Supremo Tribunal Federal.

O processo coletivo, desse modo, assume um importante papel para solucionar as demandas judiciais de verdadeira repercussão geral, para levar até o poder judiciário e sua

Suprema Corte, quando o litígio de casos constitucionais de repercussão geral, garantindo-se a eficiência na revisão da resposta constitucional.

A preocupação com a tutela eficiente e efetiva dos novos direitos mostra-se extremamente necessária, conforme análise da abordagem de Antonio Enrique Perez Luño: no curso dos últimos anos poucas questões suscitaram tão ampla e heterogênea inquietude como a que se refere às relações do homem com o Meio Ambiente, em que se faz imerso, que condiciona sua existência e pelo que, inclusive, pode chegar a ser destruído.

Tanto a tutela coletiva de direitos quanto a tutela de direitos coletivos, tão em voga na atualidade. Necessitam de um instrumento eficiente de revisão da resposta constitucional para sua efetivação/concretização.

Diante de tal contexto, resta questionar se a sistematização de um código e a exigibilidade de questão constitucional de “Repercussão geral” para admissibilidade de recurso extraordinário serão suficientes, eficientes na revisão da resposta constitucional e eficazes para a tutela de interesses coletivos ou se isso não servir como “barreira” de processos que visem à tutela de interesses individuais.

Pode-se dizer que a maior evidência da crise do judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, está na morosidade da prestação jurisdicional, pela própria trivialidade do problema. Dificilmente será encontrado alguém que, ao socorrer-se na via judicial, não sofreu dificuldades quanto ao funcionamento desta instituição judiciária.

Destarte para a busca do aperfeiçoamento ao direito eficiente e efetivo, cabe a tarefa de ampliar o acesso à justiça de maneira qualitativa, para tanto, é necessário que a Suprema Corte brasileira, por meio de seus ministros, disponibilize uma maior margem de atuação.

Necessariamente, na tentativa de ampliar a eficiência na revisão constitucional da prestação jurisdicional constitucional adequada e efetiva, a reforma do judiciário pressupõe um maior comprometimento dos magistrados com a atividade desempenhada.

Por esse motivo, frisa-se que há que ser deixado de lado o formalismo excessivo, para que possibilite a construção de uma nova proposta de processo constitucional, voltado à democratização da justiça, como entende Boaventura de Souza Santos ao retratar a democratização da justiça como uma dimensão fundamental da própria democratização da vida sócia, econômica e política, personificando-se em duas vertentes: a primeira diz respeito à constituição interna do processo e inclui uma série de orientações tais como: o maior envolvimento e participação dos cidadãos, individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça, a simplificação dos atos processuais e o incentivo à conciliação das

partes, o aumento dos poderes do juiz, a ampliação dos conceitos de legitimidade das partes e do interesse em agir. A segunda vertente diz respeito à democratização do acesso à justiça.

Com isso, poderia afastar a crise de eficiência, que tem impossibilitado uma resposta eficiente à complexidade social e ao aumento das demandas judiciais, evidenciando-se um descompasso entre a demanda judicial e o atendimento prestado. Essa diferença produz frustração não apenas nos litigantes que recorrem à justiça, mas também naqueles que os cercam, posto que, a morosidade na prestação jurisdicional adequada e efetiva possui efeitos externos. De tal sorte, que a questão do desconhecimento, por parte da população, do funcionamento do Poder Judiciário acarreta um descrédito na jurisdição.

Ademais, a repercussão geral deve firmar-se como programa condicional, procedimento do controle difuso de constitucionalidade voltado à produção de efeitos sistêmicos benéficos, tais como, viabilizar maior segurança objetivo-material nas decisões judiciais sobre questões constitucionais já apreciadas no Supremo Tribunal Federal;¹⁴⁵ evitar a reiteração de recursos sobre a mesma matéria, agilizando o andamento dos processos e permitindo um maior fluxo decisório, e como consequência, criando um ambiente propício a uma efetividade da garantia real (material) de acesso à Justiça, como um instrumento constitucional assegurador da garantia à razoável duração do processo, inteligência do artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988, e dar racionalidade ao sistema de controle difuso de constitucionalidade, com reflexos nas possibilidades coevolutivas do sistema jurídico com os sistemas finalísticos da sociedade, pela identificação de acoplamentos estruturais.

¹⁴⁵ É equivocada, destarte a ideia de que a inconstitucionalidade é apenas a incompatibilidade da norma com a Constituição, ou, em outras palavras, que apenas o legislador comete ofensa à Carta Magna. Na verdade, as “inconstitucionalidades” podem derivar de vários agentes e ser perpetradas por diversos modos. Inconstitucional será o ato ou a omissão do particular não compatível com o catálogo dos deveres que a Constituição lhe impõe ou com os direitos que assegura a outrem. Inconstitucional será também o ato ou omissão do administrador público, quando não observar os mandamentos e princípios da boa administração ou não atender aos direitos subjetivos públicos previstos na Carta Constitucional. Inconstitucional será o ato do juiz que desprezar, no comando do processo, as garantias e prerrogativas dos litigantes. E assim por diante. [...] A atuação do Supremo Tribunal Federal na interpretação e aplicação da Constituição constitui o que se denomina jurisdição constitucional. É atividade que não se restringe, portanto, ao controle de constitucionalidade de leis e nem é exercida apenas pelo Supremo Tribunal Federal. Ela congrega todos os órgãos do Poder Judiciário e compreende um conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e à efetividade das normas constitucionais. É a Constituição mesma que assegura a todos os cidadãos o direito de demandar em juízo as providências necessárias para ver afastada a ameaça ou ver sanada a lesão decorrente de ações ou omissões inconstitucionais praticadas por particulares ou por autoridades públicas (art.5º, XXXV, da CF/1988). (ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 13-14, grifos meus).

3.2 Expansionismo do fenômeno da judicialização do cotidiano como consequência da exagerada procura ao poder judiciário

O surgimento dos textos constitucionais decorrentes tanto do primeiro pós-guerra quanto, posteriormente, da segunda guerra mundial transformou o sentido de constitucionalismo em todo o mundo. Seja pelo fato de agregarem direitos sociais e determinarem objetivos ao Estado, aumentaram a densidade normativa das constituições, que, como já mencionado, passaram não apenas a ser concebidas como um elemento organizacional, mas também a influir diretamente na política governamental a partir de uma noção de irritação constitucional pelo sistema jurídico.

Assim, as referidas estratégias jurídicas possibilitaram mudanças significativas, na medida em que, em um primeiro momento, ampliou-se o catálogo de direitos aos cidadãos com a finalidade de criar uma política de bem-estar; por outro lado, assentou-se o dever de cumprir de modo imediato este programa constitucional, objetivando a busca pela efetividade.

Essas mudanças sociais ensejaram um ambiente de maior procura do Judiciário, que passou também a ser caracterizado como *locus* de concretização dos direitos previstos, mas não cumpridos pelos demais Poderes. No entanto, as transformações ocorridas não ficariam restritas a este tipo de alteração: o contexto social passa também por modificações, que podem ser ditas de cunho *político-jurídico*, também denominadas de “tendências no Direito”, *conceitual* com a introdução da noção de sociedade complexa, comportamental com a questão do aumento da litigiosidade e estrutural a partir da ideia de massificação dos conflitos.

Dessa forma, o fenômeno da judicialização do cotidiano não ocorreu exclusivamente porque, com a promulgação de novos textos, há maiores possibilidades jurídicas de exigências judiciais; é necessário agregar a isso os diferentes contornos que assumiu a esfera social.

A concepção forte de Estado, com fundamento no direito positivo e no normativismo, objetivou a procura por respostas aos problemas e demandas da sociedade moderna, que estava marcada pela indeterminação e insegurança, frutos do processo de ruptura com o modelo jusnaturalista.¹⁴⁶

Esse novo modo de compreender o fenômeno social passa a ser caracterizado por novas tendências, que podem ser assim sintetizadas, na obra “Sociologia Jurídica”, de José

¹⁴⁶ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia normativista ao construtivismo sistêmico. In: SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.12-15.

Eduardo Faria: a) desformalização legislativa; b) redução do caráter imperativo do direito, com o surgimento de novas esferas de poder e do pluralismo; c) prevalência da regulação privada em face da estatal, que resulta em um direito civil à margem do Estado, em razão da existência de uma economia globalizada, influenciada pelo transnacionalismo; d) enfraquecimento dos direitos sociais, motivado pela perda da soberania do Estado, que cede espaço aos “mercados comuns”, regulados pela *lex mercatória*; e) fortalecimento do direito penal, com maior criminalização, bem como, com o endurecimento de penas para crimes de menor potencial ofensivo.¹⁴⁷

Neste contexto, de fragilização da esfera estatal, que, em regra, é resultado da interferência das forças da economia, em um movimento contrário, a sociedade se apresenta imersa em um aumento da litigiosidade como modo de resgatar e exigir o compromisso pressuposto pelo Estado Democrático de Direito. Assim, os cidadãos assumem uma postura direcionada ao conflito, à reivindicação de direitos pela via do litígio judicial, que passa a ser o palco da resolução de grande parte das contendas políticas. Este traço do comportamento das sociedades contemporâneas acabam resultando naquilo que Luiz Werneck Vianna chamam de “judicialização das relações sociais”, traduzida na “crescente invasão do direito na organização da vida social”.¹⁴⁸

Conexo com essa temática, não se pode deixar de destacar que é pelos regimes democráticos que se acentua a conflituosidade social, porque neles o poder é distribuído de forma mais ampla (difusa). Entretanto, em existindo mais centros de poder, há maior chance de surgimento de conflitos,¹⁴⁹ que, na sociedade contemporânea, são encaminhados para que o Judiciário resolva.

De mais a mais, existe uma alteração que se pode denominar de *estrutural* na forma de compreender estes direitos. Trata-se da insurgência de exigências coletivas e interesses difusos, característicos de uma sociedade em que “a produção, o consumo e a distribuição apresentam proporções de massa”.¹⁵⁰ Dessa forma, a tutela jurídica passa a ser prestada de forma massificada, imbuída por uma “crise da ideia de interesses individuais”,¹⁵¹ fazendo

¹⁴⁷ FARIA, José Eduardo. As novas formas e funções do direito: nove tendências. In: _____. **Sociologia Jurídica: direito e conjuntura**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. cap. 6. p. 73-112.

¹⁴⁸ WERNEK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Plácidos Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 149.

¹⁴⁹ CADEMARTORI, Daniela Mesquista Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Roberto Dahl. Curitiba: Juruá, 2006, p.174.

¹⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 57.

¹⁵¹ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.75.

emergir a noção de pluralidade/pluralismo, que traz a marca da atuação das organizações sociais.¹⁵²

Sobre a temática de expansionismo do fenômeno da judicialização do cotidiano com a tendência de refutar a titularidade individual de direitos sociais, Sarlet afirma:

O curioso é que, consoante já adiantado, se trata de uma relativamente nova – e manifestamente equivocada! – estratégia para impedir (o que é inevitável sob todos os aspectos) ou eventualmente limitar (o que é possível e pode mesmo ser adequado) a assim chamada judicialização do cotidiano e dos direitos sociais, restringindo o controle de intervenção judicial a demandas coletivas ou o controle estrito (concentrado e abstrato) de normas que veiculam políticas públicas ou concretizam deveres em matéria social [...].¹⁵³

O atual cenário faz surgir a tutela de direitos difusos e coletivos, em contrapartida, a busca por sua efetivação predominantemente se dá pela via do litígio individual. Assim, forma-se um numeroso conjunto de ações singulares visando à tutela de direitos coletivamente assegurados.

Tudo isto, no intuito de dar limites ao fenômeno da judicialização do cotidiano, de modo que, o sistema jurídico responde através de alguns mecanismos, como a criação, por parte dos tribunais, do que se chama de julgamentos em bloco,¹⁵⁴ e, por parte da doutrina, a refutação da titularidade individual dos direitos sociais, negando-lhes a condição de direitos subjetivos, fatores que podem ser considerados tão problemáticos quanto à numerosa quantidade de ações que tramitam perante o Judiciário.

A sociedade complexa, a litigiosidade crescente e a massificação da sociedade – afluem o fenômeno da judicialização do cotidiano porque proporcionou uma redefinição do acesso à justiça. Na linha do que afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o processo de democratização do Estado atingiu inclusive a esfera processual, fazendo que se rompesse com a ideia liberal de que a “a justiça [...] só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos”¹⁵⁵.

Com efeito, reconheceu-se não apenas o fato de que o acesso à justiça passa a ser

¹⁵² GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado Contemporáneo**. Madrid: Alianza Universidad, 2005, p. 200-203.

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual**. Revista de processo, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 13-40, nov. 2014. p. 24.

¹⁵⁴ Os denominados julgamentos em bloco configuram meramente a preocupação com uma efetividade quantitativa em detrimento de uma efetividade qualitativa, o que decorre deste incremento da judicialização do cotidiano. Sobre este tema, Lenio Streck apresenta fortes críticas, tendo em vista que, em face da primazia de uma justiça de números, a prestação jurisdicional perde em qualidade. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 371).

¹⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 9.

“encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito a todos”,¹⁵⁶ mas, fundamentalmente, a partir desta ampliação no conceito de acesso à justiça, começou-se a pensar em instrumentos para tornar possível essa interação entre o Poder Judiciário e a sociedade.

De tal sorte, que com o alargamento da noção de acesso à justiça, que, incorporou o pressuposto de igualdade próprio do constitucionalismo democrático, a judicialização do cotidiano foi sendo incrementada. Pode-se afirmar, que entendimentos equivocados acerca do sentido de acesso à justiça, compreendido como eficiência judicial, acabaram criando um imaginário que reforçou ainda mais o papel do Poder Judiciário como instituição habilitada a resolver os problemas da sociedade reflexiva.

Nessa medida, o próprio sistema jurídico tratou de encontrar meios para melhorar e aprimorar a prestação jurisdicional, estratégias que, ao tentar resolver o problema da judicialização do cotidiano, não passaram de reformas que, proporcionaram um esvaziamento do processo judicial como garantidor dos direitos e garantias fundamentais e da concepção de acesso à justiça.

No caso do Brasil, é possível afirmar que as razões para a ascensão do fenômeno da judicialização do cotidiano estão fundadas, além de tudo o que se há demonstrado, em duas premissas: a) na configuração de um ambiente de tensão com os demais Poderes do Estado e, por consequência, em uma crise da democracia. Esse ponto diz respeito ao descompasso pelo qual passa o Estado, que, como afirma Bolzan de Moraes, tentar conciliar “uma política de inclusão (democracia social) e uma economia de exclusão (capitalismo)”. O resultado disso é a existência de uma sensação de desconforto que, elevada à condição de insatisfação popular, causada pela ausência do cumprimento, especialmente pelo Executivo, das promessas insculpidas no texto constitucional, produz um apelo à jurisdição, que acaba por assumir ares de “sacralização”.¹⁵⁷

Resta claro que, por mais que se tenha avançado no modo de conceber a democracia, agregando o seu conteúdo, não era previsível que se fosse vivenciar na contemporaneidade duas consequências graves: o sentimento de acomodação/apatia política (e cívica) e o apelo

¹⁵⁶ Idem, *ibidem* p.12.

¹⁵⁷ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Crise do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 60-61.

permanente à jurisdição, fatores que inviabilizam o cumprimento da promessa democrática, qual seja, a de consolidação de “um sistema que a sociedade é parte ativa”.¹⁵⁸

Assim, a centralidade atribuída ao âmbito jurisdicional acaba gerando “fissuras no pacto democrático”¹⁵⁹, isso porque, levado às últimas consequências, este processo de recrudescimento do ambiente democrático em face de uma crescente judicialização do cotidiano também abriu espaço para vias alternativas de decidir litígios.

¹⁵⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado Contemporaneo**. Madrid: Alianza Universidad, 2005, p. 48.

¹⁵⁹ GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 96.

4 PROCESSO CONSTITUCIONAL, DECISÃO JUDICIAL E URGÊNCIA: ENTRE O DIZER (DECISÃO JUDICIAL) E O FAZER COM EFETIVIDADE

O processo judicial tem passado por uma intensa mutação paradigmática de natureza racionalista, e do empenho das filosofias liberais do iluminismo europeu em fazer o Direito como “ciência” sujeita aos mesmos princípios metodológicos utilizados pelas matemáticas. A redução do conceito de ciência jurídica,¹⁶⁰ peculiar ao pensamento moderno, que somente concebe como científicos os ramos do conhecimento humano destinada a pesar, medir e contar, transformou o Direito num sistema de conceitos com pretensão à eternidade.

O processo judicial foi o domínio jurídico mais prejudicado, por ser o processo aquele ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social. Os juristas do direito material levam a este respeito, uma apreciável vantagem sobre os que se dedicam ao direito que se realiza no tumulto da vida forense. Certamente, em sua dimensão estática, tem condições de suportar, com maiores chances de sobreviver essa mutilação metodológica, do que o direito dinâmico, representado pelo processo.

O sistema obriga, mesmo estando cientes de que o processo judicial não se propõe a descobertas de verdades necessárias, a pensar o Direito processual como um instrumento conceitual tendo o pressuposto que o Direito é produzido inteiramente pelo Poder Legislativo¹⁶¹, a consequência é tornar os juristas, além de irresponsáveis, uma espécie de braço mecânico do poder.

A sociedade nos moldes como se apresenta, exige uma decisão judicial efetiva, ante a possibilidade gravosa da não decisão que é um risco depositado no direito. Assim, não basta a enunciação de direitos pelo Estado para que se legitime a operabilidade do judiciário.

¹⁶⁰ A reflexão sobre o direito e a ciência jurídica, portanto, encontra-se em meio a um processo de transição mundialmente observável. As ciências se mistificam e os misticismos se cientificizam; a esfera pública se privatiza e a privada se publiciza; o direito é moralizado e a moral, juricizada; o “dever-ser”; as soberanias invadidas pelos mercados comuns e os mercados comuns capitaneados por determinados Estados soberanos; o masculino cada vez mais ressaltado em sua feminilidade e a feminilidade, cada vez mais masculinizada. Com efeito, as certezas e os limites espaço-temporais existentes estão em crise. (OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000, p. 1).

¹⁶¹ Ao contrário do que se costuma imaginar, a prática de uma democracia autenticamente participativa não pode prescindir de um Poder Judiciário forte, responsável e politicamente legitimado. Estas considerações poderão auxiliar na revelação do compromisso do sistema com o paradigma racionalista, mostrando que os principais obstáculos enfrentados por nossa prática judiciária decorrem desse modelo, fundamentalmente político, devido às filosofias liberais que plasmaram o pensamento europeu, a partir do século XVI. Este propósito obriga-nos a tratar o conceito de ideologia, compreendido este conceito como uma forma de pensamento que se sustenta em critérios e valores tornados anacrônicos e, portanto impróprios para as novas realidades. É uma exigência que se torna imperativa não apenas pelo caráter polissêmico do conceito de ideologia, mas especialmente pela utilização frequente que dele se faz sem preocupação com o rigor conceitual. (SILVA, Ovídio Baptista da. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito / Mestrado e Doutorado**. Centro de Ciências Jurídicas Unisinos. Org.: Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck. São Leopoldo. 2002, p. 170).

A imbricação entre a atividade do magistrado e a necessidade de presteza na resposta do sistema postula para uma melhor compreensão da reforma do modelo operativo do juiz no processo judicial, civil, de elucidar o conceito nuclear de celeridade.¹⁶²

Porém, há aqui uma tensão entre eficiência e efetividade, em nome da necessidade de standardização ditada pelos neoliberais. Dividir-se entre ser eficiente e ser efetiva é a marca contemporânea da jurisdição. A pergunta que fica é se ainda é possível resgatar sua inteireza? Todavia, é certo opor eficiência e efetividade?¹⁶³

A resposta a essa indagação pode advir da consideração de que o Poder Judiciário, por meio do direito processual, é sim, a um só tempo sujeito ativo e passivo dessas grandes transformações o que pode ser constatado em diferentes campos de sua atuação, como por exemplo, no que diz respeito às barreiras de acesso aos tribunais superiores com adoção da súmula vinculante e da exigência de repercussão geral do recurso especial e extraordinário.

E assim a palavra ineficácia, cujo sinônimo é inutilidade, não deve ser entendida na pureza de seu sentido semântico e sim sob o ponto de vista sociológico,¹⁶⁴ pois embora o Poder Judiciário venha desenvolvendo esforços, nos últimos anos, para a melhoria da sua atuação, é nítida a existência de barreiras de acesso e de perda de qualidade na prestação da Justiça. Obviamente, tal contingência deve ser compreendida no quadro do aumento crescente da reivindicação por Justiça (judicialização do cotidiano),¹⁶⁵ produzida no cenário de desigualdade e de exclusão que caracteriza sociedades de países em desenvolvimento, como o Brasil.

¹⁶² Manifestamente, o problema não é de hoje. Em 1921, Chiovenda afirmava que o principal problema da justiça italiana era a “duração interminável dos processos civis” – apud TEXEIRA, Paulo Duarte. **Os pressupostos objectivos e subjetivos do procedimento de injunção**, Separata, Themis, Revista da Faculdade de Direito UNL, Ano VII, n.º13,2006, pág.169. Já há mais de quarenta anos, era Mauro Capelletti que afirmava implicar a duração excessiva de um processo uma exclusão do seu caráter democrático, o qual pressupõe “um procedimento cuja duração na excessiva, dado que essa duração é danosa sobretudo para a parte que sendo economicamente menos forte, tem mais urgência em obter quanto lhe seja devido; daí que a duração excessiva do processo ofereça geralmente à parte mais rica uma posição de privilégio em relação ao adversário.” (CAPPELLETTI, Mauro. **Parecerionoclasticosulla reforma del processo civile italiano**, Giustizia e Società, Edizioni di Comunità, Milão, 1972, p. 114).

¹⁶³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. Mestrado e Doutorado. n. 6 /Org. Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010, p. 75-76.

¹⁶⁴ A ineficácia é um fenômeno simultaneamente jurídico e extra-jurídico. Refere-se aquilo que o direito transforma ou deixa de transformar no mundo exterior. (SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000, p.162).

¹⁶⁵ Primeiro porque há um fosso entre os direitos garantidos nas Constituições e o que se realiza na prática social, sobretudo em termos de políticas públicas. Segundo, porque os cidadãos, destinatários dessas políticas e ao mesmo tempo vítimas por sua ausência, ao invés de manterem-se na inércia, cada vez mais buscam o juiz. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **A jurisdição partida ao meio**. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. Mestrado e Doutorado. n.º 6/Org. Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010, p. 79.

É fato que o repertório de decisões aumenta na mesma proporção em que os sistemas políticos das sociedades complexas e plurais delegam ao Poder Judiciário a função de dirimir não só controvérsias, como também para resolver problemas que outros órgãos públicos não percebem a gravidade ou não são capazes de tratar de modo satisfatório. O juiz assume, assim, o papel de um *factótum institucional*.¹⁶⁶

Neste contexto, o que provoca o fenômeno da judicialização do cotidiano? Boaventura de Sousa Santos¹⁶⁷ referencia que nos países periféricos as Constituições consagraram direitos que nos países centrais foram conquista de demorados processos de transformação político-social. Para o autor, essa constitucionalização não foi acompanhada de políticas sociais consolidadas, razão pela qual se abriu espaço a cada vez maior intervenção judicial e um maior controle da constitucionalidade.

Nesse sentido, é preciso perquirir se ao lado das mudanças em prestígio à celeridade e descongestionamento do Supremo Tribunal Federal, outras, sob o ponto de vista de uma reforma estrutural, estão em curso ou estão na agenda do Legislador? Afinal, a rapidez da Justiça, em nome da eficiência, deve ser um fim em si mesmo? Ou antes dela, a preocupação deverá ser com a efetividade em termos substanciais?

Com efeito, uma radical democratização da jurisdição, impõe-se como uma resposta possível à despolitização diante do pouco valor que se atribui à perspectiva coletiva de processo. Outro efeito da despolitização é aquele produzido pela ânsia da quantificação da redução das demandas em julgamentos proferidos quase que em tempo real, em cujo cenário as questões ligadas ao conteúdo das decisões em termos de efetivação substancial dos direitos ficam em segundo plano.

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete no ordenamento jurídico, visto que, esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica.

Abordando o assunto, José Carlos Barbosa Moreira, afirma:

Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de

¹⁶⁶ PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito. Tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro. Zolo, Danilo. **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 476.

¹⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007, p. 20.

realização do direito material. [...] Será socialmente efetivo o processo¹⁶⁸ que se mostre capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da justiça. [...] Do ponto de vista social, o processo que consinta aos membros menos bem aquinhoados da comunidade a persecução judicial dos seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças – não só econômicas, senão também políticas e culturais.¹⁶⁹

Um dos grandes desafios do processo socialmente orientado é o desequilíbrio de forças que logo de início se exhibe entre as partes litigantes, a comprometer em regra a igualdade de oportunidades de êxito no pleito. Como bem se compreende, ressalta particularmente o aspecto econômico, que, todavia está longe de ser o único. Antes mesmo dele, põe-se um problema de ordem cultural. O baixo nível de cultura constitui, aqui como em tudo, fator de marginalização. Para um analfabeto ou semialfabeto, são notórias as desvantagens nessa espécie de competição a começar pelo déficit informativo, que tantas vezes lhe dificulta ou até veda a noção de seus direitos e da possibilidade de reclamar satisfação por via civilizada.¹⁷⁰

Dentro da dogmática o discurso se articula como se a relação processual fosse realizada entre dois pólos particulares. Contudo, observa-se que, em muitos casos, os dissensos partem da relação entre particulares e o Estado, pois, em existindo ausência de decisão Estatal acerca da questão, o próprio organismo estatal concretiza uma lesão à(s) parte(s), pois frustra as expectativas sociais pautadas nas garantias que o direito deveria outorgar.

A ineficiência da prestação jurisdicional em si constitui, nesses termos, uma afronta ou um agravamento da lesão à parte. Criaram-se, nesse prisma regras voltadas para as decisões

¹⁶⁸ Não se há de entender, pois, a expressão “processo socialmente efetivo” como se designasse processo apto a conduzir por força, mediante uma sentença ou o respectivo cumprimento, a resultado socialmente desejável, senão – com maior modéstia – processo apto a abrir passagem mais desimpedida a interesses socialmente relevantes, quando necessitem transitar pela via judicial. [...] Ponha-se em relevo aqui, a consagração, nos últimos decênios, de mecanismos destinados ao tratamento processual coletivo de direitos supra-individuais interesses voltados para a proteção do meio ambiente, do consumidor, de valores estéticos, históricos, artísticos – numa palavra, culturais – ganharam possibilidades de tutela judicial muito mais ampla do que aquelas que se lhes abriram entre nós noutros tempos e, ainda hoje, até em países mais adiantados. [...] O reconhecimento de interesses coletivos e difusos implica necessariamente o de deveres que recaem sobre cada um de nós em face dos outros membros da comunidade. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Por um processo socialmente efetivo**. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil. nº11 – mai./jun. 2001, p. 5-7. Acesso em: 5 jun. 2014

¹⁶⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Por um processo socialmente efetivo**. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil. nº 11 – mai./jun. 2001, p. 5-6. Acesso em: 5 jun. 2014.

¹⁷⁰ Idem, ibidem, p. 8.

de urgência destinadas a amparar o direito lesionado ou ameaçado pela demora da prestação jurisdicional.¹⁷¹

A principal razão da crise do Judiciário continua sendo a questão do tempo necessário para a tomada de uma decisão definitiva. A dificuldade de conciliação entre admissibilidade de recursos e outros instrumentos processuais, que retardam as decisões judiciais, e a dinâmica da vida cotidiana, imersa na comunicação planetária em tempo real. Exigindo, pois, decisões céleres e definitivas têm levado a repensar o processo constitucional, de modo a adaptar a vida processual à vida real.

Deste modo, percebe-se o crescimento constante dos níveis de insatisfação da população em relação à justiça. Com efeito, não se compreendem, por um lado, as razões jurídicas que impossibilitam a aplicação concreta e imediata de uma norma constitucional, e, por outro lado, a longa espera por uma decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, ocasionando a multiplicação de decisões conflitantes entre juízes e tribunais inferiores.

Tais situações têm contribuído sobremaneira para o desprestígio da prestação jurisdicional oferecida pelo Judiciário brasileiro. Esta insatisfação popular se faz sentir nos projetos de reforma constitucional que apresentam em dois sentidos: a) a primeira tese procura viabilizar um controle externo da atividade judicial não necessariamente no seu aspecto jurisdicional ou processual, posto que pudesse comprometer a independência da decisão de justiça, mais sim sobre aquelas atividades de natureza administrativa e que têm implicação imediata na organização judiciária, como, por exemplo, o modo de progressão na carreira ou ainda o modo de nomeação dos juízes dos Tribunais superiores;¹⁷² b) a segunda tese procura reapresentar a proposta oferecida no início dos trabalhos constituintes, no sentido de se transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro Tribunal Constitucional

¹⁷¹ Nesse ponto é preciso lembrar que o desejo/necessidade de segurança jurídica nasceu com a proposta liberal, tentando conter a atuação do Estado (de tradição arbitrária), para situa-lo dentro de parâmetros previsíveis evitando, dessa forma, a invasão da esfera de liberdade íntima da pessoa humana com decisões e normas posteriores aos fatos. Uma vez que este princípio existe para garantir a estabilidade social evitando danos provenientes da violência estatal, não é possível utilizá-lo então, como base para defender, casualmente, uma conduta do ente público. Isto é, para defender ou legitimar uma conduta do ente público que, apesar de não ser diretamente violenta indiretamente pode estar produzindo altos níveis de instabilidade social. (DUARTE, Francisco Carlos (Coord.). **Direito Fundamental à decisão urgente**. Tutela de urgência e risco. Curitiba: Juruá, 2005, p. 77).

¹⁷² Projeto nº 95, de Emenda Constitucional de iniciativa do Dep. José Genuíno: recebendo parecer pela admissibilidade da Comissão de Constituição e Justiça em 18-09-95. Proposta nº96-A/92, de Emenda à Constituição, de iniciativa do Dep. Hélio Bicudo, introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário; tendo recebido parecer pela admissibilidade da Comissão de Constituição e Justiça. Ver sobre o tema entrevista com o Deputado José Genuíno: “Deputado defende controle externo”, Jornal do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, nº 44, setembro/ outubro de 1995, p. 8.

concentrando assim as atividades da jurisdição constitucional, ou seja, o controle de constitucionalidade das leis e a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais.¹⁷³

A doutrina contemporânea vem se posicionando, portanto, no sentido de que o juiz, mesmo sem possuir o juízo de mérito terminado, adote medidas urgentes para satisfazer a tutela dentro da temporalidade material, real, e não de acordo com o tempo jurisdicional, o qual poderia implicar em danos que levassem até mesmo na perda do objeto do litígio. O tempo real torna-se, para tanto, um direito subjetivo fundamental na formação da decisão jurisprudencial em oposição ao tempo jurisdicional, o qual acaba se apresentando como verdadeiro violador dos direitos fundamentais.¹⁷⁴

O juiz, diferentemente dos demais agentes políticos, não detém sua legitimidade do processo eleitoral; antes, a sua é normativa, o qual, deriva das regras insculpidas na Constituição Federal de 1988. Logo, se o chefe do Poder Executivo de qualquer ente federado age assim, ou assado, ele estará exercendo o autogoverno popular, na medida em que foi eleito para tanto.¹⁷⁵ Os legisladores idem, os juízes? A resposta, em uma democracia, é que os julgadores, eis que não eleitos, “não devem engajar-se na produção de um Direito novo; devem aplicar os padrões inerentes ao Direito existente”.¹⁷⁶ Deverá agir, dessa forma, em conformidade com Constituição, elemento fundante do próprio Estado Democrático de Direito, e não conforme suas convicções pessoais.

A par disso, percebe-se que também com evidência palmar, que o relevante, no jurídico não é o que foi dito como valendo direito posto por quem investido do poder de fazê-lo, sim quem são os sujeitos legitimados para esse “dizer”, as razões que legitimam sua escolha, o processo mediante o qual ela se efetiva e os procedimentos institucionalizados para

¹⁷³ Senador propõe novo Tribunal. Emenda de Pedro Simon cria órgão para julgar questões constitucionais, *Jornal do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, n. 43, jul./ago. 1995, p. 6.

¹⁷⁴ É possível trazer à memória o tempo passado, porém, o tempo futuro não é possível antecipar. Ao se buscar prever o futuro identificando as causas que podem intervir no desenvolvimento dos acontecimentos, se encontra uma variedade de circunstâncias, assim a insegurança se multiplica na medida em que se busca elucidar o tempo futuro. A avaliação do risco se complica, pois, depende do tempo em que se apresenta. Desse modo, após tomar uma decisão, não se sabe o motivo da adoção de uma atitude tão arriscada ou se atuou com muita precaução. A distinção entre tempo passado e tempo presente e o tempo futuro já não fica restrita ao cálculo racional, pois, segundo Luhman, se deve calcular com “demasiadas condições sistêmicas possíveis”. Na medida em que se reconhece que não se tem o tempo suficiente para conseguir a informação necessária, as possibilidades de racionalizar as decisões se veem reduzidas. De qualquer forma, a sociedade mundial depende cada vez mais das decisões e se dá cada vez mais relevância ao tempo. (DUARTE, Francisco Carlos (Coord.). Tempo e decisão na sociedade do Risco. *Revista de Processo*, Repró 148, ano 32, junho 2007. p.103-104. Acesso em: 4 jun. 2014).

¹⁷⁵ Não se está dizendo que alguém, uma vez eleito, pode fazer o que bem quiser, há uma série de controles para que não ocorra abuso no exercício do poder (sistema de freios e contrapesos), além de instituições fiscalizadoras (como o ministério público e os Tribunais de Contas). O que se quer ressaltar é que investido no cargo para o qual eleito, o indivíduo passa a agir representando o povo.

¹⁷⁶ MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 507.

a consumação desse “dizer”, as razões que legitimam sua escolha, o processo mediante o qual ela se efetiva e o procedimentos institucionalizados para a consumação desse “dizer”, isto é o perfil político da função jurisdicional, suas implicações jurídicas e em que termos se viabilizou o controle social sobre esse conjunto de atividades.

Em resumo, de todo irrelevante ou quando nada não prioritário, discutir o que seja o direito justo. Urgente, isso sim lutar-se por uma organização do Estado que gere, como consequência, mais democracia real e menos democracia formal, com o que se obtém sempre o máximo de justiça possível no contexto histórico em que se opera e no tempo em que se vive.

O “dizer legislativo” em uma democracia¹⁷⁷ pode representar retrocessos terríveis, sob a perspectiva de que nem sempre a maioria está correta, para isso basta ver, os atuais projetos de emenda à constituição de n.º.37 (que retira a titularidade da ação penal do ministério público e repassa a polícia judiciária) e, porque não dizer, o projeto de emenda à constituição n.º.33 (que retira o direito de falar por último ou de “errar por último” do Supremo Tribunal Federal), logicamente que tais propostas encontram limites constitucionais materiais nas cláusulas pétreas, visto que, ofendem direitos fundamentais dos cidadãos, seja porque abala a forma federativa e a separação dos poderes, aspecto imutável da Constituição Federal de 1988, de modo que, a judicialização do cotidiano oriunda das crises do estado, a saber: conceitual (quanto ao aspecto de perda da soberania), estrutural (burocratização dos serviços essenciais), de representação política (descrença nos políticos), leva inexoravelmente a uma crise jurisdicional.

Explicitando o tema, Ovídio Baptista da Silva,¹⁷⁸ assevera ponto de incomensurável valia quando entrelaça coerentemente a abertura interpretativa necessária para a devida

¹⁷⁷ Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau. Não há dúvida, pois, de que o Estado Constitucional representa uma fórmula de Estado de Direito, talvez a sua mais cabal realização, pois, se a essência do Estado de Direito é a submissão do poder ao direito, somente quando existe uma verdadeira Constituição esta submissão compreende também a submissão do Poder Legislativo. Nesse contexto, e levando em conta o forte conteúdo contramajoritário presente nas decisões advindas da jurisdição constitucional, é que sustento a tese d absoluta possibilidade de convivência entre democracia e constitucionalismo. Mais do que isso, a Constituição, nesta quadra da história, a partir da revolução copernicana que atravessou o direito público depois do segundo pós-guerra, passa a ser em determinadas circunstâncias – condição de possibilidade do exercício do regime democrático, naquilo que a tradição (no sentido que Gadamer atribui a essa expressão) nos legou. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75-77).

¹⁷⁸ A suposta contradição havida e alegada com esteio em uma compreensão superficial de quem reconhece a função criadora da jurisprudência e, ao mesmo tempo, a sua submissão ao direito material. Não se trata,

aplicação do direito às não menos importantes barreiras combatentes de um descuidado ou exacerbado voluntarismo judicial.

De acordo com esse pensamento, um modelo “garantístico” do processo repele juízes que não se contenham no estrito âmbito da passividade e, por exemplo, se aventurem a buscar, por sua iniciativa, dados capazes de propiciar-lhes conhecimento mais completo dos fatos relevantes para a decisão.¹⁷⁹

De todo modo, uma ética de liberdade só se afirma praticando uma ética de responsabilidade, deve o juiz adotar uma postura de exigência deontológica, num esforço de colaboração com as partes, legitimado por um conjunto de regras, incluindo as de autorregulação, que concentrem no cidadão o destino do exercício da justiça.¹⁸⁰

De mais a mais, cumpre esclarecer um aspecto importante das relações entre regime político e ordenamento processual. Afigura-se óbvio que a disciplina legal do processo (e não só do processo) sofre a influência das características do regime político sob o qual é editada. Mas, à luz da experiência histórica também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido automático e inflexível para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o respeito às garantias democráticas. A realidade é sempre algo mais

assim, de uma ambivalência contraditória conducente a um ou outro extremo: ou se admite a função criadora como emanada ontologicamente (e, portanto, indiferentemente) da jurisdição ou se submete a parâmetros apriorísticos de uma justiça apenas reveladora ou declaratória de uma vontade preexistente. O reconhecimento da função criadora da jurisprudência, de se sublinhar, não se coaduna a ser limitada por freios metafísicos de abstração dissonante ao caso decidendo (como a literalidade dos dispositivos legais, o engessamento dos precedentes *tout court*, a insurreição de métodos teleológicos e gramaticais de interpretação), senão uma transitoriedade condicionalidade) ao direito material para efeito de se alcançar a resposta correta ou constitucionalmente adequada. (SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 221).

¹⁷⁹ Encabeça o processo um juiz ativo, muito particularmente na nuclear, e gestor na litigância de massa; nos dois casos, sempre munido de poderes efetivos e substanciais que confirmam expeditividade ao processo, respaldado por uma lei que nele deposite clara e inequívoca confiança. Depois, o controle das partes endo-processualmente concretizado, materializando, com recurso aos instrumentos tecnológicos, a efetiva dupla apreciação da matéria de fato; informando as normas procedimentais, afirma-se uma *accountability*, moldada em vectores que estravasse o escrutínio profissional, definindo o percurso de uma social, no quadro de um *court management* liderante, embora partilhado. (MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Editor: WoltersKluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora. 1. ed. abr. 2010, p. 143).

¹⁸⁰ Cunha Rodrigues aponte três pressupostos fundamentais quando reflete sobre a tarefa de ser juiz hoje: autoridade, responsabilidade (na acepção de “*accountability*”) e confiança. E concretiza: “A autoridade implica intransigência na disciplina do processo, ética profissional irrepreensível e método atento às questões da cidadania e sensível à fragilidade dos que acorrem aos passos perdidos da justiça”. Quanto à responsabilidade (“*accountability*”) “não se trata do problema da responsabilidade pelas decisões. Refiro-me à questão de saber quem, em cada momento, responde porque”. Finalmente, sobre a confiança, interroga-se o autor: “é tempo para retomar o debate sobre a importante e nunca esgotada questão de saber a quem cabe o ônus de velar pela manutenção dos níveis de confiança exigidos pela administração da justiça, inclusive no que respeita às suas dimensões simbólicas.” (RODRIGUES, Cunha. **Ser Juiz Hoje**. 1. ed. Editora: Almedina. 2008, p. 68-70).

complexa do que a imagem que dela propõem interpretações assim lineares, para não dizer simplórias.¹⁸¹

Em particular a tramitação processual não pode ser reduzida a uma ordem de grandeza meramente técnica, socialmente neutra, como era comumente concebida pela teoria processualista.

Crucial é perceber, portanto, permite que o processo não é somente um instrumento operativo, devendo sublinhar-se o seu conteúdo ético, como ferramenta que permite à jurisdição a realização de escopos sociais e políticos.¹⁸²

Do mesmo modo, em uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal da igualdade perante a lei, é preciso encontrar um processo que se liberte dos entraves econômicos e sociais que tolham o pleno acesso à justiça. De afirmar a necessidade de um processo ágil e funcionalmente coerente com o seu fim de providenciar uma decisão em tempo útil, é necessário ainda que se relativize o valor das formas processuais, utilizando-as de modo flexível na estrita medida em que sejam necessárias à consecução do objetivo substancial que as legitima.

Questionar o sistema jurídico sobre a sua “efetividade social” obriga também, num outro vetor, à consideração de novos protagonistas, abandonando a premissa clássica da vontade e da responsabilidade individuais, no formato tradicional do direito da pessoa, atomisticamente concebida, intrometendo-se no processo a ideia de realização do interesse geral, por vezes oposto aos interesses particulares das partes, isto enquanto a norma jurídica, ao serviço de uma sociedade, se reformula, ela mesma, partir de categorias funcionais como as do “interesse menor” ou da “proteção dos consumidores”.

Ao analisar o percurso evolutivo dos critérios e modos de controle de qualidade nas decisões judiciais, surge uma concepção do controle de qualidade estruturalmente diversa de todas as anteriores.

Donde, em lugar de um controle substancial, de legalidade ou de proporcionalidade, ou mesmo para além de um controle procedimental que garanta um processo equitativo,

¹⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Neoprivatismo no Processo Civil. **RDCPC**. nº 34 – mar./abr. 2005. p. 6. Acesso em: 5 jun. 2014.

¹⁸² [...] Sob a ótica do direito processual, o papel que desempenha é fundamental. Ritos complexos e ordinarizados podem revelar que a política judiciária reflete a escolha pela segurança e pela certeza. Ritos mais rápidos e desformalizados revelam a preocupação em fazer o processo acompanhar o ritmo das relações da sociedade contemporânea e a necessidade de as instituições jurídicas inovarem, como decorrência da capacidade de perdoar o que foi feito e que não pode mais ser desfeito, como também da capacidade de prometer como forma de enfrentar as incertezas de uma época complexa e caótica. (SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e Efetividade do Direito Processual Civil** – A Sumariedade material da Jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011).

ganha enfoque progressivo a avaliação do funcionamento da gestão e administração da justiça. Por isso, procura-se crescentemente aferir da produtividade judicial, através de índices, introduzindo-se concepções centradas em objetivos de eficácia e eficiência.¹⁸³

Articulando o tema, José Igreja Matos, explicita:

Nesse sentido, o sistema judicial é cada vez avaliado como qualquer outro serviço público, sujeito ao “new public management”. De tal modo que este desligar contemporâneo do controle substancial da legalidade dos julgamentos para o controle da boa gestão e do bom funcionamento dos tribunais, com um enfoque acrescido na performance individual dos actores judiciários, em especial do julgador, exige uma assunção da autoridade do juiz, o que nos remete para as questões de liderança essenciais ao conceito de “management”. Todavia, a autoridade do líder pressupõe, obrigatoriamente, a outorga de um crédito de confiança, sem o qual esse poder se fragiliza e esboroa. Trata-se precisamente do valor da confiança: A confiança era característica das sociedades tradicionais; o aumento da complexidade, da incerteza e do risco nas sociedades pós-industriais torna-a um elemento estruturante ainda mais crucial.¹⁸⁴

Assim, um modelo de processo deve, pois, assentar neste postulado da confiança, construída a partir de uma ética de responsabilidade social, tributando-se a quem dirige o processo e a quem, em cada momento, no âmago do sistema, dele prestará contas: o juiz.

A atuação do juiz¹⁸⁵ manifesta-se endogenamente no sistema quer através da intervenção na distribuição e no fluxo de processos, que na própria tramitação processual padrão com as suas fases que vão desde os articulados os documentos, as comunicações, as audiências e as decisões, usando, para tanto, as ferramentas indispensáveis de gestão e organização das tarefas processuais (*case management*), do fluxo processual (*caseflow management*) e de outras atividades acessórias de modo a racionalizar as concretas tarefas

¹⁸³ Um modelo agilizado de juiz assenta, portanto, na concreta atribuição a este, com confiança e sem hesitações, de uma dupla responsabilidade: a de gerir o processo, visando eficácia e celeridade da decisão, com a desenvoltura que, por exemplo, é concedida ao Tribunal das Comunidades Europeias e a de assegurar a qualidade dessa decisão. Essa qualidade que permite alcançar a “justa” decisão deve ser entendida, sob um prisma processual, como aquela sentença, sucinta e clara, que preenche requisitos fundamentais os quais assentam não só no acerto na escolha da norma aplicada ao caso e respectiva interpretação e na adequação e aquisição processual atendível dos fatos relevantes à decisão do caso concreto, mas também na utilização de um procedimento válido e justo para produzir essa decisão e na certeza de que esse procedimento cumpre “o prazo razoável” a que alude o art.6º. da C.E.D.H, satisfazendo os critérios de avaliação da qualidade. (MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Editor: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora. 1. ed. abr. 2010, p. 152-153).

¹⁸⁴ MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Editor: WoltersKluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora. 1. ed. abr. 2010, p. 149-150.

¹⁸⁵ A autoridade do juiz não deve, contudo, confundir-se com a imagem de um juiz Hércules, para usar a célebre expressão de Dworkin, no sentido que designa “um juiz semi-deus que se submete às tarefas esgotantes de julgar, carregando o mundo nos seus braços estendidos”, num estéril monólogo. (MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Editor: WoltersKluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora. 1. ed. abr. 2010, p. 159).

judiciárias permitindo a consecução, nomeadamente, de um agendamento capaz e viável de uma organização intra e inter-processual consistente e com grau de eficácia bastante para lidar, concomitantemente, com situações de litigância de massa e de litigância complexa.

A intervenção definida do juiz deve procurar-se, fundamentalmente, no controle desses poderes tanto para dentro como fora do processo. Ferrajoli identificou na função judicial uma dimensão que designou como “poder de disposição” que graficamente se situa naquele espaço de decisão que não está suficientemente coberto pela norma e que, por consequência, se encontra, de fato, liberto para a plena autonomia do julgador; o juiz porém, como adverte, só pode mover-se dentro desse espaço mediante um escrupuloso exercício de autoconsciência a par de um esforço comprometido de transferência na motivação, de modo a melhor permitir a sindicabilidade.¹⁸⁶

Por sua vez, o controle externo do poder do juiz que vai para além do processo, mas nele se reflete, deve acontecer de uma forma exigente e continuada, bipolarizando-se em duas dimensões complementares: as que se traduzem no dever de prestar contas, indo ao encontro das modernas concepções de “public management”, e as que decorrem de um quadro de conduta eticamente delimitado e exigente.

Acontece, porém, que a pressão dos mecanismos de gestão sobre a performance judiciária não pode mais ser escamoteada; ponto é que se encontrem os equilíbrios que mantenham incólume a independência judicial mas em que se erija um sistema que assegura a efetividade da prestação jurisdicional sob o aspecto qualitativo e sob o aspecto quantitativo.

Existe uma responsabilidade de natureza *social accountability* na ideia de transparência e sensibilidade para com os cidadãos dando resposta a uma pressão pública crescente que interroga sobre a legitimação do judiciário. Concretizando esta noção que implica uma comunicação recíproca entre Justiça e o público, reporta à necessidade por parte dos tribunais em encontrar estratégias de informação, envolvendo, por exemplo, a circulação alargada e imediata do teor das sentenças judiciais, por forma a lograr uma transparência total sobre o funcionamento dos tribunais junto da comunidade em geral, com os ganhos daí decorrentes em termos de legitimação pública.¹⁸⁷

Ressalta, assim, a palavra comunicabilidade, impondo aos tribunais o dever de tornar acessíveis as suas decisões como também o seu processo e, em particular, os seus tempos de resposta, com uma construtiva responsabilização interna dos intervenientes, a partir de

¹⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoria do Garantismo Penal, Ed. Trotta, Madrid, 7. ed. 2005, p. 38-40.

¹⁸⁷ MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Editor: WoltersKluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora. 1. ed. abr. 2010, p. 163-164.

módulos objetivos de produtividade aferidos em função de uma estruturada e prévia contingência processual, evitando contabilizações efficientistas.¹⁸⁸

Perante a fragilidade da lei e dos mecanismos tradicionais de regulação social, generaliza-se a tendência de entregar ao poder judicial a tarefa de afirmação da Rule of Law, o que mais intensifica a necessidade da assunção ética de um conjunto de deveres próprios da magistratura como contrapeso que assevere uma garantia mínima de que as decisões serão as melhores.¹⁸⁹

Assim, superada a visão de um modelo de juiz neutro perante a causa que lhe cabe decidir e aceitando hoje que os poderes processuais do juiz devam ser ativos na busca dos fatos e direitos subjetivos na tramitação procedimental, implicam o abandono de uma posição passiva e distanciada, então estas regras deontológicas adquirem novos protagonismos, não servindo apenas para regular a relação do juiz com os outros órgãos de poder do Estado, mas, sobretudo, com todos os intervenientes processuais.

Numa abordagem genérica, perante o esgotamento histórico do paradigma legalista¹⁹⁰ e dos seus corolários particularmente os decorrentes da juridificação uniforme das relações sociais¹⁹¹, importa trilhar caminhos que permitam uma maior flexibilidade na aproximação jurisdicional, aceitando a complexidade e a pluralidade como um *ethos* e não, temerosamente, como um *pathos* e aceitando como imperiosa uma abertura interdisciplinar¹⁹² ao material social e aos próprios métodos da sociologia.

¹⁸⁸ Idem, ibidem p.164

¹⁸⁹ Hegel explicava já em 1820 que “[...] um edifício não pode ficar suspenso no ar. A ética não pode existir apenas sob a forma da universalidade do Estado, mas também e de maneira essencial, sob a forma da particularidade (social)” extracto de Princípios de Filosofia do Direito (tradução a partir da versão francesa em Les Textes fondamentaux de la Pensée Politique, Le Point, hors-série, Setembro-Outubro de 2008, p. 73. Acesso em: 10 jun. 2014.

¹⁹⁰ A lei não é mais uma afirmação carregada de sacralidade, mas, pela exigência de adaptação a um quadro social em constante mudança, rebaixa-se a um mero expediente técnico, frequentemente com intenções de solução dum esquema de interesses concretos. (SOARES, Rogério Ehrhardt. **Direito Público e Sociedade Técnica**. Edições Tenacitas, reedição de Janeiro de 2008, p. 150).

¹⁹¹ Nesta vertente, interessa sublinhar os riscos inerentes à desjudicialização dos conflitos. É que o abandono da via judicial ou a imposição de critérios padronizadores que tudo nivelam, abstratamente, na fixação de indenizações, desvalorizando o papel integrador do juiz, transforma o jurista do Estado de Direito naquilo a que Canotilho designa como um “economista da eficiência”. (MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Editor: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora. 1. ed. abr. 2010, p. 155-156).

¹⁹² A sociedade mundial é fragmentada em vários discursos hermeticamente fechados, em sistemas incompatíveis entre si, em jogos de língua diversos, violentamente hostis um ao outro. Essa policontextualidade, em oposição a noções ingênuas de convergência é formulada, mesmo que seja de forma menos espetacular, em outros contextos teóricos, como, por exemplo, no new institutionalism e na teoria dos sistemas. O desafio repousa no fato de que o sistema jurídico fechado informado pelas fontes do direito precisa ser reconstruído em conformidade com essa policontextualidade. (TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Apresentação: Dorothee Susanne Rudiger. Introdução: Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Editora Unimep, 2005).

4.1 (Re)construindo o processo constitucional sob a perspectiva liberal e o discurso teórico da decisão judicial

O Estado Liberal de direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo e do *ancian régime*. A administração e os juízes a partir dele, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse a lei.

O princípio da legalidade, porém, constituiu apenas a forma, encontrada pela burguesia, de substituir o absolutismo do regime deposto. É preciso ter em conta que uma das ideias fundamentais implantadas pelo princípio da legalidade foi a de que uma qualidade essencial de toda lei é por limites à liberdade individual.

O princípio da legalidade, assim acabou por constituir um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa.

Desenvolvendo o tema, Luiz Guilherme Mariononi, explica:

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

A transformação operada pelo Estado Legislativo teve a intenção de conter os abusos da administração e da jurisdição, e assim, obviamente não se está dizendo que o sistema anterior ao do Estado Legislativo era melhor. Não há dúvida de que a supremacia da lei sobre o judiciário teve o mérito de conter as arbitrariedades de um corpo de juízes imoral e corrupto.¹⁹³

Nessa linha, Mauro Cappelletti qualifica os juízes anteriores à Revolução Francesa como comprometidos com o poder feudal que se recusavam a admitir qual quer inovação introduzida pelo legislador que pudesse prejudicar o regime. Os cargos de juízes não apenas eram hereditários, como também podiam ser comprados e vendidos e daí a explicação natural

¹⁹³MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. A jurisdição no Estado Constitucional, jurisdição, Estado Liberal e positivismo. v. 1. **Editora Revista dos Tribunais**, 2014, p. 25.

para o vínculo dos tribunais judiciários com ideias conservadoras e próprias do poder instituído, e para a conseqüente repulsa devotada aos magistrados pelas classes populares.¹⁹⁴

Ademais, para o desenvolvimento da sociedade em meio à liberdade, aspirava-se um direito previsível ou à chamada “certeza do direito”. Desejava-se uma lei abstrata, que pudesse albergar quaisquer situações concretas futuras, e assim eliminasse a necessidade da edição de novas leis, e especialmente a possibilidade de o juiz, ao aplicá-la, ser levado a tomar em conta especificidades próprias e características de uma determinada situação.

A generalidade e a abstração evidentemente também apontavam para a impossibilidade de o juiz interpretar a lei ou considerar circunstâncias especiais ou concretas. Como é óbvio, de nada adiantaria uma lei marcada pela generalidade e pela abstração se o juiz pudesse conformá-las em diferentes situações concretas. Isso, segundo os valores liberais, obscureceria a previsibilidade e a certeza do direito, pensados como indispensáveis para a manutenção da liberdade.

Se for certo que a jurisdição, no final do século XIX, encontrava-se totalmente comprometida com os valores do Estado Liberal e do positivismo jurídico,¹⁹⁵ passa a importar, agora, a relação entre tais valores e a concepção de jurisdição como função voltada a dar atuação aos direitos subjetivos privados violados.

Luiz Guilherme Marinoni enfatiza a questão ao afirmar que os processualistas definiram essa ideia de jurisdição sob a influência ideológica do modelo do Estado Liberal de Direito e, por isso submetidos aos valores da igualdade formal, da liberdade individual mediante a não interferência do Estado nas relações privadas e do princípio da separação de poderes como mecanismo de subordinação do executivo e do judiciário à lei.¹⁹⁶

¹⁹⁴ CAPPELETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu?** A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 20, p. 268.

¹⁹⁵ O positivismo jurídico é tributário dessa concepção de direito, pois, partindo da ideia de que o direito se resume à lei, e, assim, é fruto exclusivo das casas legislativas, limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador. [...] Contudo, o positivismo jurídico não apenas aceitou a ideia de que o direito deveria ser reduzido à lei, mas também foi o responsável por uma inconcebível simplificação das tarefas e das responsabilidades dos juízes, promotores advogados, professores e juristas, limitando-as a uma aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense, na universidade e na elaboração doutrinária. Isso significa que o positivismo jurídico originalmente concebido para a ideologia do Estado Liberal, transformou-se, ele mesmo, em ideologia. Nessa dimensão, passou a constituir a bandeira dos defensores do *status quo* ou dos interesses em manter a situação consolidada em lei. Isso permitiu que a sociedade se desenvolvesse sob um asséptico e indiferente sistema legal ou mediante a proteção de uma lei que sem tratar de modo adequado os desiguais, tornou os iguais em carne e osso mais desiguais ainda. (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. A jurisdição no Estado Constitucional, jurisdição, Estado Liberal e positivismo. v.1. **Editores Revista dos Tribunais**, 2014, p. 29-30).

¹⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 30-31.

Na época atuava a chamada escola exegética, que, além de ter sido influenciada pelo iluminismo, foi acentuadamente marcada pelo positivismo jurídico e, assim, pela ideia de submissão do juiz à lei.

Mais precisamente, a jurisdição tinha a função de viabilizar a reparação do dano, uma vez que, nessa época, não se admitia que o juiz pudesse atuar antes de uma ação humana ter violado o ordenamento jurídico. Se a liberdade era garantida na medida em que o Estado não interferia nas relações privadas obviamente não se podia dar ao juiz o poder de evitar a prática de uma conduta sob o argumento de que ela poderia violar a lei. Na verdade, qualquer ingerência do juiz, sem que houvesse sido violada uma lei, seria vista como um atentado a liberdade individual.

Ademais, a ideia de igualdade formal, ao refletir a impossibilidade de tratamento diferenciado às diferentes posições sociais e aos bens, unificou o valor dos direitos, permitindo a sua expressão em dinheiro e, assim, que a jurisdição pudesse conferir a todos eles um significado em pecúnia. Foi quando surgiu a ideia de reparação do dano pelo equivalente, o que obviamente também teve influência sobre a concepção de jurisdição¹⁹⁷ como função dirigida a dar tutela aos direitos privados violados.

A jurisdição, mergulhada no sistema de Chiovenda, é vista como função voltada à atuação da vontade concreta da lei. Segundo Chiovenda a jurisdição no processo de conhecimento, “consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes”.¹⁹⁸

A mudança que se verificou em relação à natureza do processo, antes concebido como algo posto a serviço dos particulares e depois visto como meio através do qual se exprime a autoridade do Estado, nada teve a ver com o surgimento de uma ideologia diversa da liberal, e muito menos com uma tentativa de inserção do processo civil em uma dimensão social, constituindo apenas o resultado da evolução da cultura jurídica.

Fica claro que a escola chiovendiana ainda que preocupada com a investigação das raízes históricas dos institutos processuais, bem como, com uma maior problematização da dogmática processual civil jamais chegou a questionar, por exemplo, o acesso dos cidadãos ao

¹⁹⁷ Não obstante, ainda que o pensamento de Mortara tenha sido importante para afirmar a natureza pública do processo o fato é que a sua concepção de jurisdição, ao frisar a defesa do direito objetivo não se livrou do peso dos valores do Estado Liberal, mantendo-se absolutamente fiel à ideia de que o juiz, diante da sua posição de subordinação ao legislador, deveria apenas atuar a vontade da lei. (MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. A jurisdição no Estado Constitucional, jurisdição, Estado Liberal e positivismo. v. 1. **Editora Revista dos Tribunais**, 2014, p. 32-33).

¹⁹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **A ação no sistema dos direitos**. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 3.

Poder Judiciário e a efetividade dos procedimentos para atender aos direitos das classes desprivilegiadas.

O julgamento judiciário é sempre um julgamento em situação e, pode-se acrescentar de uma situação. O que lhe dá força e ao mesmo tempo fragilidade é um julgamento sob o horizonte de finitude. Julgar uma situação verdadeiramente humana é participar da tragédia potencial nas circunstâncias em que a responsabilidade exercida pelo homem é levada a seus limites. Julgar contra todos os obstáculos, é no final de contas uma reivindicação da dignidade do homem.¹⁹⁹

Antoine Garapon enfatiza que diferentemente do médico ou do empresário, o juiz não pode exercer seu poder senão em circunstâncias bem definidas, as da audiência e ao final de uma troca de argumentos regulada pelo direito processual. Seu contato com a realidade é sempre intermediado pelo direito, pelo processo ou pelo quadro ritual da sala de audiência. Não existe julgamento “puro”, livre das condições físicas de sua realização. O jurista considera os problemas do direito livre de sua dimensão humana. É preciso desconfiar das representações ideais que concebem o julgamento ao final de um debate completo e bem argumentado. A realidade é outra: mais do que um processo, trata-se de uma evolução; mais do que um sentido sobre uma norma aplicada a uma situação, trata-se de uma construção comum do sentido de um caso. Portanto, é essencial pensar a decisão final como uma multitude de pequenas decisões tomadas por atores diversos, dentre os quais nem todos são juízes nem mesmo juristas.²⁰⁰

A necessidade de julgamento se evidencia pelo seu extremo, o crime contra a humanidade, e pelo seu reverso, a negação. Os debates parlamentares sobre o novo Código Penal comprovaram a importância capital que o crime contra a humanidade assumiu na consciência jurídica contemporânea. Os genocídios deste século, e mais precisamente o holocausto dos judeus, levaram as nações a concordar em não aceitar mais o que não

¹⁹⁹ Deve-se, assim, deixar de assimilar o ato de julgar “aos casos trágicos” ou aos “hard cases”, largamente publicados e abundantemente comentados. Eles não representam mais do que uma ínfima minoria de casos. As decisões tomadas pelo juiz comum, mesmo esperando que sejam fundamentadas no direito não dispõem sempre, longe disso, de tal luxo de precauções. E, no entanto, essas decisões que o juiz toma de imprevisto, pelo telefone, por exemplo, sozinho, na urgência, ou de maneira bem repetitiva ou automática são importantes. Na maioria das vezes elas concernem pessoas e se relacionam quase sempre à grande densidade humana: detenções, penas leves, medidas provisórias de vigilância etc. Chega sempre o momento em que o juiz deve interromper a cadeia de argumentos suscetíveis de serem expressos e deve agir como se todos os elementos lhe tivessem sido fornecidos. (GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas; tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2. ed. 2001, p.162-163).

²⁰⁰ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas; tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2. ed. 2001, p. 162-163.

quisessem, uma espécie de direito natural²⁰¹ negativo. A lembrança ainda recente do Shoah inspirou a maioria dos grandes textos elaborados no imediato pós-guerra, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁰², de 10 de dezembro de 1948.

O crime contra a humanidade²⁰³ é assim, o referencial fundador de uma nova etapa na história da humanidade. Fundador ele foi igualmente quando abriu as portas para a compreensão da função da justiça das sociedades sem transcendência. O crime contra a humanidade lembra à justiça seu dever primeiro que é *dizer o justo*. Dizer é a sua primeira e às vezes a única tarefa; quão longe vai a memória sobre o direito a justiça é associada a uma palavra pública, conforme sua etimologia indica: “*juris-dição*”, dizer o direito.

Abordando a temática, Antoine Garapon, explica:

A primeira obrigação que pesa sobre os contemporâneos do genocídio é de denunciá-lo, portanto, dizê-lo. Deve-se deixar de lado o indescritível horror e testemunhar, pois o que é indescritível é imprescritível. O imperativo de dizer não é apanágio dos juízes. Se essa obrigação que pesa sobre cada um, testemunhas, filhos de vítimas ou carrascos, simples expectadores, não é honrada, o direito jamais poderá ser dito. Ao contrário, a justiça intervém por último para atestar e oficializar os testemunhos. Dizer o justo não pode ser outra coisa senão desdobrar oficialmente uma consciência comum do mal. É essencial que sejam estabelecidas categorias, a começar pela primeira de todas, as que distingue o bem do mal, acabar com a indistinção entre vítima

²⁰¹ A diferença entre direito natural e direito de gentes consistia em que o direito natural é comum também aos animais, enquanto que o de *ius gentium* correspondia apenas aos homens. Podemos ver o texto das Instituições que diz: é direito natural aquele que a natureza ensinou a todos os animais, pois este direito não é só próprio do gênero humano, mas comum a todos os animais, e se tomam como exemplos a união de macho e fêmea, a procriação dos filhos e a sua educação (CULLETON, Alfredo Santiago. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / Org. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: São Leopoldo: UNISINOS, 2010, p. 14).

²⁰² [...] a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver. A declaração é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas. De resto, como já várias vezes foi observado, própria Declaração proclama os princípios de que se faz pregoeira não como normas jurídicas, mas como “ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações”. (BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 1992).

²⁰³ A forma de equilíbrio internacional que dominou o cenário político nas décadas seguintes ao término da II Guerra Mundial – o sistema da Guerra Fria – desintegrou-se, não tendo sido substituído por forma alternativa viável de governança. Precisamente essa fluidez político-institucional tem apontado para a necessidade da construção de uma ordem internacional baseada nos princípios da constitucionalidade e da democracia. A tradição dos debates da teoria democrática tem sido a de trabalhar com os questionamentos que surgem no âmbito do Estado nacional, tendo pouco refletido na perspectiva da ordem internacional que sofreu mudanças radicais com repercussões na vida dos cidadãos. A teoria democrática tem se ocupado, principalmente, com as estruturas partidárias, a burocracia, a fragmentação do poder, a governabilidade, o peso do Estado, etc. Não analisa os fundamentos de uma nova ordem interestatal e qual o papel do Estado nacional no âmbito do processo de globalização. (BARRETO, Vicente de Paulo. **Direitos Humanos, Democracia e Globalização**. In: **20 anos de Constituição**: Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política. Organizadores Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barreto e Alfredo Santiago Culleton.- São Leopoldo: Oikos, 2009, p. 258.

e agressor. Acusar e categorizar têm, aliás, a mesma origem grega: *kategoresthai*.²⁰⁴

Os casos de bioética, de crime contra a humanidade ou de incesto têm em comum a recorrência à justiça, que dirá o que existe de humano no homem, lembrará que é proibido compará-lo a um objeto, protegerá o lado humano de cada um. O direito se apresenta *in fine* como a promessa de humanismo feita por um aos outros e garantida pela lei. Da base humanística está na capacidade reconhecida de ser sujeito de linguagem, isto é, de falar, de testemunhar e de compreender pela palavra. O direito, em última análise, se traduz na promessa feita à comunidade, nacional ou internacional, e as gerações futuras. Daí a regra de outro que é a própria condição do edifício jurídico: Os compromissos devem ser cumpridos, *pacta sunt servanda*.

A evolução do Estado (Moderno)²⁰⁵, em suas diversas etapas, e particularizadamente, com o marco teórico do *welfare state*, a sólida posição teórica da democracia liberal passa a ser atingida frontalmente por novos posicionamentos que determinaram um desvio conceitual sobre uma terminologia que usufruía de uma tranquilidade de aproximadamente dois mil e quinhentos anos. E, no último meio século não só a segurança do conceito liberal de democracia foi desfeita, mas a sua própria posição hegemônica no universo teórico mundial.

Com a evolução do Estado (Moderno)²⁰⁶, expressada concretamente na agregação de conteúdos materiais às conquistas majoritariamente formais de natureza liberal, modificou-se não só o paradigma de direito positivo, mas também a própria concepção de democracia teve de ser reformulada diante de uma série de novas demandas que não mais podiam ser satisfeitas somente com a execução do projeto democrático liberal.

²⁰⁴ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas; tradução Maria Luiza de Carvalho.- Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2. ed. 2001, p. 166-168.

²⁰⁵ No transcurso de sua história, o Estado Moderno, erigido como tal a partir do século XVI, viu-se envolto em um largo processo de consolidação e transformações, passando nos dias de hoje por uma longa transformação / exaustão. Ou melhor, por várias crises interconectadas. Para pensá-las, impõe-se propor para o debate duas grandes versões de caráter genérico, agregadas a uma terceira vertente crítica de caráter institucional. A primeira delas diria respeito à crise que atinge as suas características conceituais básicas, em particular a ideia de soberania. A outra atingiria não a ideia mesma de estado, mas uma de suas materializações, o Welfare State, ou Estado do Bem-Estar Social. Já a terceira se projeta por sobre a fórmula moderna de racionalização do poder, ou seja, o Estado Constitucional, sem descurarmos de uma quarta vertente que atinge a tradição da separação funcional do poder estatal. (BOLZAN DE MORAIS. José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed., 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 136).

²⁰⁶ Já a nova crise, significa a fragilização dos instrumentos jurídico-políticos de ordenação do poder político e de organização estrutural da sociedade a partir da juridicização hierarquizada da política por intermédio do conhecido Estado Constitucional nascido do projeto liberal revolucionário, cujos contornos foram sendo ajustados ao longo dos dois últimos séculos, desde as Constituições modernas – americana e francesa – de perfil liberal até o constitucionalismo social oriundo da segunda década do século vinte. (BOLZAN DE MORAIS. José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed., 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 137).

Desenvolvendo a temática da democracia e do processo constitucional, de maneira tal, a repensar as necessidades democráticas, José Luis Bolzan de Moraes, expõe:

A necessidade e urgência de concretização da parcela social do nosso modelo constitucionalizado de Estado democrático de Direito impõe repensar as nossas necessidades democráticas, o que nos conduz a um compromisso de reconstruirmos, a partir de tipos ideais a serem contextualizados, uma nova concepção de democracia: a social, que ultrapassa o mero formalismo da democracia representativa, e reclama que todo ordenamento jurídico e todos os poderes públicos devem estar voltados à sua realização, a partir, em particular, da unidade do Estado. Algumas parcelas do ordenamento e da estrutura institucional devem contribuir mais do que outras. O poder judiciário, como guardião e realizador da Constituição passa a ter suas atribuições significativamente ampliadas.²⁰⁷

A posição privilegiadamente formal/procedimentalista em relação ao papel dos Tribunais constitucionais busca descarregar a atividade judicial da orientação por princípios de procedência moral ou ética, dentro de uma leitura bastante ética da atividade dos tribunais. Segundo sua concepção, não são regulações materiais, mas regulações formais, como a qual protection ou o dueprocessoflaw, as que constituem a substância da constituição. Se as Cortes Constitucionais têm a função de vigiar a observância da Constituição, antes de tudo hão de prestar a atenção às normas de procedimento e organização²⁰⁸.

Entender que estas análises procedimentalistas, dentre outras, estão profundamente caracterizadas e influenciadas por uma visão eminentemente liberal da função da Constituição e da divisão dos poderes, não sendo demasiado afirmar que estabelecem uma estreita relação de compatibilidade entre os princípios do Estado de Direito somente com uma compreensão liberal do processo constitucional e dos direitos fundamentais como liberdades subjetivas de ação imediatamente válidas e oponíveis contra o Estado. Ao negarem às Constituições um valor normativo específico, particularmente com relação de um estado de justiça política pela utilização de mecanismos e concepções de Constituição inteiramente liberal-individualistas²⁰⁹.

²⁰⁷ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **A jurisprudencialização da Constituição**. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado e Doutorado. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Org. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck. São Leopoldo, 2002, p. 327.

²⁰⁸ ELY, J. H. *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*. Massachusetts: Harvard University Press, 1990, p. 100.

²⁰⁹ Seria ingenuidade de nossa parte imaginarmos que uma atuação passiva do Supremo Tribunal Federal, dentro dos limites clássicos de divisão dos poderes, e restrita a garantir a observância dos direitos fundamentais de matriz liberal-individualista, poderia proporcionar as condições procedimentais e materiais para a concretização de uma sociedade democrática tanto sob o aspecto da participação política e da garantia das “liberdades para”, quanto sob o enfoque socioeconômico. A história brasileira, neste sentido, tem nos mostrado exatamente o contrário. A repartição de competências dos poderes públicos de nosso país, a partir da clássica divisão dos poderes não proporcionou de forma satisfatória a realização de uma série de direitos

Abordando o assunto, José Luis Bolzan de Moraes, afirma:

A ampliação da atuação do STF, em matéria jurisdicional constitucional, é uma técnica garantista de asseguramento de uma real efetividade dos direitos sociais reclamada pelos novos padrões democráticos e institucionais no Estado Democrático de Direito. E para tanto, inúmeros mecanismos processuais foram oferecidos pelo texto constitucional de 1988, e somente não foram eficazes em razão de restrições que o modelo liberal de separação de poderes impôs à atuação de nossa Corte Suprema. O problema, em última análise, está situado na discussão que se trava acerca dos limites da atuação das cortes constitucionais voltada a uma constante construção jurisprudencial da Constituição e das próprias concepções de democracia e garantia que dão o suporte teórico às nossas instituições jurídicas e políticas.²¹⁰

Em virtude de circunstâncias históricas conhecidas, o Supremo Tribunal Federal, submetido ao aparelho burocrático de função jurisdicional²¹¹, referindo-se a tal Corte Constitucional, o Ministro Carlos Veloso oferece um dado sugestivo e que poderá talvez apresentar-se como inacreditável a quem não esteja familiarizado com o presente sistema recursal brasileiro. Em entrevista em novembro de 1998²¹², mostrou sua Excelência que o volume de processos que chegam a Corte elevou-se, entre os anos de 1940 e 1998, em 1.856%.

Esse dado torna-se mais alarmante, quando se sabe que o número de recursos que sobem à Corte “continua crescendo” e, segundo a estimativa feita pelo entrevistado, nesse ano de 1998, o crescimento deveria atingir a inacreditável marca de 52% sobre o ano anterior.

sociais que, ao longo de nossa história, foram constitucionalizados. E isso deu-se exatamente em função de que as atuações políticas de executivo e do legislativo não tiveram a necessária vinculação aos modelos constitucionais, nem, por outro lado, puderam ser limitadas ou direcionadas pela atuação do Poder Judiciário. (BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **A jurisprudencialização da Constituição**. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado e Doutorado. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Org. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck. São Leopoldo, 2002, p. 330).

²¹⁰ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **A jurisprudencialização da Constituição**. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado e Doutorado. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Org. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck. São Leopoldo, 2002, p. 337.

²¹¹ Nessas bases, a jurisdição vem sendo orientada pelo normativismo e liberada de assumir responsabilmente suas decisões, reputando-as ao legislador. A jurisdição sofre o impacto das patologias da burocratização: o excesso de rigidez normativa e o isolamento das experiências intelectuais críticas e a diluição da responsabilidade pelas decisões proferidas. E é essa burocratização que vai provocar o esquecimento da jurisdição romana no contexto da jurisdição moderna, transformando-a em espécie de jurisdição meramente declaratória. (ESPINDOLA, Ângela Araujo da Silveira. A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. n. 7. Org. André Luis Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2010, p. 59).

²¹² Jornal da OAB, novembro, 1998, p. 11.

Estatisticamente, de tantas e tão variadas informações desse gênero, acaba tornando insensível para o real significado dessas grandezas, convém traduzi-las em quantidades numéricas, a fim de que se possa melhor avaliar seus reflexos sobre a administração da justiça.

Informar que os recursos encaminhados à Suprema Corte cresceram 1.856%, nos 46 anos a que esses dados se referem, significa dizer que o mesmo número de magistrados, 11 ministros, receberam em 1940, 1.807 recursos número que ascendeu à soma de 33.345 em 1997, crescendo para 41.662 nos dez primeiros meses de 1998, calculando-se no momento da entrevista, que o total de processos deveria atingir, nos doze meses restantes, a proporção de crescimento verificada de janeiro a outubro.

Vários fatores contribuíram para revelar a falácia desse racionalismo que pretendeu submeter o direito aos esquemas epistemológicos das ciências ditas exatas. Dentre eles assume relevo a circunstância de termos de conviver, em uma experiência contemporânea com uma sociedade basicamente pluralista, a impor o abandono de qualquer veleidade que pudesse legitimar o que John Rawls denomina “doutrinas abrangentes da justiça”²¹³, como se os princípios religiosos, éticos e políticos devessem ser impostos aos demais como verdades indiscutíveis.

Para o pensamento liberal, particularmente para o racionalismo dos séculos XVII e XVIII, a lei editada pelo Estado haveria de ser uma espécie de “regra do jogo”, fundada como dizia Montesquieu, na natureza das coisas, com a qual manteria uma “relação necessária”. Esta compreensão do fenômeno jurídico pressupunha que a norma legal fosse rigorosamente neutra quanto a valores; e além disso, incapaz de interferir, menos ainda orientar e dirigir o comportamento de seus destinatários. Qualquer ideia que pudesse dar-lhes algum sentido promocional, ou um colorido teleológico, não integrava o pensamento dos juristas do iluminismo.

Comentando sobre o assunto, Ovídio Araújo Baptista da Silva, explica:

Quando dizemos que o Estado, mais propriamente a União Federal, tornou-se o maior litigante na justiça brasileira, o que se pretende significar é precisamente isto: o Estado torna-se litigante na condição de produtor de leis, que ao invés de apenas assegurar a liberdade de agir de seus destinatários, interfere gravemente em sua liberdade, protegendo interesses e interferindo nas condições e possibilidades sociais, econômicas, existenciais enfim, de cada um deles. Na verdade, não lutamos, na maioria dos casos,

²¹³ O liberalismo político, edição original de 1993, trad. Portuguesa, Lisboa, de 1996.

contra a União Federal e sim contra as leis que ela produz, que reputamos injustas.²¹⁴

Esse fenômeno, sem precedente na História, do crescente “apelo ao juiz”, a transformar, o Estado de Direito em verdadeiro “Estado de Tutela Judicial” oferece um aspecto de singular ilogicidade, porquanto a busca crescente da tutela processual, a invadir áreas antes excluídas dessa forma de proteção estatal, ocorre precisamente no momento em que predomina um sentimento generalizado de desconfiança e repúdio contra o Estado.²¹⁵

O pensamento que se oculta sob a concepção em geral do direito processual civil, em que, predominam os procedimentos intermináveis, cujo paradigma é o procedimento ordinário; e particularmente a ideia que subjaz sob o modo como instituir o sistema de recursos, deita raízes no mais puro e radical iluminismo, o que obriga a buscar qualquer que seja o preço exigido pelas circunstâncias a miragem de uma justiça perfeita, como se apenas o último julgamento da última instância fosse o guardião do segredo de uma justiça divinamente perfeita. Como a questão da justiça ou injustiça fosse atribuída a equações matemáticas. A sentença deixaria, portanto, de ser justa ou injusta, para tornar-se simplesmente certa ou errada, como em qualquer operação algébrica.

Enquanto os valores além de relativos admitem infinitas gradações, de modo que se pode imaginar uma sentença que seja “menos justa” ou “mais justa” que outra ambas, no entanto, legítimas e ditadas segundo a lei, o raciocínio matemático será sempre unívoco. Não pode haver uma equação algébrica menos ou mais certa do que outra. Ou ela é correta ou estará definitivamente errada.

Abordando o tema, Ovídio Araújo Baptista da Silva, esclarece:

a revisão do nosso sistema recursal que, a nosso ver, tornou-se um imperativo inadiável no atual processo civil brasileiro, tanto para as instâncias ordinárias quanto para os tribunais de direito estrito, exige que se tenha presente que as Cortes Supremas não são infalíveis e cometem igualmente injustiças, como os homens e suas organizações políticas e sociais haverão de cometê-las sempre. E não é apenas bom, mas indispensável, que as Cortes Supremas cometam, vez por outra, injustiça, ou que, aos olhos do sucumbente, sejam suas decisões eventualmente injustas. Nossa capacidade de pensar a justiça – esta é a condição humana

²¹⁴ SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **A função dos tribunais superiores**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito / Mestrado e Doutorado. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Org. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo.1999, p. 223.

²¹⁵ Idem, ibidem, p. 224.

fundamental – está e sempre haverá de estar presa não apenas à ideia, mas à possibilidade concreta de injustiças!²¹⁶

O exagero na utilização dos recursos tem, além das indicadas, outras causas. Uma delas é, sem dúvida, o interesse das elites dominantes em que a função judiciária não seja efetiva, a ponto de contribuir para a transformação das instituições. Mas a causa principal, para a sedução que os recursos exercem sobre os indivíduos, decorre da circunstância de os recorrentes praticarem a “ética do perdedor”, a lógica do litigante que, temendo perder, mesmo crendo ter razão, passa a confiar nos recursos como remédio milagroso que o salvará de um magistrado em que ele, por sua submissão ao paradigma, não pode confiar.

A essas duas razões, soma-se naturalmente aquele decorrente do desequilíbrio estrutural, determinando pelo chamado “Processo de Conhecimento”, que acaba privilegiando o demandado, em geral interessado na demora processual.

A adoção da “súmula vinculante”²¹⁷ tem sido defendida por muitos, especialmente por magistrados de várias instâncias. Tal instrumento busca solução para o problema dos tribunais supremos, sem limitar a competência recursal, procurando, ao contrário, preventivamente impedir que, no futuro, sejam os tribunais chamados novamente a pronunciarem-se sobre questões legais já apreciadas por essas instâncias, em grau suficientemente seguro de sua jurisprudência dominante. A respectiva solução torna-se, quando sumulada, tal como a lei, uma norma geral de observância obrigatória para o próprio órgão emissor do julgado, bem como para as demais instâncias judiciárias.²¹⁸

²¹⁶ SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **A função dos tribunais superiores**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito / Mestrado e Doutorado. Centro de Ciências Jurídicas UNISINO. Org. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo, 1999, p. 225-226.

²¹⁷ A “sumula vinculante”, então, que grande discussão causou no meio jurídico, por representar, para muitos, amarras aos juízes de graus inferiores e aos administradores, que passariam a agir somente conforme o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, embargando a democracia no processo de interpretação constitucional, ao contrário, pode incitar o processo democrático, no momento em que se exigem argumentos mais sólidos sobre a verdade constitucional, ainda que provisória, das normas constitucionais. (QUEIROZ. Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais**: a efetividade pela interdependência dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. Curitiba: Juruá, 2011, p. 172).

²¹⁸ Tal alvitre, porém, mostra-se desaconselhável, por duas razões básicas. A primeira, decorrente de seu pressuposto metodológico, que considera possível contra a opinião praticamente unânime da doutrina moderna, a uniformidade abstrata de julgados, supostamente idênticos, com implícita recusa ao poder criador da jurisprudência e, portanto, com a igualmente pressuposta negação do caráter hermenêutico do Direito, de modo especial de seu momento de aplicação judicial. [...] A segunda razão, para recusar a solução pela via da “súmula vinculante” é que seu propósito não é propriamente contribuir para evolução do sistema jurídico, mas ao contrário, aprisioná-lo ao passado, impedindo que a elaboração jurisprudencial lhe permita progredir, em constante convivência com a realidade social que lhe caiba disciplinar. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **A função dos tribunais superiores**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito / Mestrado e Doutorado. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Org. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo, 1999, p. 228-229).

Conhece-se certamente a reação oposta por vários setores da comunidade jurídica, ao regime da “arguição de relevância”, a par de seu quase inexpressivo resultado como instrumento destinado a conjurar a crise do Supremo Tribunal Federal, no período em que foi empregada, sob vários argumentos, dentre os quais avultava a alegação de ser inteiramente imotivada a decisão que julgava o pedido de reconhecimento da relevância da “questão federal”, agora reforçados pela mácula de inconstitucionalidade, decorrente do dever de motivação que a Carta Constitucional prescreveu.

Nessa linha de raciocínio, Ovídio Araújo Baptista da Silva, expõe:

O dever de motivação tem certamente razões e vantagens que seria impossível obscurecer. Entretanto, é sempre bom ter em conta que, em períodos de rápidas e profundas mudanças sociais, como o nosso, em que o julgador não comungue das mesmas motivações que inspiraram o legislador, a motivação poderá não passar de um simples subterfúgio, como disse Calamandrei, que apenas oculte as verdadeiras razões do julgamento; sem contar que um texto legal, especialmente aqueles que chegam às instâncias superiores – como os “casos difíceis” de Dworking - permitem ao juiz a adoção de duas ou mais motivações diferentes e muitas vezes antagônicas, todas, no entanto, como diria Hans Kelsen, legitimamente tomadas dentre as “várias possibilidades” criadas pela “moldura” da norma legal.²¹⁹

Nesses casos, que hoje constituem a imensa maioria, a motivação do ato jurisdicional, antes de evitar a inconformidade do litigante conquistando-lhe a adesão, por ter-se-lhe mostrado a correção do julgamento, supostamente inquestionável, uma das razões políticas que justificaram, na idade do racionalismo, o dever de motivarem-se as sentenças,²²⁰ produz justamente o efeito contrário, dando azo a novas inconformidades e outros recursos.

O sistema de “arguição de relevância” não é incompatível com a “súmula vinculante”, mas as demandas relativas aos chamados “direitos individuais homogêneos” e as outras ações análogas, fonte de recursos idênticos reproduzidos aos milhares e às vezes às dezenas de milhares, a absorverem os tribunais superiores, poderiam encontrar solução, através de outros instrumentos, como, por exemplo, a instituição de uma norma legal que estendesse *ultra partes* a coisa julgada contida em decisão proferida em última instância pelos tribunais supremos, em ações desta espécie. Ou então, fazendo com que a propositura da respectiva ação individual determinasse sua automática transformação em ação coletiva, ou impusesse a

²¹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **A função dos tribunais superiores**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito / Mestrado e Doutorado. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. Org. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes. São Leopoldo, 1999, p. 234.

²²⁰ RAMOS, Manoel Ortells. **Origem histórico deldeber de mitvarlas sentencias**. Revista de Derecho procesual libero americana. Madrid, 1977, n. 4, p. 903 e ss.

suspensão de seu curso, até que o órgão competente ajuizasse uma ação coletiva, capaz de produzir coisa julgada *ultra partes*.

4.2 A reforma neoliberal: da necessidade de efetividade dos direitos fundamentais

Na história do constitucionalismo moderno, sobretudo nos países continentais europeus e nos que importaram seus modelos institucionais por força do processo de colonização é marcado pela fundação dos poderes públicos sobre a soberania popular. Este processo evolutivo foi marcado, sob outro aspecto, por uma contínua procura de limites sempre mais penetrantes e intransponíveis às ações destes poderes.

As convenções internacionais, de um lado, com seu núcleo forte de direitos individuais, que marcaram o início do moderno Estado Constitucional e serviram de suporte à forma liberal do constitucionalismo, e a difusão do controle de constitucionalidade das leis, de outro, são a expressão mais clara e significativa do processo de potencialização das garantias fundamentais.

Na fase liberal do constitucionalismo moderno, tanto o princípio democrático, quanto as garantias fundamentais tiveram um objetivo final substancialmente comum que, particularmente no horizonte jurídico, foi o de assegurar que a produção normativa não ficasse reduzida a um instrumento subjugado a uma razão de Estado, mas se mantivesse respeitosa aos interesses sociais que, neste momento histórico determinado, estavam restritos ao plano individual.

Assim, o princípio democrático perseguiu o objetivo último e substancial através da concentração do poder normativo no órgão legislativo, tratando de estabelecer rigidamente os mecanismos de exercício deste poder, através de instrumentos próprios para a construção de uma democracia formal (a representação, o procedimento legislativo, os instrumentos da democracia direta, etc.) o que veio em satisfação de uma demanda surgida a partir de um dos princípios teórico-filosóficos fundamentais do liberalismo, qual seja, o princípio da confiança, cuja expressão fundamental era a antecipação das regras do jogo e o estabelecimento de preceitos determinados para os seus processos de modificação.

Com isso, o âmbito dos tradicionais direitos fundamentais do homem, de matriz marcadamente liberal-individualista, ampliou-se em direção a novas categorias de direitos políticos, de direitos dos trabalhadores, de direitos sociais de caráter positivo, de direitos essencialmente coletivos, transindividuais e difusos, como os direitos de meio ambiente, ao patrimônio cultural, às relações de consumo reguladas.

Compartilhando esse entendimento, Vital Moreira, esclarece:

a própria densidade da regulação constitucional das instituições e da vida política foi-se intensificando com as novas constituições, num movimento de progressiva constitucionalização e juridificação do processo político. Ora, com o alargamento do espaço constitucional restringe-se correspondentemente o âmbito da liberdade de conformação do legislador. A extensão e intensidade da sua vinculação constitucional cresce; a sua autonomia diminui correspondentemente.²²¹

Todas estas alterações sofridas pelo Estado e pela própria sociedade determinaram um novo patamar de limitação da autodeterminação dos Estados e um novo condicionamento do princípio democrático nas sociedades e organizações sociais contemporâneas.

Surgem, dessa nova realidade, algumas situações bastante relevantes, tanto no plano jurídico quanto nos planos institucional e funcional. No primeiro, houve uma necessária (re)configuração da forma dos enunciados jurídicos, em função das necessidades reclamadas pela normatização dos direitos sociais.²²²

No plano da concretização destas diferentes gerações de direitos, as consequências ficaram historicamente bem demarcadas. Enquanto à realização dos direitos individuais bastou uma abstenção do Estado e de todos os demais membros da sociedade em relação ao titular, a realização dos direitos sociais encontrou uma série de dificuldades a mais, seja pela necessidade de realização de prestações positivas pelos próprios poderes públicos que demandavam a inversão de verbas e prestações públicas para tanto, seja pela própria inexistência de instrumentos jurídicos que permitissem a concretização dos direitos sociais com a mesma eficácia que um habeas corpus ou um mandado de segurança permitiam a realização dos direitos individuais.

Diante do quadro de não efetivação desses novos direitos, hoje ainda mais aprofundado, uma vez que o rol teve o acréscimo de novas gerações, todas elas cada vez mais distantes da individualidade, foi-se, paulatinamente, em decorrência principalmente da construção de uma nova teoria jurídica destinada a fornecer os instrumentos teóricos capazes de permitir a concretização dos direitos não individuais, exigindo uma reconfiguração da própria função clássica dos diversos poderes públicos, e, especialmente, dos atributos da

²²¹ MOREIRA, Vital. **Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade**. In: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. p. 181.

²²² Isso significa uma abertura processual às demandas sociais proporcionada pela atuação do Poder Legislativo, que deve colocar a disposição da sociedade mecanismos que possibilitem ao mesmo a titularidade, a defesa e o exercício efetivo de seus direitos. (WERNECK VIANNA, Luiz. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 8).

função judicial constitucional, que em muito ultrapassa os limites funcionais judiciais liberais.²²³

A Constituição Federal não pode virar texto morto. Dotada de valores indispensáveis ao ser humano, precisa que seu texto, transformado em norma, seja efetivado tanto pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como pela própria sociedade que, ao escolher como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a solidariedade,²²⁴ e como um dos seus fundamentos o da cidadania,²²⁵ pouco faz para que estas se concretizem, esperando, quase sempre, que o Estado tome a dianteira e efetive, pelo menos, os direitos básicos do Cidadão.

É a dimensão subjetiva direta desses direitos que possibilita ao Judiciário controlar as ações exorbitantes, insuficientes e as omissões do Poder Executivo, antes mesmo de uma decisão regulamentar deste ou do Poder Legislativo. Inclusive, as próprias decisões regulamentares e legislativas podem sofrer o controle de verificação judicial, segundo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Sem essa dimensão subjetiva de exigibilidade, os direitos fundamentais sociais ficariam nesse intermédio de tempo, até a regulamentação, à livre disposição dos sujeitos de dever.²²⁶

²²³ O juiz do século XXI passa a integrar a política. Suas decisões não são meramente formais e técnicas. Elas ultrapassam essa fronteira e encontram seu lugar na definição de direitos dos cidadãos, tendo como base a utilização dos mecanismos processuais estabelecidos na Constituição, e como pressuposto a inércia tanto do Executivo em estabelecer políticas públicas, como também a do legislativo, que não complementa o texto constitucional com as famigeradas leis infraconstitucionais complementares/ regulamentadoras. O juiz tem agora uma função ativa na concretização de uma justiça substantiva e da própria cidadania, pois ele está vinculado ao conteúdo axiológico da Constituição, na qual está estampada um novo Constitucionalismo: comprometido com a ética e com a justiça. O Juiz deve escolher entre valores e modelos de justiça, tem sempre em mente o princípio da proporcionalidade. No século XXI, o juiz é visto como um construtor de equilíbrio entre interesses supra-individuais. (BOLZAN DE MORAIS. Jose Luis. **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito**. Mestrado e Doutorado / Org. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. São Leopoldo. 2002, p. 322). No mesmo sentido, são os ensinamentos de Bonavides, para quem “Os juristas do Estado Social [e do Estado Democrático de Direito], quando interpretam a constituição são passionais fervorosos da justiça; trazem o princípio da proporcionalidade na consciência, o princípio igualitário no coração e o libertário na alma; querem a Constituição viva, aberta, real, às avessas, pois, dos juristas do Estado Liberal, cuja preocupação suprema é a norma, a juridicidade, a forma, a estrutura, a pureza do mandamento legal com indiferença aos valores e, portanto, à legitimidade do ordenamento do qual não obstante, são também órgãos interpretativos. (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 19).

²²⁴ Previsão do artigo 3, I, da CF: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária. (BRASIL. **Constituição da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set.2014.

²²⁵ Previsão do artigo 1, II, da CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a cidadania. (BRASIL. **Constituição da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

²²⁶ QUEIROZ, Maria do Socorro de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais**: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira. Curitiba: Juruá, 2011, p. 159.

De modo que, se os princípios constitucionais não encontram ressonância nas ações concretas dos poderes legislativos e executivo, aumenta geometricamente o risco de uma tensão entre estes, bem como, as demandas judiciais, que chegam em avalanche para Judiciário, que abriga, através do STF, a função de controle e realização constitucional, e, portanto, disso surge uma tensão exacerbada entre princípio democrático e garantia.

A questão fundamental que se coloca é a de ser ou não possível/tolerável/recomendável que um poder, especialmente o jurisdicional, invada a seara de atribuições dos outros para garantir a realização de direitos fundamentais, especialmente de natureza social, quando estes não realizem as ações reclamadas para tanto.

Neste contexto, a atuação do Supremo Tribunal Federal, pode efetivamente avançar no âmbito de atribuições dos outros poderes,²²⁷ e, desta forma, realizar, sem perder a característica da unidade estatal, mediante uma atividade criativa, construtiva de direito,²²⁸ ações que deveriam ser realizadas pelos demais, tendo como justificativa a sua função de garantidor dos direitos fundamentais das mais diversas gerações.

Com efeito, o estabelecimento dos limites da atuação do Supremo Tribunal Federal na construção jurisprudencial da Constituição Federal de 1988, não pode estar assentado meramente em bases descritivas, mas, principalmente, a partir de critérios epistemológicos que levem em consideração as demandas democráticas específicas da sociedade, o que poderá, conseqüentemente, determinar uma configuração um tanto quanto particularizada das áreas de interseção e zonas de tolerância dos poderes públicos, vistos como espaços de ação da unidade do Estado, no que tange à efetivação do texto constitucional.

Desenvolvendo o tema, Jose Luis Bolzan de Moraes, explica:

²²⁷ Ante a omissão dos outros poderes públicos, em especial do Poder Executivo, pode diretamente definir o conteúdo dos direitos fundamentais sociais pela existência de uma subjetividade positiva direta desses direitos a partir das normas constitucionais, e que, mediante o alargamento da vinculação do administrador às expectativas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal pode exercer um controle quase que total sobre a atuação da Administração Pública. (QUEIROZ, Maria do Socorro de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais**: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira. Curitiba: Juruá, 2011, p. 160).

²²⁸ A justificação das decisões judiciais assume um papel de fundamental importância no Judiciário quando da tomada de decisão que envolve a materialização dos direitos fundamentais sociais pelo Executivo, pois explicita as razões, constitucionalmente do controle exercido. Além disso, exige-se que as omissões sejam justificadas, as razões apresentadas, a fim de fazê-las passar pelo critério de avaliação e aceitação. O Supremo Tribunal Federal entende que o Poder Executivo está vinculado em suas ações à realização prioritária dos direitos fundamentais, devendo observar tal vinculação ainda quando da elaboração do orçamento público. O dever de realização dos direitos fundamentais sociais, não atribui à Administração Pública nenhuma disposição discricionária quanto a atendê-los, podendo nessa seara, o Executivo ser controlado judicialmente em seus atos. (QUEIROZ, Maria do Socorro de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais**: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira. Curitiba: Juruá, 2011, p. 149).

Impelidos pela situação socioeconômica pela qual passamos, e tendo em mira o atual quadro institucional de nosso país, não temos qualquer motivo para temer uma ampliação das atribuições e competências do STF, até mesmo como poder (re)construtor e concretizador da Constituição. Qualquer receio de uma possível ditadura não tem menor fundamento. Estamos apavorados, sito sim, diante do já consumado estupro institucional promovido pelo Poder Executivo Federal, que, reiteradamente, de forma arbitrária e inconstitucional, tem violentado todos os limites impostos pela técnica da separação dos poderes. Assim tem ocorrido com a edição desvairada de medidas provisórias que têm sido utilizadas como principal instrumento normativo de execução das políticas neoliberais do Poder Executivo, sem qualquer pudor ou respeito às atribuições básicas do Poder Legislativo.²²⁹

A ampliação da atuação do Supremo Tribunal Federal,²³⁰ em matéria jurisdicional constitucional, é uma técnica garantista de asseguramento de uma real efetividade dos direitos sociais reclamada pelos novos padrões democráticos e institucionais no Estado Democrático de Direito. E para tanto, inúmeros mecanismos processuais foram oferecidos pelo texto constitucional de 1988, e somente não foram eficazes em razão de restrições que o modelo liberal de separação de poderes impôs à atuação do Supremo Tribunal Federal.

Esse processo de alteração da relação dos poderes públicos com as questões políticas fundamentais parece ter sido cumprido satisfatoriamente com a formulação do sistema constitucional brasileiro de direitos fundamentais em 1988. Entretanto, a fase da efetivação concreta dos direitos sociais, ainda encontra-se em um estágio bastante tímido, ou seja, há uma necessidade de transformá-lo em norma eficaz.

Para isso, Jose Luís Bolzan de morais, esclarece que já não é necessário por parte do STF inventar, mas principalmente interpretar construtivamente, submetendo a reflexão uma prática jurisdicional profundamente arraigada a padrões e produtos políticos sem a potencialidade exigida para as modificações reclamadas pela sociedade. De modo que, não pode mais o Poder Judiciário imaginar que as regras constitucionais que preveem os direitos sociais sejam soluções políticas globais, sob pena de, mediante decisões com pretensões de magnitude nacional não ser solucionado um caso particular qualquer. Nem tampouco pode ter a Corte Constitucional Brasileira o receio de, ao pronunciar-se pela concretização de algum

²²⁹ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **A jurisprudencialização da Constituição**. A construção jurisdicional do estado democrático de direito. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado e Doutorado / Org. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. São Leopoldo. 2002, p. 337.

²³⁰ O princípio da separação dos poderes não pode funcionar como uma barreira intransponível a proteger omissões administrativas impeditivas da realização das prioridades fundamentais no campo prestacional, sob a defesa de uma “reserva de administração”. (QUEIROZ, Maria do Socorro de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais**: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira. Curitiba: Juruá, 2011, p. 147).

direito social que tenha uma amplitude bastante grande em relação ao número de destinatários, poderem alterar significativamente as relações de equilíbrio entre os poderes.²³¹

Com efeito, ao criar as condições para a efetivação do Estado social mesmo que de forma paulatina, cobrindo áreas de atuação dos outros poderes públicos, o poder judicial constitucional efetivamente estará contribuindo com a manutenção dos poderes estabelecidos, uma vez que não são raras as situações históricas em que a não realização de grandes parcelas da população levou a convulsões sociais que finalizaram com a destruição dos poderes estabelecidos.

O atendimento das reivindicações sociais mediante a atuação do Poder Judiciário deve deitar suas bases sobre a consciência jurídica e política que os poderes devem ter para garantir a legitimidade de sua atuação. Neste sentido, a atuação do Poder Judiciário deve visar a sua efetiva concretização dos direitos fundamentais junto à sociedade, somente pode ser limitada pela proibição do retrocesso social. Será plenamente justificada a atividade jurisdicional constitucional, mesmo que avance as atribuições originariamente delegadas aos outros poderes, desde que, materialmente, atenda à realização do rol de direitos constitucionalizados.

De tal sorte, que a não concretização do Estado social no Brasil impõe, para a manutenção da própria democracia não mais restrita aos cânones liberais, e de repensar os limites da atuação dos poderes, e os limites da atuação do Poder Judiciário, como guardião constitucional que devem agir pautados pela realização de uma justiça política dentro de padrões éticos.

²³¹ BOLZAN DE MORAIS. Jose Luis. **A jurisprudencialização da Constituição**. A construção jurisdicional do estado democrático de direito. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. Org. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. São Leopoldo. 2002, p. 341-342.

5 CONSTITUIÇÃO E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

O exame da efetividade das normas constitucionais demanda, preliminarmente, a própria compreensão de sua natureza e da noção geral de eficácia e garantia da norma constitucional. Pressupostos sobre a norma jurídica e seu caráter são necessários para o exame das formas de emanção da Constituição, ao lado da eficácia concreta da norma jurídica, leva a considerações sobre o nível de garantia da normatividade da norma, com incursões nas garantias de caráter jurisdicional, político-constitucional e internacional.

Pode-se partir da compreensão de que o direito, e particularmente o direito público, não pode ser reduzido em unidade e gênero a uma tipologia formal de análise, desconhecadora da realidade social, que em certo sentido forma a base e a razão de ser da própria norma. Trata-se de grande dificuldade, pois visa estabelecer, com profundidade, as relações entre Direito e Sociologia. Parte-se de tema tormentoso que procura resolver indagações acerca da relação entre ciência do direito e a ciência social no geral, sem pretender-se a uma hipotética sociologia geral.

Não se deve compreender o Direito como lei pertinente Às formas de manifestação social, desde que ele, como fato prático, distingue-se dessas formas de manifestação. Tem ele, em seu corpo de essencialidade científica, exigências lógico-técnicas próprias. A ciência decorre da noção teórica do direito de dever reconhecer a legitimidade dessas exigências que asseguram particularidades procedimentais lógicos. Mesmo assim, o jurista não deve desprezar as implicações que resultam do direito e das íntimas formas sociais, em que se assenta a origem das relações de direito.

Para ressaltar a relevância da juridicidade da Constituição, torna-se indispensável tratar do conceito de norma jurídica. Isto é, para conhecer-se e saber-se se a norma constitucional pode ser considerada com jurídica é necessário determinar se ela possui o caráter considerado essencial para a configuração de que a norma poder ser compreendida como jurídica.

O caráter efetivo da norma jurídica tem força normativa em toda sua integridade, partes, e conteúdos, inclusive em suas implicitudes. Tal entendimento contraria a compreensão de que a Constituição não apenas acumula conselhos, recomendações ou parâmetros orientativos, que não têm força obrigatória definitiva. A Constituição, como norma jurídica fundamental, vincula a totalidade dos órgãos de poder com os particulares. A sua aplicação, em várias circunstâncias, depende de normas complementares que aparecem através de normas infraconstitucionais. A norma jurídica suprema, sua exigibilidade,

obrigatoriamente e efetividade decorrem de seu efeito normativo. Destaca-se também o controle das omissões que afetam o caráter normativo da Constituição, sendo que nem sempre a força normativa da Constituição se identifica com as normas operativas.

A norma jurídica é uma regra que tem destinatários. Ela é organizativa quando dispõe de repartição de competências inerentes ao vários poderes que compõem a estrutura constitucional. Ela é destinada potencialmente também ao cidadão, destinatário efetivo em todas as ocasiões em que o mesmo comparece para a concretização de seus direitos.

Os temas validade e eficácia são examinados de maneira correlata, quando são feitas disposições que têm como objetivo a compreensão das fontes normativas, seus efeitos e a correlação entre forma e conteúdo.²³²

A individualização do princípio constitutivo da primeira norma fundamental conduz, também, à compreensão do “princípio da efetividade”. Por este princípio, a primeira norma fundamental deve permanecer como na norma jurídica, que recebe obediência media e presumivelmente estável, a um verdadeiro estado de fato. O princípio da efetividade é bem rico, sendo que a doutrina, muitas vezes, restringe-o na categoria principiológica, encarando-o de modo apenas indireto, como conteúdo da norma fundamental.

O ordenamento jurídico encontra, nesse sentido, o próprio fundamento na efetividade de sua primeira norma fundamental. O caráter da juridicidade de sua efetividade deixa de existir quando tal requisito perde sua força, em decorrência da vinda de uma nova norma fundamental. O princípio da efetividade opera como fundamento jurídico, não apenas no nascimento, mas também no caso da morte da primeira norma fundamental.

A possibilidade de uma Constituição deixar de existir, porque não é efetiva, não exclui a circunstância de que sua ab-rogação possa ser feita de modo diverso, na forma estabelecida na norma fundamental, através da criação de nova norma, que vem substituí-la ou, simplesmente, suprimi-la. Assim, a definição coerente e unitária do ordenamento jurídico estatal fundamenta-se na harmonização do critério da efetividade com o da validade.

Para Eduardo García de Enterría, a Constituição vincula todos àqueles que estão ligados a sua aplicabilidade, sem a possibilidade de distinguir entre artigos de aplicação direta e outros meramente programáticos, que não têm valor normativo suficiente. A constituição configura como diretamente operativos certos requisitos que surgem para sua efetividade.²³³

²³² VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto Costituzionale**. CEDAM, Casa Editrice Dott, Antonio Milani, Padova, 1997, p. 135.

²³³ GARCIA DE ENTERERRIA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

Na sistemática ora examinada, convém lembrar que o controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, por toda jurisdição, revela, também, a efetiva superioridade da Constituição.

Nessa perspectiva, está a profunda compreensão hermenêutica do direito processual, na medida em que a atividade jurisdicional passou a ser elemento fundamental e necessário do próprio conceito de Estado Democrático de Direito.

Assim, não se pode olvidar que o exercício do Poder Jurisdicional à garantia de direitos fundamentais se dá justamente através do processo e das garantias constitucionais, pois, o processo jurisdicional é o instrumento segundo o qual se “efetiva o exercício do Poder Jurisdicional e se garantem direitos de participação e de condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional”.²³⁴

Dito de outro modo, um processo efetivo, e não somente àquele que estrutura as chamadas garantias constitucionais-processuais, ao criar as condições institucionais para um discurso lógico-argumentativo de aplicação (re)construtiva do Direito, a partir da Constituição, “é o processo que instrumentaliza o exercício da jurisdição qualitativa e efetiva dos direitos fundamentais, ou seja, é processo constitucional efetivo”.²³⁵

A efetividade da prestação jurisdicional será forma própria para a tutela dos direitos fundamentais, seja na aplicação imediata quando a ordem jurídica subjetiva for ameaçada ou violada, ou, seja na proteção da ordem jurídica constitucional. Em qualquer um desses aspectos “situa-se aquilo que há de substancialmente efetivo na tutela dos direitos fundamentais, que são direitos materiais e, formalmente fundamentais”.²³⁶

Assim, ao Poder Judiciário compete dizer o que é direito, fazendo-se necessário estabelecer critérios hermenêuticos a partir da Constituição, mas reconhecendo a facticidade e historicidade assentadas na tradição que apresente decisões coerentes que sirvam de embasamento na integridade, cujo principal destinatário possa esperar uma devida e efetiva tutela jurisdicional.

Diante dessas considerações, é de fundamental importância demonstrar que a tutela jurisdicional efetiva e, compreendida nas palavras de Chamorro Bernal, “*uma tutela que no *fuera efectiva*, por *definición*, no seria tutela*”.²³⁷

²³⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 201.

²³⁵ Idem, *ibidem* p.207.

²³⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001, p. 41.

²³⁷ BERNAL, Francisco Chamorro. **La tutela judicial efectiva**. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución. Barcelona: Bosch, SD, p. 276.

O mesmo autor afirma ainda que o qualitativo de tutela efetiva, seria a tutela real e verdadeira, de acordo com o caráter predominantemente formal que teriam os direitos e garantias fundamentais.²³⁸

Etimologicamente, “efetividade”, está relacionada com o termo em latim “efficere”, o qual pode ser traduzido por expressões como “produzir” ou “realizar”.

É notório que a efetividade do processo sempre foi preocupação presente no mundo jurídico. Referindo-se à “problemática essencial da efetividade”, Barbosa Moreira resume alguns pontos necessários que processo deva ter, para ser qualificado de efetivo. Entre esses pontos vale mencionar, “cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias”.²³⁹

Como bem observa Cappelletti “efetividade do processo é, assim, o grau de eficácia que o mesmo possui para fins de atingimento da paz social”.²⁴⁰

Conceituando a terminologia “processo efetivo”, Bedaque afirma:

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a oferecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.²⁴¹

Assim, percebe-se a visível ligação entre a tempestividade do processo e a sua efetividade, sendo aquela, um dos fatores responsáveis à existência desta.

Corroborando com este entendimento, novamente Bedaque irá afirmar que:

Entre os direitos fundamentais da pessoa encontra-se, sem dúvida, o direito à efetividade do processo, também denominado direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, expressões que pretendem representar o direito que todos têm à tutela jurisdicional do Estado. Essa proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em

²³⁸ Idem, ibidem, p. 276.

²³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da “efetividade” do processo**. In: Temas de direito processual. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 28.

²⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas. **Revista Forense**. N.318, p. 125.

²⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antonio Carlos (Org.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 49.

favor de seu titular, nas situações em que isto não se verificou de forma natural e espontânea.²⁴²

Mas, a excessiva demora nos processos, é provocado pelo fenômeno da judicialização do cotidiano, que causa uma avalanche de inúmeras causas que chegam ao Poder Judiciário. Sobretudo, cabe-nos argumentar, em concordância com os ensinamentos de Ovídio Baptista, que se necessário “investigar as condições reais de nossa sociedade, inspirada nos ideais democráticos, e o grau de compatibilidade entre os instrumentos utilizados pela jurisdição, de inspiração pré-capitalista, e as novas tendências da democracia social”.²⁴³

De tais considerações, necessário é que se chegue a um ponto de equilíbrio entre a efetividade dos direitos fundamentais e a adequada e tempestiva prestação jurisdicional, a qual deve ser baseada em uma sequência de condutas praticadas pelos operadores do direito, objetivando a tramitação dos processos sem desperdícios temporais injustificados.

5.1 A efetividade dos direitos fundamentais por meio da resposta adequada à Constituição

A problemática da efetividade dos direitos fundamentais apresenta-se no contexto da Nova República brasileira enquanto uma obrigação para o Estado em satisfazer demandas sociais por longo tempo reprimidas. A constituição-compromisso de 1988, ao mesmo tempo em que reconhece novos direitos fundamentais, remete para o futuro a difícil solução para a sua concretização, posto que grande parte dos direitos sociais, econômicos e culturais da terceira fase de constitucionalização dos direitos humanos se apresenta na forma de normas constitucionais não autoaplicáveis e de eficácia limitada, dependentes, pois de norma regulamentadora infraconstitucional.²⁴⁴

Os constituintes de 1987/88 como que prevendo a dificuldade de em se interpretar as normas definidoras dos direitos fundamentais, afirmaram expressamente a sua aplicabilidade imediata nos termos do parágrafo 1º do art. 5º da Constituição Federal: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. No entanto, a compreensão da aplicação imediata das normas constitucionais assume uma dupla dimensão.

²⁴² Idem, *ibidem*, p. 791.

²⁴³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Democracia moderna e processo civil**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 104.

²⁴⁴ LOBATO, Anderson Cavalcante. *O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais*. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba.

Assim, para o cientista político, a afirmação da aplicação imediata das normas constitucionais está ligada à ideia de efetividade, ou seja, ao fato concreto do cumprimento da norma; por sua vez para o jurista, a aplicação imediata das normas depende da verificação da sua vigência, legitimidade e eficácia.²⁴⁵

Em definitivo, é incontente o fenômeno da juridicização das questões políticas à medida que constituintes reconhecem novos direitos fundamentais através de normas constitucionais ainda que através de dispositivos de difícil compreensão quanto à sua aplicabilidade e eficácia. Ora a primeira consequência será, sem dúvida, a da judicialização da problemática da efetividade dos direitos fundamentais, posto que restará ao Poder Judiciário a tarefa de dizer quando e em que medida estas normas constitucionais poderão ou deverão produzir efeitos concretos.

A novidade trazida com a Constituição de 1988 foi a jurisdicionalização da questão da efetividade dos direitos fundamentais definidos através de normas não autoaplicáveis, a partir de dois mecanismos básicos: a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Sendo que o primeiro se insere na jurisdição constitucional concentrada, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, ao passo que o segundo, se insere na jurisdição constitucional difusa, das ações constitucionais de proteção dos direitos fundamentais.²⁴⁶

É certo que, na hipótese mencionada, o Supremo Tribunal Federal se limitou a conceder aplicabilidade imediata à norma constitucional não autoaplicável, sem que houvesse necessidade do pronunciamento de uma sentença normativa ou integrativa do direito. Não deixa de ser, no entanto, o primeiro passo na direção de uma mudança jurisprudencial que considere fundamental a concessão de uma decisão que possa dar efetividade ao direito fundamental reconhecido pela Constituição.²⁴⁷

Assim, a jurisdição constitucional assume, com a nova República, um papel de fundamental importância no processo de consolidação do regime democrático. As decisões do Poder Judiciário, e em particular do Supremo Tribunal Federal, repercutem direta e imediatamente no debate político nacional. As expectativas frustradas no embate político

²⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, p. 64.

²⁴⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Novas garantias constitucionais. **Revista de direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 24.

²⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos. O direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: **As garantias do cidadão na justiça**, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, 1993, p. 364.

solicitam pouco a pouco uma decisão definitiva do Judiciário.²⁴⁸ Não obstante, o cidadão vai ao judiciário na esperança de ver reconhecido, garantido e efetivado um direito constitucionalmente positivado. A decisão de justiça que frustra a sua pretensão é de todo incompreensível e pode comprometer, não somente a confiança na justiça, mas também as bases do regime democrático fundado no Estado de Direito.

Com efeito, a busca por respostas adequadas passa pela necessária integridade e coerência do Direito. Dworkin abordou a matéria como poucos, definindo em sua teoria o Direito como integridade. A integridade possui dois níveis: funciona como um princípio legislativo e um princípio adjudicativo. Para tanto, Dworkin compara o Direito e a Literatura. Explicita que se cada autor de um romance for responsável por redigir um capítulo, o seguinte deverá retomar a história do ponto em que parou o anterior e desenvolvê-la de forma que, ao final, tenha-se um todo harmônico, íntegro, coerente, “como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes”.²⁴⁹

Nessa interpretação, contudo, não há espaços para que a história fique subordinada à intenção de cada autor “porque, pelos menos para todos os romancistas após o segundo, não a há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas”.²⁵⁰

Assim, a decisão judicial deve ser vista como um romance escrito a várias mãos, no qual cada julgador representa um romancista na corrente. Logo, o juiz deve ler tudo o que foi julgado até então, para entender a história institucional do Direito, ou seja, o que seus antecessores construíram coletivamente. Portanto, “ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção”.²⁵¹

Importante ressaltar que a função do juiz, nesta interpretação de tudo que passou, não é só um exercício de *distinguishing* para a observação do ajuste de um determinado precedente ao caso ou a análise da posição individual de cada magistrado anterior. Trata-se de recompor o Direito, enquanto uma prática social, como um todo,²⁵² pois não é ele um

²⁴⁸ FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. Org. José Eduardo Faria, Malheiros, São Paulo, 1994, p. 53.

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2.ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 276.

²⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2.ed. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 237.

²⁵¹ Ibidem, p. 238.

²⁵² Cabe, pois, ao juiz, interpretar o que fora escrito no passado por meio das decisões dos juízes e não descobrir o que eles disseram ou o seu estado de espírito para, assim chegar uma opinião acerca do que fora feito,

conjunto fragmentado de casos. Por isso, a decisão judicial deve demonstrar pela fundamentação em princípios o seu ajuste a esta prática.

Além do ajuste à prática, deve a decisão demonstrar sua finalidade ou valor. Partindo da concepção de que o Direito é um empreendimento político, que visa extinguir as disputas pessoais ou sociais, coordenando a sociedade para assegurar a distribuição da Justiça, Dworking afirma que a interpretação “deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve”.²⁵³ Esta é a importante questão da teoria política: possibilitar que as decisões não sejam fruto da intenção de uma pessoa do juiz, mas que tenha por base as práticas compartilhadas pela comunidade, pois a “interpretação no Direito não é uma licença para que cada juiz descubra na história doutrinal suja o que for que pensa que deveria estar lá”.²⁵⁴

Desta forma, verifica-se que a interpretação reconstrói o Direito como uma unidade coerente, integrada, utilizando-se de critérios socialmente partilhados, que permite analisar o argumento contraposto de cada parte, o que limita a concepção do juiz, possibilitando encontrar uma resposta adequada ao caso. Assim forma um modelo ideal de juiz – Hércules²⁵⁵ que por sua sabedoria infinita, dá conta de resolver com coerência e integridade todos os casos sob sua responsabilidade, traduzindo-se num juiz que possui conhecimento de história das decisões judiciais, além dos valores políticos da comunidade, ou seja, uma espécie de “super-homem, que teria conhecimento de todo o ordenamento jurídico e que poderia sempre achar a única solução correta para todos os casos”.²⁵⁶ E, com isso, desconsidera-se a possibilidade de pluralidade de interpretações de uma norma jurídica.

A integridade, como princípio judiciário, demanda a identificação pelos juízes de “direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que formam todos criados por um único autor, a comunidade personificada, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”.²⁵⁷ Portanto, a busca pela integridade exige que Hércules

coletivamente. (CHUEIRI, Vera Karam. Dworking, Ronald. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009, p. 262).

²⁵³ DWORKING, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 239.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 239-240.

²⁵⁵ Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o Direito como integridade. Vamos chamá-lo de Hércules (DWORKING, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 287).

²⁵⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworking: o direito como integridade. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 154.

²⁵⁷ DWORKING, Ronald. **O império do Direito**. 2.ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 276.

encontre o princípio que rege determinado caso, aplicando-o de forma a manter a coerência do sistema.

Os avanços conquistados pela ontologia fundamental e pela hermenêutica filosófica, combinados com a teoria integrativa de Dworkin, possibilitaram a formação da teoria da resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Assim o intérprete deve estar atento acerca de sua pré-compreensão, contestando-a cada momento, buscando no círculo hermenêutico um processo constante que se baseia justamente na revisão destas antecipações de sentido para, assim, atingir um conhecimento de todo (Direito), deixando que a alteridade do texto (constitucional) guie tal processo.

Por isso, a tese formulada por Streck, na Nova Crítica do Direito, busca fundamento em uma resposta adequada à Constituição, “isto é uma resposta que deve ser confirmada na própria constituição, na Constituição mesma”.²⁵⁸

Streck ressalta que os princípios devem estabelecer padrões hermenêuticos para: a) preservar a autonomia do Direito, salvaguardando a força normativa da Constituição e sua máxima efetividade; b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional afastando a discricionariedade judicial seja entre o polo legislativo, seja pelo polo judicial; c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito, contra a fragmentação das teorias pragmatistas em geral; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais, eis que a fundamentação é fonte da legitimidade e forma de controle (accountability), possibilitando que o juiz explique as condições pela qual compreendeu) e garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada, buscando a substituição de qualquer solipsismo pelas condições histórico-concretas (do caso).²⁵⁹

Nesse sentido, assevera Streck:

O direito fundamental a uma resposta correta (constitucionalmente adequada a Constituição) não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Como já referido à saciedade, a hermenêutica filosófica não admite respostas definitivas, porque isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõem o sequestro da temporalidade. E a hermenêutica é fundamentalmente dependente da temporalidade. O tempo é o nome do ser.

²⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica nos vinte anos da Constituição do Brasil. In: MOURA, Lenice S. Moreira de. **O novo Constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 541-543.

Ou seja, a pretensão a respostas definitivas (ou verdade apodíticas) sequer teria condições de ser garantida.²⁶⁰

Assim, possibilidades são criadas para que haja um efetivo controle sobre a interpretação judicial, fazendo que a autonomia do Direito seja restabelecida, afastando-se interpretativíssimos solipsistas. A partir desta fundamentação, pode-se dizer se uma decisão está ou não hermeneuticamente correta; possibilitando que sejam encontradas respostas adequadas em Direito. Isto acarretará um Direito fundamental à resposta adequada e efetiva, na medida em que haverá a possibilidade de um enfrentamento hermenêutico de cada decisão prolatada verificando-se a sua adequação à Constituição.

5.2 E quando a resposta do Supremo Tribunal Federal é pior que a anterior? (Re)significando o princípio do não retrocesso na judicialização do cotidiano

Torna-se cada vez mais necessária análise do fenômeno da judicialização do cotidiano pelo significado que o mesmo tem para as novas reflexões sobre o próprio direito. Assim, as propostas de R. Dworkin a favor da plenitude do sistema jurídico e as objeções de R. Alexy, criticando as resoluções fundadas em irredutibilidades, cobram valor quando se vinculam a normas concretas e determinadas. A análise descritiva das regras de interpretação utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal vem apreciando diversos aspectos desta temática, quando ressaltam o papel da regra da unidade constitucional, da regra da correção funcional, da regra da efetividade constitucional, da regra da força normativa da constituição, da regra da harmonização dos bens constitucionais, da regra política, que tem grande importância na elaboração do fenômeno da judicialização do cotidiano.

Se há direito subjetivo positivo a partir das normas fundamentais sociais em um processo de controle judicial de ações ou omissões de um programa de ação executiva, cabe ao Executivo aduzir as razões pelas quais tomou uma decisão e não outra e ao juiz, verificar, mediante o questionamento do ato, a opção feita, de forma fundamentada. Dessa forma o Supremo Tribunal Federal certifica a conformação do ato aos preceitos fundamentais e se expõe para certificar se sua decisão em determinado caso foi adequada para determinado caso.

Mas o dever de justificar as decisões ainda não responde por completo à questão de saber a quem pertence o poder de tomada final da decisão a respeito dos direitos fundamentais sociais ou sobre quem controla a decisão final do Supremo Tribunal Federal, mas apenas nos

²⁶⁰ Ibidem, p. 572.

remete a outra: para que a necessidade de fundamentação das decisões e de explicitação do processo de tomada de decisão se o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra nos casos jurídicos? Portanto, ainda fica a pergunta quando a resposta do Supremo Tribunal Federal é pior que a anterior o que fazer?²⁶¹

Só podemos responder a essa questão se entendermos o processo de interpretação da Constituição como um processo aberto. Como afirma Juarez Freitas,²⁶² os silogismos jurídicos são dialéticos, os argumentos jurídicos são provisórios e a operação hermenêutica é “eminente circular”; o sistema jurídico é aberto e a interpretação é circular e recreativa, sem que o objeto prepondere sobre a intersubjetividade, em que não há uma resposta final, mas apenas uma decisão pelo órgão mais especializado, a qual continua a ser discutida pela comunidade envolvida de alguma forma com a decisão, dando aos direitos fundamentais uma concretização constante a cada decisão jurídica.

Desse modo, o controle das decisões do Supremo Tribunal Federal só pode ser feito pela sociedade e só tem legitimidade se há uma participação amplamente democrática nesse processo, se há uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, à qual se refere Haberle.²⁶³ A tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição coloca o problema sobre os participantes da interpretação e conclui, por meio de uma análise prática, que existe um círculo bastante amplo no processo de interpretação da Constituição, mostrando-se muitas vezes, difuso.

Considerar os agentes sociais na cadeia interpretativa da Constituição rompe o vínculo com um modelo de interpretação em “uma sociedade fechada”, onde apenas um órgão último decide o que é a Constituição, para instituir um modelo de interpretação constitucional pela e para a sociedade aberta, sendo, segundo Haberle, cada vez mais aberto quanto mais plural for a sociedade, participando cidadãos, grupos, órgãos estatais, sistema público, opinião pública, enfim, todos que vivem a norma acabam por interpretá-la.

A sociedade aberta dos intérpretes reúne não somente órgãos estatais, mas todos aqueles que vivem o contexto constitucional, sendo formada por: a) órgãos com funções estatais, tais como Corte Constitucional, que tem a decisão vinculante, órgãos Legislativo e Executivo; b) os participantes do processo: autor e réu, outros interessados na lide e

²⁶¹ QUEIROZ, Maria do Socorro de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais**: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira. Curitiba: Juruá, 2011, p. 167.

²⁶² FREITAS, Juarez. A Melhor Interpretação Constitucional versus a Única Resposta Correta. Revista **Latino Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 2, p. 270-316, 2003, p. 283-287.

²⁶³ HABERLE, Peter. **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.

especialistas; c) grupos de pressão e opinião pública democrática e pluralista; d) doutrina constitucional. Esse catálogo de participantes mostra, como afirma o próprio Haberle, que a interpretação constitucional não é um evento exclusivamente estatal, mas uma atividade que diz respeito a todos.

A aparente última palavra pelo Supremo Tribunal Federal é (se não é, deve ser) controlada pela sociedade. Intersubjetivamente é, então, a palavra da vez quem controla o Supremo Tribunal Federal com a concepção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, detendo os participantes uma parcela do controle de constitucionalidade.²⁶⁴

Assim, a resposta sobre quem controla o Supremo Tribunal Federal passa, inevitavelmente, pela democratização do processo interpretativo e decisório,²⁶⁵ que permita a participação social no controle de constitucionalidade e possibilite a formação de uma cultura de Constituição que recrie o texto constitucional sempre. E essa democratização do processo interpretativo e decisório não pode ser pensada sem a subjetividade dos direitos fundamentais, de todos eles, visto que o exercício subjetivo dos direitos é também uma forma de participação dos indivíduos na elaboração da norma.

A essência da posição do Supremo Tribunal Federal entre as instituições é, portanto, que esse tribunal seja o juiz supremo e irrecorrível da sua competência, assim como da dos outros poderes do Estado.²⁶⁶

O Supremo Tribunal Federal, logo sendo o juiz supremo e sem apelo na questão de saber se qualquer dos outros poderes excedeu à sua competência, é o último juiz, o juiz sem recurso na questão de saber se é, ou não, político o caso concreto. Políticos usufruem, as vezes, de assuntos privados em determinados conluíus com o Executivo e o Congresso. Portanto, se da competência do Executivo ou do Congresso, o poder judiciário é chamado a ser o árbitro final, passa a ser o Tribunal Supremo, na questão de ser político ou não.

O direito que no Brasil agora se pretende avocar ao Congresso Nacional (e, até, ao governo), de rejeitar, como invasores de sua autoridade, acórdãos do Supremo Tribunal Federal, importaria em elevar o Congresso Nacional a juiz definitivo de seus próprios poderes. É o que existia nos Estados Unidos da América antes da Constituição, cujo objeto

²⁶⁴ QUEIROZ, Maria do Socorro de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais**: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira. Curitiba: Juruá, 2011, p. 169.

²⁶⁵ Nesse sentido nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerado como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação. [...] pensamos que a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 7. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 407).

²⁶⁶ WATSON, David K. **The Constitution of the united States**, v. 2, p. 1183-1192.

seria justamente remediar a esse estado anárquico de coisas dando ao Poder Judiciário a situação arbitral / litigiosa, que passou a ocupar entre os outros dois poderes.²⁶⁷

Se o Poder Executivo²⁶⁸ ou o Congresso Nacional, pudessem recusar execução às sentenças do Supremo Tribunal Federal, pôr as considerar inconstitucionais, ter-se-iam, destarte constituído em instância revisoras dos atos daquela justiça. Assim, toda a vez que o Poder Executivo, seja qual for o motivo alegado, negue obediência a uma decisão judicial definitiva, incorrerá em quebra formal da Constituição, e, portanto, na mais grave das responsabilidades.

O efeito da interferência da Justiça, muitas vezes, não consiste senão em transformar, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão política em questão judicial. Mas, a atribuição de declarar inconstitucionais os atos da legislatura envolvem, inevitavelmente, a justiça federal em questões políticas.

Abordando o assunto, José Luis Bolzan de Moraes, afirma:

ou seja, tem-se o debate entre função de governo e função de garantia, remodelando a clássica tripartição de funções, passando, ainda, pelos limites que demarcariam a extensão destes “direitos” constitucionais, em uma disputa entre o mínimo existencial e a reserva do possível, margeado pelo fundamento da dignidade humana no contexto de um Estado que, apesar de social, não rompeu com um modelo econômico (capitalismo) cujo fundamento não é, por óbvio, o da inclusão social com pressuposto de socialidade.²⁶⁹

No Estado brasileiro, provavelmente mais do que em outras experiências constitucionais similares, a judicialização do cotidiano, tem levado a justiciabilidade da

²⁶⁷ ELLIOTT, Charles B. **The Legislature and the Courts: The Power to declare Status Unconstituional.** Political Science Quarlely. New York, 1890, p. 226.

²⁶⁸ Os últimos dirigentes sempre chegaram ao Executivo com um plano milagroso. Notou-se, de uma forma constante, o predomínio da visão tecnocrata em detrimento da jurídica, como se, de uma hora para outra, pudessem simplesmente apagar o que se estabeleceu, atropelando situações constituídas, direito adquirido, para ter um novo regramento. Revela-se ínsito à Carta Política, por isso mesmo tendo-se presente esse novo contexto histórico-cultural um sentido de permanência que se destina a conferir, à Lei Fundamental do Estado, o necessário grau de estabilidade normativa, a fim de conferir em tais situações, concretizem-se, em plenitude, os aspectos que ressaltam a multifuncionalidade que qualifica o documento constitucional : (1) ser ele um instrumento básico de regulação normativa do Poder; (2) evidenciar-se como um elemento decisivo de estruturação orgânica e na definição programática dos fins do Estado e (3) qualificar-se, enquanto meio de solene afirmação dos direitos da pessoa e da coletividade social perante o Poder, como o estatuto jurídico das liberdades públicas. O sentido de permanência da ordem constitucional significa, contudo, que as Constituições sejam documento vocacionados à perpetuidade. É importante salientar, por isso mesmo, que a rigidez dos preceitos constitucionais não significa a perpetuidade das Constituições, que são documentos jurídicos essencialmente mutáveis em função, até mesmo, de novas exigências políticas, econômicas, culturais ou éticas, ditadas pela própria complexidade e necessidade da vida social. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 3.103-8. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 6 jan. 2015).

²⁶⁹ Idem, ibidem, p. 158.

questão social, o que tem oportunizado a violação de princípios como segurança jurídica, e da vedação ao retrocesso social, sobretudo quanto ao tema do direito à saúde, na qual atuou o Supremo tribunal Federal na ADPF nº 45.²⁷⁰

Nesse contexto a noção de proteção aos direitos fundamentais engloba as categorias da proteção do excesso e da proteção deficiente²⁷¹ que se trata de uma dupla estratégia na consecução dos objetivos do Estado Democrático.

Dessa forma, o princípio da proibição da proteção deficiente implica num “fazer” e num “não fazer” por parte do Estado. Um fazer que se consubstancia em realizar os direitos fundamentais sociais, buscando sua máxima efetividade. Um não fazer que se evidencia na abstenção em atentar contra os direitos fundamentais implementados, seja através de atos administrativos ou de legislação que venha a atingir o núcleo fundamental de tais direitos.

Nesse sentido, Canotilho informa que:

há porém, um outro lado da proteção que, em vez de salientar o excesso releva a proibição por defeito. Existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção adoptam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa, ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais.²⁷²

Nesse sentido, considerado em seu viés negativo, o princípio da proibição deficiente importa na vedação ao Estado de atentar contra direitos fundamentais sociais implementados.

Assim, o supracitado autor passar a expor que os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais aos cidadãos. São direitos constitucionais a que correspondem

²⁷⁰ ADPF – Políticas Públicas – Intervenção Judicial - “reserva do possível” (transcrições) Min. Celso de Mello. Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurado hipótese de abusividade governamental. Considerações em torno da Cláusula da “reserva do possível” necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº45. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 jul. 2014).

²⁷¹ Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses de todo inocorrentes nas espécies judiciais em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 3.103-8. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 6 jan. 2015).

²⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 273.

verdadeiras obrigações do Estado, e que devem à semelhança do que acontece com os direitos e liberdades tradicionais, ser concebidos como direitos subjetivos públicos do cidadão. Em sentido jurídico, aliás, só nesta acepção se pode falar de autênticos direitos fundamentais. O que distingue estes dos restantes não é a sua natureza jurídico-constitucional, é o seu objeto. São direitos positivos, isto é, direitos a certa atividade ou prestação e não uma abstenção ou omissão por isso, a sua violação dá-se por omissão da atividade exigida ao Estado. Mas a omissão, quando indevida, não é menos inconstitucional do que a ação violadora de um direito negativo. O que difere são as garantias do cumprimento da obrigação constitucional do Estado.²⁷³

Como consequência da proibição deficiente, surge a ideia da proibição do retrocesso social explicando o assunto, Streck afirma que “a constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade. Veja-se, nesse sentido, a importante decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, qual aplicou a cláusula da “proibição do retrocesso social” inerente/imaneente ao Estado Democrático e Social de Direito: “a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. “O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”.²⁷⁴

Dessa forma, considerado o princípio da proibição do retrocesso social como corolário da ideia da proteção à segurança jurídica no Estado Democrático de Direito, cabe ponderar o alcance do princípio, buscando sua efetivação em conjunto de valores tutelados pelo Estado.

Além disso, o princípio da segurança jurídica e da confiança no Estado Democrático, ligados ao princípio da proibição do retrocesso social, apresenta maior profundidade, na

²⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra, 1991, p. 129.

²⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 254-255.

medida em que visam coibir não só as medidas de cunho retroativo, mas notadamente as medidas de cunho retrocessivo.²⁷⁵

A atribuição de sentido ao princípio da proibição do retrocesso social perpassa pela pré-compreensão de uma teoria da Constituição dirigente e compromissária, adequada ao modelo constitucional brasileiro e da necessidade de atribuir máxima efetividade aos princípios constitucionais, sem a qual o ordenamento constitucional passa a ser um mero protocolo de intenções, um mero ideário, sem o compromisso com a efetivação dos Direitos Fundamentais e o cumprimento das promessas da modernidade.

Deve-se considerar que o princípio da proibição do retrocesso social deve ser ponderado ao lado de outros princípios constitucionais, no caso concreto. Ao lado do princípio da segurança jurídica, da confiança e da máxima efetividade das normas constitucionais, deve ser considerado o princípio da reserva do possível, não para justificar a tomada de medidas retrocessivas em face da escassez de recursos públicos, mas para buscar uma atribuição de sentido adequada aos ditames do Estado Democrático de Direito.

O julgamento da ADIN 3.103-8, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP buscava a declaração de inconstitucionalidade da referida emenda, que sujeitava à incidência de contribuição previdenciária o rendimento de aposentados e pensionistas. Nesse sentido, o argumento discutido e que foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal é o de ofensa a direito adquirido no ato da aposentadoria. Pelo que se passa a analisar a ementa transcrita:

Ementa: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade Social. Servidor Público. Vencimentos Proventos de Aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato da aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº41/2003 (art.4º caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III e 194, 195, caput, II e parágrafo 6º da CF e art.4º, caput, da EC 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentaria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair *ad aeternum* a percepção dos respectivos proventos e pensões à

²⁷⁵ A dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunhos retroativos, mas também não dispensa uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser consideradas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro.** In: Revista de Direito Social, v. 14, 2004, p. 21.

incidência da lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver a respeito direito adquirido como aposentado.²⁷⁶

A decisão pela constitucionalidade do art.4º da EC 41/03, que contou com o voto favorável de sete dos onze Ministros do STF, teve como fundamento do voto vencedor ou predominante a necessidade de aumento da arrecadação em razão da crise financeira pela qual passa o Instituto Nacional de Seguridade Social. É nesse sentido que são a posição majoritária do STF, fundamentada no voto do Ministro César Peluso, considerou a contribuição dos servidores inativos como sendo um tributo e, assim sendo, sua instituição está adstrita à observância do princípio da legalidade e da anterioridade, pelo qual a contribuição atinge fatos geradores ocorridos na sua vigência.

Dessa forma, sendo a Constituição, um instrumento que visa a estabilidade e a permanência, a atuação estatal deve pautar-se pelos princípios da segurança jurídica e proteção da confiança, ínsitos na ideia de Estado de Direito. O Ministro Carlos Britto assevera que as cláusulas pétreas (instrumento que visa atribuir certa estabilidade ao ordenamento jurídico), caracterizam-se justamente por impedir o retrocesso social e garantir o progresso:

Quanto à questão das cláusulas pétreas – preocupação do Ministro Joaquim Barbosa – eu lembraria que elas, na Constituição de 1988, não cumprem uma função conservadora, mas sim impeditivas de retrocesso, ou seja, garantem o progresso. O progresso então obtido é preciso ser salvaguardado.²⁷⁷

O princípio da proibição do retrocesso passa a ser uma garantia em face de medidas retrocessivas e buscaria, em última análise a consecução do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança e conferir certa estabilidade ao ordenamento constitucional.

Em resumo, pela posição majoritária do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, vislumbra-se o seguinte: a) afastam a análise o argumento relacionado a razões de Estado, notadamente em virtude de que, os governantes têm editado atos normativos que acabam por violar princípios insculpidos a Constituição Federal; b) a constituição é vista um instrumento que visa a permanência, buscando a estabilidade e, sobretudo, regular o poder e definir

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 3.103-8. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

²⁷⁷ Idem, ibidem.

programaticamente sua atuação; c) conseqüentemente, a constituição trata do instrumento de afirmação das liberdades públicas em face do poder; d) Assim, os princípios ínsitos no ordenamento Constitucional da Segurança da Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança, ponderados juntamente com o Princípio da Proibição do Retrocesso Social passam a ser garantidores de situações jurídicas consolidadas, com vistas a garantir a estabilidade do ordenamento; e) dessa forma, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social passa a ser uma garantia em face de medidas estatais de cunho retrocessivo apresentando como um “plus garantidor”.²⁷⁸

²⁷⁸ CONTO, Mário de. **O princípio da proibição do retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. São Leopoldo, 2006. Disponível em: <[http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/principio da proibição.pdf](http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/principio%20da%20proibicao.pdf) >. Acesso em: 6 jan. 2015.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe certa dificuldade de, no mínimo, fixar-se o sentido e o alcance do que seja o ativismo judicial, de modo que tal postura acaba revelando-se basicamente como uma exagerada interferência do Judiciário na sociedade (protagonismo judicial) ou, então, termina sendo aleatoriamente invocada na tomada de decisões, através de critérios de convivência. Por isso, a que fazer uma necessária distinção entre ativismo judicial, judicialização da política e judicialização do cotidiano.

Neste sentido, a primeira revela-se como uma postura, um comportamento de juízes e tribunais, que, através de um ato de vontade, isto é, de um critério não jurídico, proferem seus julgamentos, extrapolando os limites de sua atuação; a segunda revela-se um fenômeno contingencial e inexorável e por fim, há que ficar claro que o fenômeno da “judicialização do cotidiano” se desenvolve em um ambiente de hiper-produção de decisões no âmbito do poder estatal que tem ganho cada vez maior amplitude e consistência em razão de dois fenômenos: de um lado o sucesso do Estado Democrático de Direito em prover a cidadania de melhores vias e meios de acesso ao sistema de justiça, de outro os fracassos ou dificuldades do Estado Social prover resultados satisfatórios ante suas promessas.

A força do Supremo Tribunal Federal é reconhecida no jogo político brasileiro, mesmo que este não possua acesso ao orçamento, ou os poderes de condução do Executivo. O papel do Poder Judiciário na manutenção da crença na legitimidade do Estado e da democracia é fundamental. O fato de reconhecer que as regras são ou não legítimas do ponto de vista constitucional determina ao Poder Judiciário, precipuamente, ao Supremo Tribunal Federal, uma linha de ação política idealizada, porém voltada para os objetivos do Estado, o que leva, naturalmente à ação sobre as políticas públicas implementadas tanto a partir do Executivo, como do Legislativo.

Além disso, como destacam Werneck Viana e Burgos,²⁷⁹ o papel democratizante ou “civilizatório”, do Poder Judiciário produz um efeito tanto de “muro de lamentações” quanto o de “uma efetiva arena para o exercício da democracia”, partindo da premissa da existência de uma democracia na qual a relação entre o Executivo e o Legislativo estão muito aquém do ideal. A possibilidade de o Poder Judiciário contrariar os interesses governamentais pode resultar em aperfeiçoamento nas políticas públicas, tanto em termos econômicos quanto em termos da durabilidade dessas políticas.

²⁷⁹ WERNECK VIANA, Luiz, e BURGOS, Marcelo B. (2005). **Entre princípios e regras**: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública. DADOS, v. 48, n. 4, p. 777-843.

Nesse sentido, a ação do Supremo Tribunal Federal é fundamental para o equilíbrio de forças democrático, pois a ausência dessa instância pode permitir em especial ao Executivo, por exemplo, a implementação de políticas públicas financeiras desastrosas. A atuação judicial é, então necessária e, parece mais benéfica que prejudicial a democracia. Desse modo, a parte que incumbe ao Poder Judiciário na realização da cidadania em sentido amplo, no Brasil, resulta ser a efetivação dos direitos fundamentais e sociais, dentro do contexto da luta política, e da manutenção do seu papel constitucional de mantenedor das regras do jogo democrático.

De modo que, tais circunstâncias põem em maior evidência as estruturas jurisdicionais quando estas se veem confrontadas com um crescimento exacerbado na quantidade de demandas, seja porque os consumidores de justiça aumentaram em número, seja porque há mais e melhores meios e instrumentos para a busca de respostas jurisdicionais para os conflitos sociais, seja, ainda, porque a insatisfação ampliada da cidadania em face dos resultados do Estado Social promove uma nova conflituosidade, aquela que contrapõe as pretensões sociais nascidas do reconhecimento de direitos e a insuficiência de sua realização a partir dos sistemas de políticas públicas de caráter prestacional, em contexto de crises e reformas.²⁸⁰

Nota-se que a crise jurisdicional, impõe uma tentativa de revisão de posturas frente à tradição processual prática, apontando para uma necessária instrumentalidade e efetividade do processo. Com efeito, o acesso à justiça, percebido como um interesse difuso implica a uma necessária incorporação ao cotidiano jurídico-constitucional de efetividade e celeridade na prestação jurisdicional. O que implica em repensar e reestruturar as deficiências infraestruturais do Estado, em especial de sua função jurisdicional.

Esses novos espaços da justiça encarnam uma forma de democracia descentralizada.²⁸¹ Com efeito, o Estado concebe de maneira reflexiva seu papel normativo de planejamento, a deliberação associada ou a negociação coletiva, que dizer, homologando o direito estabelecido pelas próprias partes. A proteção do interesse coletivo é concebida de maneira tanto direcional e voluntarista quanto secundária e indireta. O ato de julgar se encontra modificado

²⁸⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O estado constitucional**: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / Org. André Luís Callegari, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2010, p. 147.

²⁸¹ Talvez esta política descentralizada inaugure um outro tipo de democracia dentro das relações diretas entre periferias, sem passar pelo centro. A justiça descentralizada testemunha uma política desencantada, no entanto mais realista, mais paradigmática: ela é o sintoma de uma democracia mais associativa, participativa e mais deliberativa, a qual doravante é preciso adaptar nossas instituições, a começar pela posição do juiz. (GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas; Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2. ed. mai. 2001, p. 241).

profundamente. Ele se contextualiza. Isso se manifesta de duas maneiras: antes de mais nada, o juiz deve levar em conta as próprias fontes de informação postas à sua disposição e se interessar, em seguida, pelas consequências de sua decisão.

A explosão dos contenciosos transformou silenciosamente o ato de julgar, a tal ponto que não se sabe mais muito bem qual deles, o desafio do quantitativo ou do qualitativo, foi o mais determinante. Esse novo modelo de justiça busca sua origem tanto numa nova razão jurídica quanto na racionalização das escolhas orçamentárias. Essa transformação do papel da justiça não deixa de ter, efetivamente, sua ligação com a crise financeira do Estado Provedor.

Assim, esta mesma atividade jurisdicional pode, paradoxalmente, por outro lado, significar uma invasão pelo Judiciário das esferas de atribuições classicamente atreladas às funções executiva e legislativa, atingindo o princípio da especialização de funções, sobretudo pela alteração/ (re)construção interpretativa de dispositivos constitucionais. Ou, por outro viés, o Poder Judiciário e a expansão de sua atuação, nesse sentido, quanto à invasão do Legislativo pelo Executivo, serviria como corretivo, comportando-se como um instrumento de *accountability*; e, quanto à representação política clássica serviria como um novo caminho para aquisição, defesa, e concretização de direitos.²⁸²

Tais circunstâncias se põem em consonância com a transformação política operada pelo Estado Democrático de Direito, quando a própria noção de democracia é transladada para um locus legitimador não mais meramente formal, senão, principalmente, substancial, apesar de tal já estar presente no âmbito do Estado Social, implicando que a noção de garantia não fica mais restrita aos padrões liberais de limitação negativa da ação estatal, mas vem acrescida de um *plus* transformador, em que a concretização de obrigações/prestações que importam na transfiguração do *status quo* assume efetivamente uma posição de primazia no espaço de legitimação constituído pela função de garantia, e, com isso, a distribuição clássica das funções dos poderes públicos não mais está sujeita a uma separação rigorosa, com o objetivo de reforçar uma estrutura de fiscalização, mas, noutro sentido, se apresenta mais flexível, voltada a uma finalidade de co-operação, baseada na perspectiva de que há uma unidade inexorável no Estado para a realização de valores éticos substanciais positivados constitucionalmente e intensamente reclamados pela população, a qual está, de alguma

²⁸² BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional em países “periféricos”! In: **20 Anos de Constituição: os Direitos Humanos entre a norma e a política**. Organizadores Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barreto e Alfredo Santiago Culleton. São Leopoldo: Oikos, 2009, p. 77-78.

maneira, expressa em uma atribuição executiva peculiar ao espaço público, sem que se limite às tarefas próprias do Poder Executivo.²⁸³

Com isso, considerou-se os intensos chamados à jurisdição, o que proporcionou ao poder jurisdicional, enquanto órgão monopolizador do tratamento de conflitos, enfrentar uma crise de identidade e uma crise de eficiência. A primeira se verifica com a dificuldade do Estado em se apresentar como mediador central dos conflitos. A segunda tem relação com a impossibilidade de respostas produtivas e adequadas para a litigiosidade.

É para satisfazer a necessidade de concretização da Constituição que o Supremo Tribunal Federal também detém o controle dos atos administrativos, ao agir a Administração Pública no dever de materialização dos direitos fundamentais sociais. O controle de verificação do Supremo Tribunal Federal é amplo porque larga é a vinculação do Executivo e do Legislativo aos direitos fundamentais, embora a posição do Supremo Tribunal Federal em ação de controle nos passe a imagem de um superpoder, essa imagem não passa de uma ilusão diante de duas evidências: primeiro, trata-se de um poder constitucional; segundo, há um controle social das decisões judiciais constitucionais, abrindo-se o processo interpretativo da Constituição a uma sociedade participativa.

Todavia, há um movimento vigente no Brasil, cada vez mais forte, fundado na crença de que o controle concentrado/abstrato releva o ouro da alquimia entre os sistemas, pelo que defendem a completa transmutação do controle de constitucionalidade nacional, nem se fale sobre o controle difuso, por meio da repercussão geral em sede de recurso extraordinário. Assim, tal movimento revela-se contrário ao movimento realizado em alguns dos principais países que adotam às tradições da história do Brasil, mas, também contrário ao movimento realizado em alguns dos principais países que adotam a técnica concentrado/abstrato, mas se funde em premissas relativas, precárias ou incertas.

Ademais disso, salvo algumas exceções, pode-se constatar que o movimento instrumental para desafogar o judiciário é desprovido de coerência e planejamento. É neste contexto que o processo constitucional deve ser remodelado, de maneira a inovar e se adequar, ao projeto de democracia constitucional, marcado este por uma lógica construtiva e participativa na elaboração das respostas públicas, rompendo com o modelo tradicional do processo individualista que tem no julgador sua referência primeira, buscando promover a abertura da jurisdição à sociedade, tudo em contrário ao fechamento (autocrático) que as estruturas ordinárias de processo conformam, seja pela limitação da participação às partes

²⁸³ Idem, ibidem, p. 78.

processuais, seja pela conformação dogmática de seu itinerário ou pela redução da complexidade do conflito.

A abertura do debate do processo constitucional é de suma importância na medida em que o povo, legítimo detentor do poder, nos termos do parágrafo único do art.1º da Constituição Federal é parte legítima nesse processo de interpretação e sua participação confere condição de legitimação nas decisões advindas do Supremo Tribunal Federal, que, como demonstrado no presente trabalho, nos últimos tempos, tem procurado um diálogo com a sociedade, de modo a construir uma fundamentação democrática as decisões dos julgamentos em lhe são levados a proferir.

Entretanto, “construir legitimamente a decisão impõe ao Supremo Tribunal Federal a exigência dialogal, fruto de uma mentalidade alargada” para reconhecer que a sociedade, em questões transdisciplinares, pode colaborar para a elaboração da decisão”²⁸⁴ consolidando assim o paradigma democrático enunciado pelo Estado Democrático de Direito.

A partir disso, o papel do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, na qual se positivou um novo projeto estatal social, cristalizado no paradigma de Estado Democrático de Direito, alterou-se significativamente em relação às tradicionais atribuições e competências que lhe eram delegadas nos modelos constitucionais anteriores, de matriz eminentemente liberal-individualista.

Passou o Judiciário de uma posição passiva, de mero aplicador da lei e, quando muito, em relação à jurisdição constitucional, de contralegislador, para uma posição ativa, da qual decorrem exigências de posturas muito mais políticas do Supremo Tribunal Federal, especialmente em litígios que envolvam a realização de direitos sociais dos quais nossa sociedade ainda permanece bastante carente.

A crise do Welfare State nos países de democracias consolidadas seria apenas uma das manifestações de um processo mais amplo, traduzindo-se em um deslocamento da centralidade do Legislativo como principal agente da iniciativa e da produção das leis em favor do Executivo, o qual, por sua vez, abandonaria as funções de administração do bem-estar, sendo progressivamente alçado á condição de uma agência tecnoburocrática que responde de forma contingente e arbitrária, às variações da imediata conjuntura econômica. A

²⁸⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, Anuário 2008, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, p. 127.

emergência do judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias de religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade.

A justiça é compelida a proporcionar materialmente e não mais apenas formalmente a igualdade de direitos e a minorar o desequilíbrio entre as partes. Se o Poder Legislativo foi o grande beneficiário no primeiro modelo, o administrador é o grande mestre no segundo. Ao juiz cabem objetivos determinados: salvar a criança do perigo, resguardar empregos, reinserir os detentos. O juiz é legitimado por sua atuação dentro da realidade social e não mais, como dantes, por um estrito critério de legalidade. Com o advento do Estado provedor, o juiz passa a ser “treinador”, intimado a reparar todas as injustiças do mercado e de cuidar dos sinistros da industrialização. As exigências do Estado provedor obrigam-na a adotar um funcionamento burocrático. O direito passa a apoiar-se em conhecimentos que lhe são completamente estranhos, como a psicologia, a contabilidade e etc. Hoje em dia fala-se muito de um “retorno do direito”, mas na verdade trata-se do fim da omissão do direito sob o Estado provedor.²⁸⁵

Assim, o Supremo Tribunal Federal assume o papel de decisor democrático final, quanto às questões controvertidas, nas quais o Executivo e o Legislativo não conseguem chegar a uma decisão. Mesmo que o Supremo Tribunal Federal muitas vezes seja visto e utilizado pelas partes interessadas em alterações de políticas públicas com apenas mais uma instância de luta política, isso permite que muitas vezes critérios de maior razoabilidade intervenham no processo decisório, fugindo da imposição, muitas vezes tirânica da maioria legislativa, ou mesmo dos limites do texto legal, conservando, entretanto os parâmetros constitucionais.

Com a análise da eficiência, objetivou-se demonstrar que as acusações – plausíveis da ineficácia da jurisdição frente ao fenômeno da “judicialização do cotidiano” estão associadas ao paradigma racionalista que modelou o sistema de solução de conflitos, no campo específico do Supremo Tribunal Federal.

O que se está a defender é a efetividade das normas constitucionais ao idealizar que, para que isto ocorra, deve existir senso de realidade da Constituição com suas promessas, uma boa técnica legislativa, aliada a uma vontade política de tornar real o prometido e um

²⁸⁵ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas; Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2. ed. mai. 2001.

indispensável exercício da cidadania²⁸⁶ que poderá vir, além da forma política, pela via judicial.

Essa efetividade da Constituição que está diretamente atrelada a sua supremacia frente aos demais atos normativos concretiza-se pelo que se denomina chamar de justiça constitucional, que tem seu nascedouro juntamente ao surgimento de um Estado Constitucional, e que se dá com institutos como o controle de constitucionalidade, os referendos, as consultas populares, entre outros.²⁸⁷

Nesse sentido, a noção de Estado de Direito é inerente a ideia de garantir a segurança das relações sociais. Mesmo que não expressamente positivadas na Constituição Federal, os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e proibição do retrocesso social tem por escopo a realização do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, possibilitando ao cidadão as mínimas condições para o exercício da cidadania.

A vinculação exercida pelo princípio da proibição do retrocesso social é inerente a toda atividade Estatal. O Poder Legislativo, em decorrência da ideia de uma Constituição Dirigente, tem consideravelmente diminuída sua liberdade de conformação, que fica adstrito ao texto constitucional. O Poder Executivo, igualmente, em face da postura intervencionista do Estado, do respeito aos direitos fundamentais e da observância do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, tem sua conduta vinculada ao texto constitucional. E, finalmente ao Poder Judiciário cabe nessa trilha exercer um intervencionismo substancialista, no sentido de que os direitos fundamentais sociais sejam realizados, procurando diminuir o déficit existente entre a realidade social e as promessas da modernidade não cumpridas, declarando inconstitucionais medidas estatais de cunho retrocessivo.

De modo que, ao lado do reconhecimento do Princípio da Proibição do Retrocesso, não se pode deixar de lado a importância da liberdade de criação legislativa, igualmente considerada como imanente à ideia do Estado Democrático de Direito. Vale destacar, que o essencial é garantir o núcleo intangível dos Direitos Sócio-fundamentais, garantindo a liberdade legislativa em determinar a consecução das políticas públicas, ao Poder Executivo a

²⁸⁶ SANTOS, Boaventura de Souza Santos. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortês, 2008, p. 90.

²⁸⁷ BOCHENEK, Antonio César. Os modelos de controle de constitucionalidade: a hibridação do tradicional sistema bipolar. In: BOCHENEK, Antonio César; TAVARES NETO, José Querino; MEZZARROBA, Orides (Coord.). **Diálogos entre culturas: direito a ter direito**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 12.

garantia de uma boa governança²⁸⁸ na execução e aprimoramento das políticas governamentais e orçamentárias.²⁸⁹

A proibição do retrocesso surge da constatação de que a o Estado deve intervir, ativamente, em prol da consecução dos Direitos Fundamentais Sociais (garantismo positivo). Em decorrência da proibição da proteção deficiente, surge a ideia de que o Estado deve se abster de atentar contra os Direitos Fundamentais implementados, seja através de atos administrativos ou de legislação que venha a atingir o núcleo fundamental de tais direitos. Dessa forma, considerado em seu viés negativo, o Princípio da Proibição Deficiente importa na vedação ao Estado de atentar contra Direitos Fundamentais Sociais implementados. É essa a ideia que leva à constatação da existência de um Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Notadamente, é certo que, a ineficiência ou desvio de finalidade dos mencionados poderes podem sofrer a intervenção do Poder Judiciário por intermédio de artifícios criados pelo Estado. Exemplo disso é a Emenda Constitucional 45/2004 que proclama uma série de medidas, as quais buscam a eficiência, celeridade processual e amplitude à justiça pelos cidadãos.

A vinculação exercida pelo Princípio da Proibição do Retrocesso Social é inerente a toda a atividade estatal. O Poder Legislativo, em decorrência da ideia de uma Constituição Dirigente, tem consideravelmente diminuída sua liberdade de conformação, que fica adstrito ao texto constitucional. O Poder Executivo, igualmente, em face da postura intervencionista do Estado, do respeito aos Direitos Fundamentais e da observância do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, tem sua conduta vinculada ao texto constitucional. E, finalmente ao Poder Judiciário cabe, nessa trilha, exercer um intervencionismo substancialista, no sentido de concretização dos Direitos Fundamentais

²⁸⁸ O Princípio referente à boa administração se constitui em um feixe de direitos, no exame da tomada de decisão administrativa deve ser avaliada mais do que a legalidade, forçoso avaliar a eficiência, a economicidade, a probidade e a eficácia da gestão pública. A democracia permite que o cidadão e todos os mecanismos de controle ajam de forma sincronizada para permitir o desocultamento. A democracia colabora para tornar o poder visível. (LIMBERGER, Têmis. Acesso à informação pública em rede: a construção da decisão adequada constitucionalmente. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Org. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2013, p. 262).

²⁸⁹ Os direitos fundamentais de cunho social demandam um custo econômico para sua implementação. Por isso é importante uma adequada utilização dos recursos, tanto nos países que cumpriram as promessas da modernidade, quanto nos que ainda tem este projeto inacabado. É importante que as verbas públicas sejam efetivamente empregadas com fins sociais e não desviados para fins particulares. (LIMBERGER, Têmis. Acesso à informação pública em rede: a construção da decisão adequada constitucionalmente. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / Org. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2013, p. 274).

Sociais, procurando diminuir o déficit existente entre a realidade social e as promessas da modernidade não cumpridas, declarando inconstitucionais medidas do Poder Legislativo e Executivo de cunho retrocessivo.

Neste contexto, seria melhor reconhecer que as ondas pela modernização da Justiça, reformas processuais, devem ser somadas em torno de sua democratização em termos de abertura, participação popular e qualidade das decisões. Na medida em que, a abertura do processo à sociedade, por meio de novos atores, em verdadeiro exercício alargado de democracia representativa, cujo eficiente veículo na atualidade são audiências públicas, de modo, a dar uma maior legitimidade as decisões judiciais e a legitimar a Jurisdição Estatal consolidando o regime democrático.

Para tanto, o Estado deve dispor de meios e instrumentos capazes de garantir a materialização dos propósitos constitucionais que nada mais são do que os valores expressos na Constituição Federal de 1988. Esse é o ponto fundamental para a construção de uma prestação jurisdicional eficiente, efetiva e adequada.

Desse modo, o funcionamento inadequado das atividades decisórias do sistema jurídico repercute de forma negativa e perturbadora nas operações finalísticas, o que leva o direito a refletir sobre a qualidade de seus “produtos decisórios”, que quando morosos e inúteis em termos práticos podem gerar prejuízos.

O papel do Poder Judiciário é de extrema relevância no âmbito das expectativas da sociedade, pois, ao interagir com o objetivo constitucional na busca pela efetividade dos Direitos Fundamentais, garante a cidadania e promove a pacificação social.

Esse é um pressuposto fundamental para a caracterização de democrático que se almeja ao Estado Democrático de Direito. No Estado Democrático, o magistrado passa da simples função de solucionador de conflitos para julgar em conformidade com os critérios expressos na Constituição. A ela está vinculado, mas isso não sobrepuja sua característica de independência e autonomia. E, ao se afirmar que aos juízes é dada a tarefa de tutelar sobre os direitos dos indivíduos, mas vinculados aos ditames constitucionais (à realização dos Direitos Fundamentais), essa atividade somente poderá se desenrolar mediante a atividade interpretativa dos textos constitucionais.

A função da judicatura consiste em realizar os direitos, valores e princípios constitucionais, mediante a interpretação e aplicação da vontade legislativa expressa nas leis. A função do poder judicial não é controlar ação de governo, nem substituí-lo. Compete ao Poder Legislativo desenvolver os preceitos constitucionais, concretizando-os por via da legislação, de conformidade com o marco autorizado pela Constituição. O Supremo Tribunal

Federal forçosamente enfrentam problemas que são políticos, devido à relação entre Política e Direito. Os problemas políticos jurídicos, através de métodos e formas judiciais, com base na lei e nos argumentos das partes, devem apreciar as razões controvertidas de conformidade com os fundamentos jurídicos, que propiciam este controle.

Questiona-se se o Supremo Tribunal Federal com sua estrutura e seus meios de atuação, com seus atuais procedimentos, podem assumir com segurança este aumento necessário de suas competências de controle. Podendo, assim, exercer eficazmente seu poder em um momento de mudanças vertiginosas de toda a ordem jurídica nacional e internacional.

O Supremo Tribunal Federal tem que apoiar-se na ideia de cidadania, não amparando suas decisões em uma linguagem artificialmente complexa e obscura. Convém destacar o papel da publicidade que deve ser dado à jurisprudência, fomentando as críticas e a valorização das decisões. A administração da justiça é considerada por grande número de cidadãos como lenta e custosa, daí a necessidade de transformações profundas, através de reformas substanciais.

Logo, é no Estado Democrático de Direito que o processo de democratização se expande dando ênfase aos direitos fundamentais como garantias a serem respeitadas pelo Estado vigente e, nesse vértice, o acesso à justiça e toda atividade jurisdicional, tornam-se essenciais para a recriação do Direito, inserindo-o no contexto da Pós-modernidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **La institucionalización de La Justicia**. Trad. José Seoane, Eduardo Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARANGO, Rodolfo. Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMPI, n. 56, 2005.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos Humanos, Democracia e Globalização. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo Santiago (Org.). **20 anos de Constituição**: Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política. / - São Leopoldo: Oikos, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento; inclui uma entrevista inédita com o autor. 34. ed. São Paulo, 2010.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. **Revista Lua nova**, n. 61. São Paulo: Marco Zero, 2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antônio Carlos (Org.). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.
- BERNAL, Francisco Chamorro. **La tutela judicial efectiva**. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución. Barcelona: Bosch, SD.
- BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992.
- BOCHENEK, Antonio César. Os modelos de controle de constitucionalidade: a hibridação do tradicional sistema bipolar. In: BOCHENEK, Antonio César; TAVARES NETO, José Querino; MEZZARROBA, Orides (Coord.). **Diálogos entre culturas**: direito a ter direito. Curitiba: Juruá, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. **Do País Constitucional ao País Neocolonial, a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de Abril de 2004.

_____. _____. ADIN 3.103-8. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

CADEMARTORI, Daniela Mesquista Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Roberto Dahl. Curitiba: Juruá, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos. O direito à emanção de normas jurídicas e a proteção judicial contra as omissões normativas. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**, São Paulo, 1993.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra, 1991.

CAPPELETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 20, p. 268.

_____. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. **Parecerionoclasticosulla riforma del processo civile italiano**, Giustizia e Società, Edizione di Comunità, Milão, 1972.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: Luiz Guilherme Marinoni (Coord.). **O processo civil contemporâneo**, Curitiba: Juruá, 1994.

CHAPUS, R. **L' Administration et son juge**. CequiChange, RapportpublicduConseil d'État, Paris, La Documentation Française, 1992.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **A ação no sistema dos direitos**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

_____. **Dell'azione nascente dal contratto preliminare**. In: Saggi di diritto processuale civile. Roma, Foro Italiano, 1930, v. 1.

CHUEIRI, Vera Karam. Dworking, Ronald. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes. In: VIANNA, L. W. **A Democracia e os três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CONTO, Mário de. **O princípio da proibição do retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. São Leopoldo, 2006. Disponível em: <[http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/principio da proibição.pdf](http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/principio%20da%20proibicao.pdf)>. Acesso em: 6 jan. 2015.

CULLETON, Alfredo Santiago. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

DUARTE, Francisco Carlos (Coord). **Direito Fundamental à decisão urgente**. Tutela de urgência e risco. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. Tempo e decisão na sociedade do Risco. **Revista de Processo Repro 148**, ano 32, jun. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, II ed. Duckworth, London, 1978.

_____. **O império do Direito**. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. 2.ed. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELLIOTT, Charles B. **The Legislature and the Courts**: The Power to declare Status Unconstituional. Political Science Quarlely. New York, 1890.

ELY, J. H. Democracy and Distrust. **A theory of Judicial Review**. Massachussetts: Harvard University Press, 1990.

ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A refundação da ciência processual e a defesa das garantias constitucionais. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós – Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. nº 7. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2010.

FAGUNDES, Seabra. **A Organização do Funcionamento do Poder Judiciário, em Estudos sobre a Constituição Brasileira**. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1954.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**, São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. As novas formas e funções do direito: nove tendências. In: _____. **Sociologia Jurídica**: direito e conjuntura. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría do Garantismo Penal, Ed. Trotta, Madrid, 7. ed. 2005.

FREITAS, Juarez. A Melhor Interpretação Constitucional versus a Única Resposta Correta. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 2, p. 270-316, 2003.

_____. Direito constitucional à democracia. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). **Direito à democracia**: ensaios transdisciplinares. São Paulo: Conceito, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. 7. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2005.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2. ed. mai. 2001.

_____; ALLARD, Julie. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

GARCIA DE ENTERERRIA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado Contemporaneo**. Madrid: Alianza Universidad, 2005.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba, 2010.

GOODIN, Robert. **The theory of Institucional Design**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrícia. **La puissance de juger pauvoir judiciaire et démocratie**, Prefácio de Antoine Garapon. Paris : EditionsMichalon, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HABERLE, Peter. **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.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1995.

HOFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. Tradução Tito Lívio Cruz Romão; [revisão da tradução Luiz Moreira]. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JOBIM, Nelson. Discurso de Posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal. 3 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConetudo=62841&caixaBusca=N>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Noção de Status Activus Processualis como Fundamento para a Operacionalização de uma Jurisdição Constitucional aberta. In: REIS J. R dos; LEAL, R. G. **Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

_____. Interpretação Conforme a Constituição x Nulidade Parcial sem Redução de Texto: Semelhanças, diferenças e reflexão sobre a sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal. In: REIS J. R. dos; LEAL, R. G. **Direitos Sociais & Políticas Públicas, Desafios Contemporâneos**. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

_____. **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática – Uma abordagem a partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMBERGER, Têmis. Acesso à informação pública em rede: a construção da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução da 3. ed. americana. São Paulo: Thompson. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. A jurisdição no Estado Constitucional, jurisdição, Estado Liberal e positivismo. v. 1. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINELLI, Mário Eduardo. **O controle do poder político no constitucionalismo acidentado brasileiro**. Texto não publicado, 2005.

MATOS, José Igreja. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Editor: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora. 1. ed. abr. 2010.

MORAES, Germana de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo**. São Paulo: Dialética, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e teoria do estado**. 7. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado n.10. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

_____. _____. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado e Doutorado. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS. São Leopoldo.2002.

_____. Crise do estado, constituição e democracia política: a “realização” da ordem constitucional! E o povo... In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

_____. **Do direito social aos interesses transindividuais**. O Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. **Estado Constitucional, Direitos Fundamentais**: limites e possibilidades. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008.

_____. O estado constitucional: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: Unisinos, 2010.

_____. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós – Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado, n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição! José Luis Bolzan de Moraes, Fabiana Marion Spengler. 3. ed. rev. e atual. com o Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Neoprivatismo no Processo Civil**. RDCPC. n. 34, p. 6 mar./abr. 2005.

_____. Por um processo socialmente efetivo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, n. 11, p. 5-7, mai./jun. 2001.

_____. **Notas sobre o problema da “efetividade” do processo**. In: Temas de direito processual. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência**. II-República. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000.

NONET, Philippe. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. In: _____; SELZNICK, Philip (Coord.). Tradução Vera Ribeiro. [Introdução de Robert A. Kagan]. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebbíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Artigo apresentado à ABDconst como conclusão de pesquisa realizada no âmbito do Grupo de Estudos Nacionais, biênio 2010-2011.

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworking: o direito como integridade. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. **A decisão constitucional vinculante**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PORTINARO, Pier Paolo. Para além do Estado de Direito. Tirania dos juízes ou anarquia dos advogados? In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**. História, teoria crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

QUEIROZ, Maria do Socorro de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais**: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira. Curitiba: Juruá, 2011.

RAMOS, Manoel Ortells. Origem histórico deldeber de mitvarlas sentencias. **Revista de derecho procesual libero americana**, n. 4, p. 903 e ss, Madrid, 1977.

REZENDE, Flávio C. A nova gestão pública, perfomance e reinvenção das instituições: um desafio para a reforma do Estado. **Revista do Ministério da Administração Geral e Reforma do Estado**, Brasília, n. 4, p. 27-28, nov. 1998.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA. Álvaro Filipe Oxley da. O Judiciário e a concretização dos Direitos fundamentais sociais: jurisdição e políticas públicas. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-

Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado, n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia normativista ao construtivismo sistêmico. In: SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRIGUES, Cunha. **Ser Juiz Hoje**. 1. ed. Editora: Almedina. 2008.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**. Revista Forense, 1958.

ROSAS, Roberto. Pedro Lessa e o Supremo Tribunal Federal. **Revista de Informação Legislativa**, jan./mar.1973.

SÁ FILHO, Francisco. **Relações entre os Poderes do Estado** (Leituras de Direito Constitucional), Editar Borsoi, 1959.

SALAZAR, Alcino. **Poder Judiciário. Bases Para a Reorganização**. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A jurisdição partida ao meio. A (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado, n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, Anuário 2008, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Substancialização e Efetividade do Direito Processual Civil** – A Sumariedade material da Jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTORO, Emílio. **Estado de direito e interpretação**: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Tradução de Maria Carmela Juan Buonfiglio e Giuseppe Tosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa . **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **A bifurcação da justiça**. Folha de São Paulo, 10 de junho de 2008. Disponível em: <[HTTP://supremoemdebate.blogspot.com/2008/06/escola-de-sofia.html](http://supremoemdebate.blogspot.com/2008/06/escola-de-sofia.html)>. Acesso em: 3 dez. 2013.

_____. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: **Revista de Direito Social**, v. 14, 2004.

_____. O direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. **Revista de processo**, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 13-40, nov. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Da Organização Nacional, v. I, p. 130, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976; ATALIBA, Geraldo. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, *Revista de Informação Legislativa*, n. 25.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. A função dos tribunais superiores. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado e Doutorado**. Centro de Ciências Jurídicas UNISINOS, São Leopoldo, 1999.

_____. _____. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado e Doutorado**. Centro de Ciências Jurídicas Unisinos, São Leopoldo, 2002.

_____. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOARES, Rogério Ehrhardt. **Direito Público e Sociedade Técnica**. Edições Tenacitas, reedição de Janeiro de 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica nos vinte anos da Constituição do Brasil. In: MOURA, Lenice S. Moreira de. **O novo Constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. _____. **Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUSTEIN, Cass. **Radical in robes: Why extreme right-wing Courts are Wrong for America**. New York: Basic Books, 2005.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **A folha dobrada** – lembranças de um estudante. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Apresentação: Dorothee Susanne Rudiger. Introdução: Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Editora Unimep, 2005

TRINDADE, André Karam. **Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli/Alexandre Morais da Rosa et al. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 114-116.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Juruá, 2009, p. 35.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Tradução Jussara Simões; revisão da tradução Silvana Vieira; revisão técnica Cícero Araújo. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 601-602.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Novas garantias constitucionais**. Revista de direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 24 e ss.

_____. O Supremo Tribunal Federal após 1988: em direção a uma Corte Constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) apud MORAIS, Dalton Santos. **A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil e a participação do *amicuscuriae* em seu processo**. Revista de Processo, 2008.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto Costituzionale**. CEDAM, Casa Editrice Dott, Antonio Milani, Padova, 1997.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de NiklasLuhman**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Anotações do Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil 2009**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/annotacoes-do-congresso-brasiliense-de-direito-processual-civil-2009>>. Acesso em: 11 set. 2014.

WATSON, David K. **The Constitution of the united States**, v. 2, p.1183-1192.

WERNEK VIANNA, Luiz et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

_____; BURGO, Marcelo B. **Entre Princípios e Regras**: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública. Dados, v. 48, n. 4, p. 777-843, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.