

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MÁDSON OTTONI DE ALMEIDA RODRIGUES**

**A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO DE PRIMEIRO GRAU NA  
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
Proposta de um novo modelo jurídico-administrativo para o segundo grau  
de jurisdição**

**NATAL/RN**

**2009**

**MÁDSON OTTONI DE ALMEIDA RODRIGUES**

**A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO DE PRIMEIRO GRAU NA  
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
Proposta de um novo modelo jurídico-administrativo para o segundo grau  
de jurisdição**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Doutora Maria dos Remédios  
Fontes Dias

**NATAL/RN**

**2009**

Divisão de Serviços Técnicos  
Catalogação da Publicação na Fonte. UFRN / Biblioteca Central Zila Mamede

Rodrigues, Mádson Ottoni de Almeida.

A legitimidade da jurisdição de primeiro grau na concretização dos direitos fundamentais: proposta de um novo modelo jurídico-administrativo para o segundo grau de jurisdição / Mádson Ottoni de Almeida Rodrigues. – Natal, RN, 2009.  
197 f.

Orientador: Maria dos Remédios Fontes Dias.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direitos fundamentais – Dissertação. 2. Jurisdição– Dissertação. 3. Legitimidade governamental – Dissertação. I. Dias, Maria dos Remédios Fontes. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/BCZM

CDU 342.74(043.2)

**MÁDSON OTTONI DE ALMEIDA RODRIGUES**

**A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO DE PRIMEIRO GRAU NA  
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:  
PROPOSTA DE UM NOVO MODELO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO PARA O  
SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO**

Dissertação aprovada em 14/12/2010, pela banca examinadora formada por:

Presidente: \_\_\_\_\_

Profa. Doutora Maria dos Remédios Fontes Dias  
(Orientadora – UFRN)

Membro: \_\_\_\_\_

Prof. Doutor Raymundo Juliano Feitosa  
(examinador externo à UFRN)

Membro: \_\_\_\_\_

Prof. Doutor Artur Cortez Bonifácio  
(examinador da UFRN)

## DEDICATÓRIA

À Leila, Ana Luiza e Ana Paula, meus amores nesta vida, dedico este trabalho como prova de que é possível superar os limites pessoais e alcançar os objetivos desejados.

## **AGRADECIMENTOS**

À Deus pelo dom da vida.

Aos meus pais pela educação propiciada.

À Leila, Ana Luiza e Ana Paula, pela força e apoio diários.

À professora Maria dos Remédios, minha orientadora, pela disponibilidade constante, pelos livros emprestados e pela convivência fraterna.

Aos meus examinadores, professores do PPGD e colegas da turma 2007, pelos ensinamentos e contribuições enriquecedoras.

Ao povo brasileiro pelos estudos de graduação e mestrado na UFRN

## RESUMO

O presente estudo discorre sobre a legitimidade da jurisdição de primeiro grau na concretização dos direitos fundamentais, propondo, ainda, um novo modelo jurídico-administrativo para o segundo grau. Para isso, parte-se da demonstração do valor que possuem os direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira, a exigir uma interpretação aberta da Constituição Federal no sentido de concretizar referidos direitos, dentre os quais se incluem o acesso à justiça e a prestação da tutela jurisdicional adequada. Assim, a legitimidade da atuação judicial reside na Constituição Federal, onde o intérprete deve buscar os fundamentos que lhe permitam concretizar os direitos fundamentais. Constata-se que o descrédito às decisões de primeiro grau decorre do dogma da verdade como emanção do poder, daí advir o pensamento de que a verdade reside nas decisões dos tribunais e não nas emanadas dos juízes de primeiro grau. Acontece que o juiz de primeiro grau mantém uma condição privilegiada para fazer valer os direitos da cidadania, considerando a sua proximidade com as partes, os fatos e as provas do processo. A ação civil pública é apresentada como um importante instrumento capaz de conduzir o juiz de primeiro grau à concretização de direitos fundamentais. O sistema dos juizados especiais pode servir de paradigma à criação de turmas recursais formadas por juizes de primeiro grau da justiça comum, reservando-se aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais o julgamento dos feitos de competência originária e os atos de gestão e representação institucional do Poder Judiciário. A democratização interna do Judiciário é medida que igualmente se impõe, o que passa pela participação dos juizes de primeiro grau na eleição dos dirigentes dos tribunais, bem assim na fixação de mandato para a permanência do magistrado no segundo grau por tempo determinado.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Jurisdição de primeiro grau. Legitimidade.

## ABSTRACT

The current study is about the legitimacy of lower court jurisdiction as a way of exercising basic legal rights, proposing, therefore, a new legal-administrative model for appellate court. In order to achieve that, a demonstration of the importance of basic legal rights in the Brazilian legal system and an open interpretation in light of the Constitution, as a way to affirm said rights, among which are accessibility to the justice system and proper legal protection, is required. As a result, the legitimacy to access the legal system resides in the Constitution, where the interpreter should seek its basic principles to achieve basic legal rights. It is observed that the lack of credibility regarding lower court decisions comes from the dogmatic view of truth born from power, and therefore, that the truth resides in decisions from appellate court and not from lower court judges. A lower court judge holds a privileged position in providing basic legal rights for citizens, considering his close contact to the parties, the facts, and the evidences brought forth. Class action suit is presented as an important instrument able to lead the lower court judge to provide basic legal rights. Small Claims Courts may be used as paradigm to the creation of Appellate State Courts formed by lower court judges, reserving to higher jurisdiction courts and Federal Circuit Courts, the decisions of original competency and the management and institutional representation of the judiciary system. Instilling an internal democratization of the judiciary is also required, which means the participation of lower court judges in electing their peers to chief positions in the court system, as well as establishing a limited mandate to higher court judges.

Key words: Basic legal rights. Lower court jurisdiction. Legitimacy.



# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 CONTEÚDO VALORATIVO E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	15
2.1 O VALOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....	15
2.2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SENTIDO DA CONCRETIZAÇÃO.....	20
2.3 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	27
2.4 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA.....	33
<b>3 A LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO</b> .....	39
3.1 LEGITIMIDADE DO PODER DE DECISÃO JURÍDICA.....	39
3.2 A LEGITIMIDADE NOS MODELOS DE LUHMANN E HABERMAS.....	50
3.2.1 A teoria da legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann.....	50
3.2.2 A legitimidade na idéia da ação comunicativa de Jürgen Habermas.....	54
3.3 LEGITIMIDADE MAJORITÁRIA E LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL.....	57
3.4 O ATIVISMO JUDICIAL E SUA BASE TEÓRICA DE LEGITIMIDADE.....	62
<b>4 O JUIZ SINGULAR E A LEGITIMIDADE DE SUA ATUAÇÃO</b> .....	71
4.1 O DOGMA DA “VOZ DO HOMEM ARTIFICIAL”.....	71
4.2 A CRIAÇÃO DO DIREITO PELO JUIZ SINGULAR.....	77
4.3 A BASE DE LEGITIMIDADE DO JUIZ SINGULAR.....	85
4.3.1 O recrutamento para o cargo.....	85
4.3.2 O juiz e os fatos.....	94
4.3.3 O juiz e as partes.....	99

<b>5 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO.....</b>	<b>107</b>
5.1 GARANTIAS FUNDAMENTAIS E TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA.....	107
<b>5.1.1 Panorâmica das garantias fundamentais.....</b>	<b>107</b>
<b>5.1.2 A tutela jurisdicional coletiva no Brasil.....</b>	<b>115</b>
5.2 A IMPORTÂNCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA JURISDIÇÃO DE PRIMEIRO GRAU.....	124
5.3 DOIS CASOS RECENTES DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE TRAMITAM NA COMARCA DE NATAL/RN: DECISÕES E NÍVEL DE CONCRETIZAÇÃO.....	133
<b>6 O PARADIGMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS E UM NOVO MODELO CONSTITUCIONAL PARA O SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO.....</b>	<b>144</b>
6.1 OS JUIZADOS ESPECIAIS NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA.....	144
6.2 A TÉCNICA DOS JUIZADOS ESPECIAIS ADAPTADA À JUSTIÇA COMUM.....	151
6.3 AS TURMAS RECURSAIS COMO MODELO PARA A JURISDIÇÃO DE SEGUNDO GRAU.....	159
6.4 O SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO E A DEMOCRATIZAÇÃO INTERNA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL.....	168
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>179</b>
<b>8 REFERÊNCIAS.....</b>	<b>185</b>
<b>9 ANEXOS.....</b>	<b>199</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Qual é o tempo real do homem: o passado, o presente ou o futuro? Em geral, o tempo presente costuma ser apontado como resposta para esta indagação, pois é no presente que o viver do homem se torna realidade. Entretanto, parando para refletir, conclui-se que o único tempo real do homem é o futuro, porque o presente é por demais fugidio: cada instante que se vivencia já é passado, está definitivamente superado, e o instante seguinte ainda é futuro. Assim, é em função do futuro que o tempo presente se cumpre e o agir do homem se realiza.

Diante disso, a presente dissertação não se propõe a discorrer sobre o Judiciário do tempo presente, mas sobre o Judiciário do futuro, idealizado a partir da valorização do trabalho da magistratura de primeiro grau, detentora de maior legitimidade para a concretização dos direitos fundamentais.

A realidade brasileira aponta para a existência de uma crise no Poder Judiciário, diante da imposição da sociedade em termos de qualidade e rapidez na prestação dos seus serviços. A redemocratização do país na década de 80 despertou na sociedade brasileira a percepção de sua cidadania, aumentando, em conseqüência, a cobrança pela implementação da justiça social, cuja promessa se encontra estampada na Constituição Federal de 1988. Com a elevação do nível de exigência da sociedade, e diante da tibieza na atuação do Legislativo e do Executivo, o Judiciário passou a ser mais demandado pela população, porém sem apresentar uma resposta satisfatória, o que fomentou o seu desgaste e aumentou a crise que o atinge.

Como normalmente acontece nos momentos de crise, o Judiciário brasileiro está envolto em um clima de grandes transformações, cuja primeira fase das reformas foi

materializada através da Emenda Constitucional nº 45/2004. Esta emenda introduziu mudanças na Constituição Federal de 1998 que alteraram profundamente o Judiciário nos planos institucional, estrutural e processual, com destaque para as seguintes:

I) No plano institucional foi criado o Conselho Nacional de Justiça para o controle externo da magistratura, além das ouvidorias para o recebimento de reclamações (arts. 52, II; 92, I-A, e § 1.º; 102, I, "r"; 103-B); foram ampliadas as regras mínimas a serem observadas na elaboração do Estatuto da Magistratura (art. 93); aos juízes passou a ser vedado receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; foi instituída a denominada quarentena, proibindo membros da magistratura de exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastaram, por aposentadoria ou exoneração, pelo prazo de três anos (art. 95, parágrafo único, IV e V); foi instituído o funcionamento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, no Superior Tribunal de Justiça, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira, e o Conselho da Justiça Federal passou a ser órgão central do sistema com poderes correicionais e suas decisões passaram a ter caráter vinculante (art. 105, parágrafo único, I e II); foram fixadas novas regras para a Justiça Militar (art. 125, §§ 3.º, 4.º e 5.º);

II) No plano estrutural foi estabelecida a justiça itinerante e sua descentralização (arts. 107, §§ 2.º e 3.º; 115, §§ 1.º e 2.º; 125, §§ 6.º e 7.º) e foram criadas varas especializadas para questões agrárias (art. 126); as custas e emolumentos passaram a ser destinados exclusivamente ao custeio dos serviços específicos da Justiça, e foi regulamentado o procedimento de encaminhamento da proposta orçamentária do Poder Judiciário (art. 98, §§ 2.º, 3.º, 4.º e 5.º);

III) No plano processual a Carta Magna passou a contemplar o princípio da efetividade da jurisdição, assegurando a razoável duração do processo e os meios que

garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII); os crimes contra os direitos humanos poderão ser federalizados, mediante incidente suscitado pelo Procurador-Geral da República perante o Superior Tribunal de Justiça, deslocando-se a competência para a Justiça Federal (art. 109, V-A e § 5º); como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário foi criado o requisito da repercussão geral (art. 102, § 3.º) e da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A); foi expressamente reconhecido o efeito vinculante da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), ampliando-se a legitimação para agir nesta última modalidade de ação (arts. 102, § 2.º; 103, IV e V).

Contudo, as mudanças realizadas até o momento ainda não foram suficientes para operar uma verdadeira transformação no Judiciário brasileiro. O arcabouço da Justiça brasileira continua a ostentar um perfil centralizador e verticalizado, prestigiando as decisões dos tribunais em detrimento das decisões prolatadas pelos juízes de primeiro grau de jurisdição. Prova disso é o sistema recursal atualmente em vigor, que subtrai praticamente toda a efetividade das decisões dos juízes singulares, por melhor e mais abalizadas que sejam elas.

Urge descobrir caminhos para a democratização interna do Judiciário brasileiro. Os juízes de primeiro grau precisam ser chamados a participar do processo de escolha dos dirigentes dos tribunais, objetivando serem ouvidos e poderem opinar na administração do Poder Judiciário, uma vez que conhecedores da realidade das comarcas e varas onde atuam. Outra proposta interessante é instituição de mandato fixando um tempo para a permanência dos juízes no segundo grau de jurisdição, concretizando dessa forma o princípio republicano da alternância do poder.

Questões como essas são tratadas no presente trabalho, que direciona o olhar sobre os juízes de primeiro grau. São juízes que oficiam em todos os recantos do Brasil, nas

capitais e nas cidades mais remotas do interior. São juízes que dialogam com as partes do processo, que mantêm contato direto com as provas e que conhecem a realidade social de onde exercem a jurisdição. Mesmo assim suas decisões carecem de efetividade, são vistas com desconfiança e sequer formam jurisprudência. Apesar disso, a magistratura de primeiro grau possui legitimidade bastante para fazer valer sua atuação, tendo muito a contribuir com o aperfeiçoamento do Poder Judiciário, conforme poderá ser contatado nesta dissertação.

O trabalho se compõe de cinco capítulos, mais conclusão, referências bibliográficas e anexos. O capítulo dois, intitulado “Conteúdo valorativo e concretização dos direitos fundamentais”, se destina a servir como uma carta de apresentação desses direitos, destacando o valor que os mesmos possuem na ordem jurídica brasileira e a forma de sua concretização pelo Poder Judiciário. Neste particular, a concretização dos direitos fundamentais, dentre os quais se incluem o acesso à justiça e o direito à tutela jurisdicional adequada, fica a mercê de considerar a Constituição como um texto aberto à conexão de valores e princípios postos à disposição do intérprete.

“A legitimidade do exercício da jurisdição” é o título do terceiro capítulo do trabalho. Como justificar a legitimidade do poder da decisão jurídica? É esta indagação que move o desenvolvimento do capítulo. Na busca por uma resposta são revisitadas as teorias da legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann e a legitimação da ação comunicativa de Jürgen Habermas; além da polêmica envolvendo a legitimidade majoritária, advinda do voto popular, e a legitimidade constitucional, outorgada pelo ordenamento jurídico vigente. O terceiro capítulo se encerra analisando a base teórica de legitimidade do ativismo judicial, tão em voga nos dias de hoje.

Após a contextualização da legitimidade mais amplamente, o quarto capítulo cuida do “juiz singular e a legitimidade de sua atuação”. O capítulo tem início com “o dogma

da voz do homem artificial”, onde se busca compreender a causa do desprestígio das decisões da magistratura de primeiro grau. Também se expõe nesse capítulo a criação do direito pelo juiz singular – onde são apresentados três exemplos de sentenças proferidas por juízes com atuação no Rio Grande do Norte – e a base da legitimidade de sua atuação, fundada na forma de recrutamento para o cargo e na proximidade do juiz com os fatos e com as partes do processo.

A ação civil pública é destaque no capítulo cinco. Depois de uma panorâmica das garantias fundamentais e da tutela jurisdicional coletiva no Brasil, afirma-se a importância da ação civil pública como instrumento para a concretização dos direitos fundamentais no primeiro grau de jurisdição. Para ilustrar as conquistas que podem advir do manuseio da ação civil pública, o capítulo cinco apresenta dois casos recentes em tramitação na Comarca de Natal: um envolvendo o direito fundamental à saúde e o outro a proteção ao meio ambiente. A finalidade da apresentação desses casos é demonstrar, na prática, a utilização da ação civil pública em prol dos direitos da coletividade e o grau de concretização desses direitos por intermédio da via judicial.

O sexto e derradeiro capítulo tem um caráter propositivo. A partir do paradigma dos juizados especiais, apresenta-se um novo modelo constitucional para o segundo grau de jurisdição. A finalidade consiste em transferir a competência recursal dos tribunais para turmas de juízes de primeiro grau, como acontece no sistema dos juizados especiais. Propõe-se, ainda, a eleição para os cargos de direção dos tribunais, com a participação dos juízes de primeiro grau; bem assim a instituição de mandato para definir o tempo de permanência dos magistrados no segundo grau de jurisdição, ambos instrumentos imprescindíveis à democratização interna do Poder Judiciário.

## 2 CONTEÚDO VALORATIVO E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 O VALOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A tradição romano-germânica, fundada na doutrina positivista, legou a concepção segundo a qual o direito se constitui em um conjunto ordenado de comandos hipotéticos imperativos, definido pela expressão dever-ser, que observa em sua aplicação a seqüência de uma subsunção lógica, a exemplo do que se passa com a matemática: “se A é, B deve ser”.<sup>1</sup> Para Hannah Arendt, a origem remota da idéia de matematização do direito e das ciências sociais em geral pode ser encontrada em Platão, o qual se recusava a admitir um candidato ao estudo da filosofia se ele não tivesse previamente se exercitado na matemática.<sup>2</sup> Tal concepção, no dizer de Carlos Roberto Siqueira Castro, “não significou, no entanto, senão a opção histórica de, a pretexto de se promover o valor segurança nas relações intersubjetivas, conferir ênfase e primazia jurídica a apenas um tipo de norma, qual seja, a norma preceito ou a norma regra”.<sup>3</sup>

Ao lado do silogismo matemático do direito, herdado da filosofia iluminista, a formação do Estado moderno contribuiu decisivamente para o fortalecimento e prestígio da norma preceito ou norma regra, haja vista o processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado, que concentrou em si o poder de criação do direito, seja através da legislação, seja através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinárias.<sup>4</sup> Nesse sentido, o monopólio estatal da produção jurídica reforçou ainda

---

<sup>1</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 46.

<sup>2</sup> ARENDET, Hanna. **A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar**. Trad. César Augusto R. de Almeida, Antônio Abranches e Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 77.

<sup>3</sup> CASTRO, op. cit., mesma página.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto, **El positivismo jurídico**. Madri: Editora Debate, 1993, p. 45.



mais a separação que sempre existiu entre o mundo do direito e o mundo dos fatos, isto é, o direito ficou ainda mais puro, enxergada a norma como axioma e não como problema.<sup>5</sup>

Em objeção ao sistema juspositivista, uma nova compreensão do fenômeno jurídico passou a existir com a difusão da idéia do direito como um sistema jurídico axiológico aberto, consoante defendido por Claus-Wilhelm Canaris, que se ocupou em estudar o sistema de direito privado alemão. Para CANARIS, o sistema jurídico é composto de um conjunto normativo modificável, apto a incorporar as transformações históricas, seja no campo dos valores, seja no campo dos princípios. Além disso, em sendo o sistema jurídico tratado como móvel, sem desprezar, no entanto, em certa medida, sua rigidez na descrição normativa, acrescida do mecanismo das cláusulas gerais, é possível trabalhar com categorias jurídicas de igual dignidade e substituibilidade, resultando numa maior liberdade para o julgador na ponderação dos aspectos jurídicos, capaz de permitir uma solução mais equânime para o caso, afastando, assim, o mito da completude lógica e interna do ordenamento jurídico, ou seja, sai o monossistema jurídico, de matriz juspositivista ou hierárquico-axiomático, e entra o polissistema, de natureza plural, com vários pontos centrais e princípios fundamentais.<sup>6</sup> Nesses termos, sustenta CANARIS:

Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a idéia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização (...) assim, o pensamento sistemático radica, de facto, imediatamente, na idéia de Direito (como conjunto dos valores jurídicos mais elevados) (...) o papel do conceito de sistema é o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36.

<sup>6</sup> FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. **O princípio da função social do contrato e o seu controle jurisdicional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 31-32.

<sup>7</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 22-23.

Como se vê, a doutrina contemporânea do direito trabalha com a idéia da abertura material do sistema jurídico, formado pela integração de regras e princípios, sempre permeáveis a acolher novas configurações da vida, assim como a descobrir novos princípios, a partir de outras conexões de sentido. <sup>8</sup> É nisso que reside o aspecto dinâmico da Constituição: “um sistema normativo aberto, sensível às transformações sociais e à ingerência da realidade que lhe subjaz”. <sup>9</sup>

As transformações políticas e sociais que vem ocorrendo desde meados do século XIX, conduziram os juspublicistas contemporâneos a repensarem o constitucionalismo clássico, impregnado da ideologia liberal e individualista que marcou o século XVIII. Se na idade do Estado liberal a Constituição tinha importância enquanto norma de organização do poder e distribuição de competências, o constitucionalismo do século XX foi marcado pela posição estruturante que ocupam os direitos fundamentais, ou seja, se antes vigorava o primado do Estado, hoje vigora o primado do ser humano. <sup>10</sup>

No ideário humanista que compõe a atual ordem constitucional, especialmente depois da experiência traumática do holocausto, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ocupar a posição central no rol dos direitos civis, políticos, econômicos e culturais ofertados aos indivíduos e à coletividade, como leciona José Carlos de Andrade Vieira:

A consagração de um conjunto de direitos fundamentais tem hoje uma intenção específica: explicitar uma idéia de Homem, decantada pela consciência universal ao longo dos tempos, enraizada na cultura dos homens que formam cada sociedade e recebida, por essa via, na constituição de cada Estado concreto. Idéia de Homem que no âmbito de nossa cultura se manifesta juridicamente num princípio de valor, que é o primeiro da Constituição portuguesa: o princípio da dignidade da pessoa humana. <sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> CASTRO, op. cit., p. 50.

<sup>9</sup> BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição**: garantia constitucional. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 26.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007 p. 586-587.

<sup>11</sup> VIEIRA, José Carlos de Andrade. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 85.

É oportuno destacar nesta ocasião que os direitos fundamentais<sup>12</sup> e os princípios constitucionais<sup>13</sup> (explícitos ou implícitos) são normas<sup>14</sup> que possuem um conteúdo de valor intrínseco, valem por si sós, pois a quase totalidade dos valores predominantes na sociedade brasileira estão positivados e congregados numa ou noutra categoria normativa.<sup>15</sup>

Alumiados pelo farol do princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais passaram a exercer uma posição de vanguarda axiológica sobre toda a ordem jurídica, a exemplo das normas aplicáveis ao direito de propriedade, à proteção ao consumidor, à defesa da infância e da adolescência, à nova configuração da família calcada na igualdade entre os cônjuges e na proteção constitucional da união estável, à salvaguarda do meio ambiente e no resguardo à imagem e à intimidade individual.<sup>16</sup>

A Constituição Federal de 1988 inscreveu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III),

---

<sup>12</sup> Os direitos fundamentais que representam os direitos de liberdade e de igualdade se encontram identificados na Constituição Federal de 1988 nos seguintes dispositivos: art. 5º, *caput*; art. 6º, *caput*; art. 12 e art. 14. Já os chamados direitos de fraternidade, de natureza coletiva, encontram-se dispostos no texto da Constituição Federal brasileira de maneira mais espaçada, a saber, exemplificativamente: art. 4º, incisos I, III, IV, VI e VII; art. 5º, incisos XXXII e XXXIII, e art. 225. Cumpre ainda destacar a presença da cláusula de abertura contida no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que significa que na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que pode ser deduzido implicitamente.

<sup>13</sup> A partir do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal contempla os seguintes princípios fundamentais: princípio republicano (art. 1º, *caput*); princípio federativo (art. 1º, *caput*); princípio do Estado democrático de direito (art. 1º, *caput*); princípio da separação de Poderes (art. 2º); princípio presidencialista (art. 76); princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV). Também na esteira dos princípios fundamentais, o art. 3º da Constituição Federal relaciona como objetivos essenciais da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Já no âmbito das relações internacionais, o art. 4º da Carta Federal elenca os seguintes princípios fundamentais: independência nacional; prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político.

<sup>14</sup> Friedrich Müller cuidou de enfatizar que os direitos fundamentais são normas e não valores. Para o mestre de Heidelberg, através dos direitos humanos “estão representações de valores da dignidade, liberdade e igualdade de todos os seres dotados de semblante humano. Mas tão logo a constituição os positiviza, eles são direitos vigentes. A partir de então nós juristas temos o dever de interpretá-los como normas. Quem pretende estampar as normas dos direitos humanos em ‘valores’, procede justamente por essa razão à sua desvalorização” (MÜLLER, Friedrich. **Interpretações e concepções atuais dos direitos do homem**. Trad. P. Naumann. Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Foz do Iguaçu, 1994, p. 537).

<sup>15</sup> KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 82.

<sup>16</sup> CASTRO, op. cit., p. 16.

reforçando tal princípio em vários outros dispositivos da Carta Magna, a saber: o art. 170, que cuida dos princípios gerais da atividade econômica, reportando à finalidade de assegurar a todos uma existência digna; o art. 226, parágrafo 7º, que dispõe sobre o planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; o art. 227, impondo à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade; o art. 230, que prevê que o amparo às pessoas idosas deva assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida.<sup>17</sup>

Desse modo, resta demonstrado que os direitos fundamentais são normas dotadas de valores que se espraiam pela ordem jurídica como um todo, lançando luzes tanto sobre a conduta individual dos cidadãos (perspectiva subjetiva), quanto sobre a atuação da comunidade e dos órgãos do Estado, no desempenho das funções executiva, legislativa e judiciária (perspectiva objetiva). Ou seja, para além de uma mera faculdade ou poder individual, os direitos fundamentais figuram como axiomas de caráter geral, balizadores da conduta da sociedade e dos comandos políticos do Estado.

Os direitos fundamentais, como valores transcendentais ao indivíduo, podem ser compreendidos quando nos colocamos diante de pretensões egoístas ou caprichosas. Todas as vezes que apregoamos ter direito a algo, nossa pretensão somente se justifica quando coerente com o sistema de valores abstraído da Constituição. Por exemplo, o privilégio discriminatório que se confere a alguém é pernicioso na medida em que afronta o direito fundamental da igualdade de tratamento entre as pessoas, e assim por diante. Como adverte Gregório Robles: “toda sociedade precisa de um núcleo de valores sobre o qual assentar a

---

<sup>17</sup> CASTRO, op. cit., p. 19.

convivência. Se não existe a crença coletiva em um mínimo de valores constitutivos do grupo, este se desintegra. Os valores são a verdadeira seiva dos grupos sociais”.<sup>18</sup>

É justamente nos valores materiais que se assenta a unidade da Constituição, sejam esses valores expressos no texto ou implicitamente abstraídos dele pelo trabalho de interpretação. O certo é que nenhuma norma infraconstitucional pode ignorar o quadro de valores materiais que emana da Constituição, devendo todas elas serem interpretadas e aplicadas na conformidade de ditos valores.

Na vigência do atual Estado Constitucional de Direito é pertinente a indagação formulada por Gisele Cittadino, *verbis*:

Ou a Constituição é, na medida em que organiza a vida político estatal e regula a relação Estado-Cidadão, apenas um ordenamento marco e, portanto, o entendimento dos direitos fundamentais se resume a direitos subjetivos de liberdade voltados para a defesa contra a ingerência indevida do Estado, *ou a Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade em seu conjunto e a isso corresponde uma concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas de princípios que atuam em todos os âmbitos do Direito?*<sup>19</sup>

Nesse contexto, alçados os direitos fundamentais – ao lado dos princípios constitucionais – à categoria de valores supremos da ordem jurídica, portanto com eficácia vinculante, todos os atos normativos estatais somente passam a gozar de legitimidade quando praticados em conformidade com referidos valores.

---

<sup>18</sup> ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri/SP: Manole, 2005, p. 14.

<sup>19</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo – direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 32.

## 2.2 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SENTIDO DA CONCRETIZAÇÃO

De início convém destacar a falta de correspondência que existe entre a norma e o dispositivo. A norma é o produto ou o sentido que se abstrai do texto normativo aberto em toda sua amplitude, numa interpretação sistemática; o dispositivo corresponde ao texto normativo, limitado a sua literalidade.<sup>20</sup>

Estabelecer a diferença entre norma e dispositivo é importante sob dois aspectos: primeiro, como dispositivo e norma são coisas distintas, não é possível chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio<sup>21</sup>, sendo essa qualificação normativa dependente de conexões axiológicas externas, que não se prendem exclusivamente ao texto nem a ele pertencem, mas que são construídas pelo intérprete; em segundo lugar, é o intérprete, e não o texto da norma, que desempenha o papel de concretizar o ordenamento jurídico diante do caso em particular.<sup>22</sup>

Partindo dos pontos fixados até aqui, quais sejam: (a) de um texto normativo aberto em toda a sua amplitude, numa interpretação sistemática; (b) de que a qualificação de uma norma como regra ou princípio depende de conexões axiológicas construídas pelo intérprete e (c) de que não é o dispositivo da norma, mas o intérprete que concretiza o ordenamento jurídico diante do caso em particular; tem-se, doravante, condição de caminhar rumo a um método de interpretação da Constituição capaz de conduzir à concretização dos direitos fundamentais.

---

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30.

<sup>21</sup> A afirmação, com a qual concordamos, de não ser possível concluir, *prima facie*, se o dispositivo da norma expressa uma regra ou um princípio, advém das análises críticas feita por Humberto Ávila ao entendimento (de Dworkin e Alexy) no sentido de que as regras representam obrigações absolutas, não superáveis por normas divergentes; ao passo que os princípios são marcados pela relativização, ou seja, instituem obrigações que se configuram pela possibilidade de serem superadas por outras estabelecidas em princípios oponentes. Para Ávila, porém, em suma, não é possível dizer, *prima facie*, se um dispositivo é representativo de uma regra ou de um princípio, posto que os fins e valores a que servem de instrumento somente estarão concluídos depois da interpretação (ÁVILA, op. cit., p. 40-63).

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 34.

Ao deliberar pela iniciativa de compreender o texto constitucional, cabe ao intérprete levar em conta primeiramente o fenômeno da abertura constitucional. Para Pablo Lucas Verdu:

a abertura constitucional quer dizer que as Constituições dos Estados democráticos estão abertas a outros conteúdos, tanto normativos (direito canônico, direito comunitário), como extra-normativos (usos e convenções, normas de correção constitucional), como metanormativos (valores, postulados morais e de justiça material, magnitudes socioeconômicas) (...) Existe muito mais coisas dentro de um texto constitucional e fora dele, que lhe dão sentido pleno; mais aspectos e conteúdos que o imaginado e descrito pelo limitado positivismo.<sup>23</sup>

A abertura constitucional favorece o processo de constitucionalização do direito, “que envolve não somente a inclusão no texto constitucional de temas outrora ignorados, ou regulados em sede ordinária, como também a releitura de toda a ordem jurídica a partir de uma ótica pautada pelos valores constitucionais – a chamada filtragem constitucional”.<sup>24</sup>

CANOTILHO esclarece que existem dois níveis de abertura das normas constitucionais: uma abertura horizontal, “para significar a incompletude e o caráter ‘fragmentário’ e não ‘codificador’ de um texto constitucional”; e uma abertura vertical, “para significar o caráter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais que, por isso

---

<sup>23</sup> “La abertura constitucional quiere decir que las Constituciones de los Estados democráticos se abren a otros contenidos, tanto normativos (derecho canónico, derecho comunitario), como extra-normativos (usos y convenciones, normas de corrección constitucional), como metanormativos (valores, postulados morales y de justicia material, magnitudes socioeconómicas) (...) Hay muchas más cosas dentro de un texto constitucional y fuera de él, que le dan sentido pleno; más aspectos y contenidos que lo imaginado y descrito por un alicorto positivismo” (VERDU, Pablo Lucas. **La constitución abierta y sus enemigos**. Madrid: Ediciones Beramar S.a., 1990, pp. 26-27).

<sup>24</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 23-24.

mesmo, se ‘abrem’ à mediação legislativa concretizadora”<sup>25</sup>. CANOTILHO ainda registra a tendência de se conduzir a abertura das normas constitucionais para os seguintes assuntos: “(1) sobre os quais há um consenso geral; (2) em relação aos quais é necessário criar um espaço de conformação política; (3) em relação aos quais podem ser justificadas medidas correctivas ou adaptadoras”.<sup>26</sup>

A idéia da abertura das normas constitucionais a outros conteúdos se conecta intimamente com a teoria dos sistemas axiológicos abertos defendida por CANARIS, que alarga o espaço para a integração de resultados provenientes de outras ciências, em considerações sobre a realidade concreta que se pretende atingir a partir da normatividade abstrata. Essa abertura normativa sem dúvida possibilita uma evolução na compreensão do sentido do texto constitucional, acompanhando as mutações da realidade da vida, em superação à mentalidade que vigorou durante o tempo do positivismo formalista, que defendia um sistema cognitivo fechado.

Também na trilha da abertura da Constituição para as mutações da sociedade, Peter Häberle sustenta que os cidadãos e as instituições sociais são participantes ativos do processo hermenêutico aberto, e não exclusivamente os juristas. Para HÄBERLE, a interpretação constitucional é uma atividade que potencialmente interessa a todos, uma vez que a Constituição estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a organização da própria sociedade, dispondo diretamente sobre setores da vida privada, logo as

---

<sup>25</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1180-1181.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 1181.



forças sociais devem ser integradas ao processo de interpretação enquanto sujeitos ativos, a fim de emprestarem legitimidade aos comandos da Constituição.<sup>27</sup>

Outro viés importante da abertura da Constituição é encontrado na teoria da concretização, utilizada por diversos autores, especialmente na doutrina alemã, sendo Konrad Hesse seu precursor. Concretizar significa compreender a norma e efetivá-la em favor de alguém, posto que a interpretação somente se justifica diante da dúvida e só há dúvida se houver um problema. HESSE sustenta que “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade” Para ele, “A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm)”. Assim, “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.<sup>28</sup>

Friedrich Müller é outro autor alemão que questiona a divisão clássica entre o ser, composto pela realidade, e o dever-ser da norma. Para MÜLLER, a realidade influencia a norma no momento da criação desta, ao mesmo tempo em que a norma, após a sua vigência, também exerce influência sobre a realidade. Assim, “a normatividade não é nenhuma propriedade substancial dos textos no código legal, mas um processo efetivo, temporalmente estendido, cientificamente estruturável”. Concretizar, portanto, “significa: produzir, diante de provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma defensável

---

<sup>27</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 24, 30 e 33.

<sup>28</sup> HESS, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 14, 22-23.

para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito”, valendo-se, para tanto, de dados de entrada e meios de trabalho, a saber:

Como em outras áreas do direito, o jurista que precisa solucionar um caso de Direito Constitucional parte do conjunto de fatos que ele formula profissionalmente. Com esses traços distintivos ele constrói, a partir do conjunto de textos da constituição, hipóteses sobre o texto da norma que ele pode considerar ‘provavelmente pertinentes’ segundo o seu conhecimento especializado’. Dessas hipóteses ele procede aos fatos genéricos empiricamente vinculados a elas (ao lado dos fatos individuais do caso). Em regra ele reduz, por razões de economia de trabalho, o conjunto desses fatos genéricos, o âmbito material, ao âmbito do caso. Com ajuda de todos os elementos primacialmente lingüísticos, os dados de linguagem, ele elabora o programa da norma. À medida que os dados reais do âmbito material ou do âmbito do caso (ainda) são relevantes diante do programa da norma e compatíveis com ele, eles constituem o âmbito da norma. O jurista interliga então o programa da norma e o âmbito da norma na norma jurídica formulada genericamente (‘em um caso como este...’ – expressa normalmente em assim chamados sumários dos princípios diretivos da sentença nos considerandos da sentença). Num último passo, ele individualiza essa norma jurídica na direção da norma de decisão (a parte dispositiva da sentença: e.g. ‘A lei é inconstitucional’; ‘A medida não viola o direito fundamental x’; ‘O recurso é inadmissível’).<sup>29</sup>

Ao individualizar a norma jurídica – que é a interligação do programa da norma (dados lingüísticos) com o âmbito da norma (dados da realidade) – à norma de decisão, o que MÜLLER faz é recusar a compreensão do direito como um conjunto de soluções pré-existentes, se afastando da idéia tradicional de interpretação como descoberta do sentido do texto da norma. A concretização passa a incluir os fatos como elemento indissociável do processo de interpretação, e não apenas como objeto em relação ao qual a disposição normativa se reporta.

Tem-se, assim, a teoria da concretização (HESSE e MÜLLER) como um conceito moderno de interpretação bastante adequado à efetivação dos direitos fundamentais, dado que se assenta na abertura do texto normativo (VERDU) e na teoria dos sistemas

---

<sup>29</sup> Conferência proferida por Friedrich Müller em 22 de agosto de 1996, na abertura do "Congresso Internacional de Direito Constitucional, Tributário e Administrativo", no Centro de Convenções da UFPE, em Recife, e que foi publicada como anexo à tradução para o português da obra **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 130-133.

axiológicos abertos (CANARIS), tudo compatível com a idéia de que a normatividade advém do intérprete diante do caso particular, e não do dispositivo da norma.

O caráter principiológico dos direitos fundamentais é outro aspecto que se coaduna com o método concretizador de interpretação. Como os direitos fundamentais possuem um elevado conteúdo axiológico, sensíveis, portanto, às mudanças da sociedade e de cunho democrático, o viés principiológico somente se completa na medida em que afloram as valorações da comunidade, o que fica a mercê de um ir e vir dialético entre o sentido lingüístico e a realidade concreta, bem ao modo da hermenêutica concretizadora.<sup>30</sup>

A condição normativa-material que possuem os princípios, em especial os que envolvem direitos fundamentais, conduz o intérprete a uma leitura sensível e sistêmica da Constituição, reconhecendo o valor dos princípios e dos direitos fundamentais como pautas gerais do ordenamento jurídico. O importante para o intérprete é fazer uso racional dos princípios e dos direitos fundamentais, sempre atento à necessidade de uma fundamentação capaz de legitimar a escolha realizada.

Nesse ponto urge destacar a preocupação com o subjetivismo do intérprete diante da abertura das normas constitucionais. De fato, sendo a Constituição um sistema repleto de valores, sempre haverá espaço para um juízo subjetivo e ideológico no momento da interpretação da Carta. Tal possibilidade, a propósito, fez surgir na doutrina constitucional duas correntes de posições antagônicas: os procedimentalistas e os substancialistas. Para os procedimentalistas, identificados com o pensamento de autores como John Hart Ely e Jürgen Habermas, não é função da jurisdição constitucional tutelar valores substantivos, mas tão somente proteger os pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia; já na concepção dos substancialistas, representados em especial por Ronald Dworkin e Laurence

---

<sup>30</sup> MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 40.

Tribe, é imperioso reconhecer a legitimidade da jurisdição constitucional em favor da garantia e promoção dos valores fundamentais presentes na Constituição.<sup>31</sup>

A corrente doutrinária dos substancialistas é a que melhor representa o momento atual do constitucionalismo, onde avulta a legitimidade do Poder Judiciário em prol da efetividade dos valores constitucionais, em especial dos direitos fundamentais. É certo que existem normas constitucionais de diferentes matizes, umas cuja densidade confere um menor espaço de discricionariedade ou de liberdade de conformação que outras, como é o caso da norma que prevê a liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988), que é mais densa do que a norma que assegura a irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, inciso XL), porém é preciso que se tenha um Poder Judiciário capaz de fazer cumprir os compromissos assumidos pelo pacto constitucional com os direitos fundamentais, sem medo de gerar insegurança jurídica, o que é possível de ser alcançado com uma interpretação concretizadora, fruto de uma concepção identificada com a abertura constitucional, que tem o texto da Constituição como ponto de partida e a normatividade, oriunda das conexões axiológicas construídas pelo intérprete, como ponto de chegada.

### 2.3 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Falar do acesso à justiça não é o mesmo que falar do acesso à jurisdição. A expressão acesso à justiça reclama uma compreensão mais aprofundada do que a previsão da existência de instrumentos à disposição do cidadão para postular seus direitos perante o Poder Judiciário, como é o caso do acesso à jurisdição.

Em primeiro lugar, a distribuição da justiça não é atribuição específica do Poder Judiciário, posto que a justiça representa um dos valores supremos assegurados pelo

---

<sup>31</sup> SARMENTO, op. cit., p. 28.

Estado democrático, em uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”, como reza o preâmbulo da Constituição Federal de 1988.<sup>32</sup>

Também o art. 3º, inciso I, da Carta Magna, relativamente aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, menciona a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o que demonstra que se trata da relação lógica entre o Estado e seus fins sobranceiros, uma questão de dever-ser.<sup>33</sup> Desse modo, como valor supremo e um dos objetivos fundamentais perseguidos pelo Estado brasileiro, a consecução da justiça é atribuição dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A concretização da justiça como valor exige, portanto, numa primeira dimensão, o reconhecimento pelo Estado da posição jurídica do cidadão na condição de titular de direitos subjetivos que precisam ser declarados e efetivados. Numa segunda dimensão, violados ou ameaçados os direitos reconhecidos pela ordem constitucional, abre-se para o cidadão a via do Poder Judiciário, destinada a dar operosidade prática à defesa dos direitos em risco. Assim, na lição colhida de CANOTILHO, o princípio da proteção jurídica propicia um alargamento da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, tanto para incluir as situações juridicamente protegidas, quanto para alicerçar um verdadeiro direito ou pretensão de defesa das posições jurídicas ilegalmente lesadas.<sup>34</sup> No mesmo sentido, consoante Luigi Ferrajoli, para que as lesões aos direitos fundamentais sejam eliminadas é imprescindível a garantia de acesso ao Poder Judiciário, o que permitirá uma participação importante e generalizada dos cidadãos na tutela e satisfação de seus direitos, tanto como instrumento de autodefesa quanto de controle em relação aos poderes públicos.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Os demais valores supremos previstos no preâmbulo de nossa Constituição são: o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade.

<sup>33</sup> MARQUES, Franciane de Fátima. **A Justiça na Constituição**: conceito e sua concretização pela prática judicial. São Paulo: Método, 2009, p. 75.

<sup>34</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 277.

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 2. ed. Madrid: Editorial Trota, 1997, p. 918.

O Estado liberal, que emergiu das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, foi marcado pelo individualismo e pelo dogma da igualdade formal perante a lei, daí a preponderância do Poder Legislativo sobre o Executivo e o Judiciário. Naquela quadra da história, o direito posto pela classe dominante tinha seu foco central nos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão – direitos de liberdade e direitos políticos. A ação processual no Estado liberal nada mais era do que a derivação do direito de propriedade, com supremacia quase absoluta do princípio dispositivo, marcadamente individualista, inserido num processo judicial acrítico, tecnicista e formalista, presidido por um juiz neutro, que dispensava a igualdade de tratamento a todos os litigantes, independentemente de suas diferenças sociais, econômicas, políticas e morais.<sup>36</sup>

Com a ascensão do Estado social, compelido a adotar políticas públicas destinadas a melhorar a condição de vida da população, especialmente dos mais pobres e da classe trabalhadora, a supremacia estatal se transfere do Poder Legislativo para o Poder Executivo, este incumbido de editar políticas públicas de intervenção na economia visando a assegurar a igualdade substancial entre as pessoas. O processo judicial no Estado social passa então a ter seu foco direcionado à jurisdição, e não mais à ação, relativizando o princípio dispositivo, com vistas a permitir o acesso à justiça do economicamente mais fraco, a exemplo da criação da Justiça do Trabalho (1939) e da Assistência Judiciária aos necessitados (1950).<sup>37</sup>

Na contemporaneidade, o Estado Constitucional de Direito se assenta na justificação e concretização dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, sendo o constitucionalismo atual dotado das seguintes características:

---

<sup>36</sup>LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso à justiça na perspectiva dos direitos humanos. In: SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem; TEIXEIRA, Bruno Consta; MIGUEL, Paula Castello (coord.), **Uma homenagem aos 20 anos da Constituição brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 246.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 247-248.

valorização dos princípios; adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação; abertura da argumentação Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo; reconhecimento e defesa da constitucionalização do direito e papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição.<sup>38</sup>

Nesse contexto, a constitucionalização do Estado igualmente atingiu o processo judicial, passando a jurisdição à condição de gênese do sistema pós-moderno de acesso individual e coletivo à justiça,<sup>39</sup> inclusive no tocante à jurisdição preventiva, consoante dispõe o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, catalogado no rol dos direitos fundamentais. É justamente sobre a inclusão do acesso à justiça como direito fundamental que serão apresentadas as considerações seguintes.

Segundo doutrina Ana Paula Barcellos,<sup>40</sup> são dois os critérios que orientam a identificação da eficácia jurídica associada aos enunciados normativos: a fundamentalidade social e a fundamentalidade jurídica. A fundamentalidade social, que serve de parâmetro lógico para orientar a política legislativa em geral, corresponde ao grau de importância e relevância social que a norma representa, ou seja, quanto mais fundamental para a sociedade for a matéria disciplinada no dispositivo, mais consistente deverá ser a eficácia jurídica a ele associada; já fundamentalidade jurídica – que na verdade é reflexo da fundamentalidade social – representa o grau de importância que o ordenamento jurídico dispensa à determinada matéria, seja disciplinando-a no texto constitucional, o que indica superioridade em relação às matérias infraconstitucionais, seja distinguindo-a no seio do próprio texto da Constituição, como ocorre com as chamadas cláusulas pétreas, disciplinadas no art. 60, § 4º, da Carta Magna brasileira.

---

<sup>38</sup> SARMENTO, op. cit., p. 29.

<sup>39</sup> LEITE, op. cit, p. 251.

<sup>40</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 135-140.

Nesse contexto, focando o acesso à justiça sob o critério da fundamentalidade social, forçoso é reconhecer que de nada adiantaria proclamar a existência de direitos de liberdade, políticos e sociais, sem disponibilizar a correspondente via e os instrumentos adequados à defesa e concretização desses direitos.

A Constituição brasileira de 1988, marcadamente democrática e rica em direitos e garantias, propiciou uma expressiva valorização do princípio do acesso à justiça, como comprova o aumento exponencial do número de demandas por parte da sociedade brasileira. Tal fenômeno se deve especialmente à positivação na Carta dos direitos individuais, das liberdades públicas, como as de expressão, de reunião, de associação, e dos direitos como o devido processo legal e a presunção de inocência.<sup>41</sup> Os direitos sociais, apesar de enfrentarem uma trajetória mais difícil, também encontraram espaço na doutrina e na jurisprudência, além dos direitos coletivos e difusos, como a proteção do consumidor e do meio ambiente<sup>42</sup>, tudo a estimular a procura pelo Poder Judiciário.

Diante desse cenário, o acesso à justiça encontra inegável fundamentalidade social, haja vista que é imprescindível ao pleno exercício da cidadania e ao equilíbrio institucional do país. Caso fosse obstado ou dificultado o acesso à justiça, o Estado Constitucional de Direito sucumbiria ao arbítrio, somente restando à sociedade o caminho da reação armada, com a quebra da ordem constitucional.

Como consequência da fundamentalidade social, o acesso à justiça possui igualmente fundamentalidade jurídica, contemplado internacionalmente no art. 8º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, *verbis*: “Toda pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

---

<sup>41</sup> BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem; TEIXEIRA, Bruno Consta; MIGUEL, Paula Castello (coord.). **Uma Homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 39.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 40.



A Constituição Federal de 1988, por seu turno, atribui fundamentalidade jurídica ao acesso à justiça no Título II, reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais, precisamente no Capítulo I, dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Não há dúvida, pois, que o acesso à justiça é dotado de ascendência axiológica e funcional sobre outras matérias previstas na Constituição,<sup>43</sup> porquanto se apresenta como um dos pilares de sustentação do regime democrático de direito, possuindo imbricação com outros princípios fundamentais, a saber: o da indeclinabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição (idem, incisos LIV e LV) e o da duração razoável do processo (idem, inciso LXXVIII).<sup>44</sup>

Desse modo, o acesso à justiça é um direito fundamental por ser imprescindível ao exercício da cidadania e à garantia da própria dignidade da pessoa humana, uma vez que dele depende a assecuração e satisfatividade dos demais direitos. Mauro Cappelletti e Bryant Garth reforçam este argumento:

(...) De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direito é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.<sup>45</sup>

Por fim, a concretização do acesso à justiça como direito fundamental passa pelo avanço da chamada constitucionalização do processo, tanto no plano individual quanto no coletivo, cujas premissas principais desse movimento são apontadas por Carlos Henrique

---

<sup>43</sup> BARCELLOS, op. cit., p. 139.

<sup>44</sup> LEITE, op. cit., p. 252.

<sup>45</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 12-13.

Bezerra Leite<sup>46</sup>, assim resumidas: (1) compreensão da legislação infraconstitucional a partir dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, que passam à condição de normas de introdução do ordenamento jurídico e não mais fonte subsidiária do direito; (2) dever do juiz de interpretar a lei conforme a Constituição e de controlar sua constitucionalidade, além de suprir as omissões que impedem a concretização dos direitos fundamentais; (3) coletivização do processo por meio de instrumentos judiciais para a proteção do meio ambiente, do patrimônio público e social e de outros interesses metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos dos trabalhadores, aposentados, mulheres, negros, pobres, crianças, adolescentes, consumidores etc.), como a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, a ação popular, o mandado de injunção coletivo; (4) ampliação da legitimidade hoje conferida ao Ministério Público para promoção das ações coletivas aos corpos intermediários (associações civis, sindicais etc.) e ao próprio Estado (e suas descentralizações administrativas); (5) ampliação dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra pars* e sua relativização *secundum eventum litis* para não prejudicar os direitos individuais; (6) ativismo judicial (CF, art. 5º, XXXV; CDC, art. 84; LACP, art. 12; CPC, art. 273 e 461) com possibilidade de controle judicial de políticas públicas, conforme previsto no art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, ratificado pelo Brasil em 1999 etc.; (7) supremacia das tutelas alusivas à dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade sobre os direitos de propriedade, inclusive com o manuseio de tutelas inibitórias e específicas, além de tutelas ressarcitórias nos casos de danos morais individuais e coletivos.

#### 2.4 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA

---

<sup>46</sup> LEITE, op. cit., p. 252-253.

A compreensão acerca da tutela jurisdicional adequada extrapola os limites do direito fundamental do acesso à justiça, consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. A previsão da Lei Maior quanto ao acesso à justiça representa a expressão do monopólio da jurisdição que, em contrapartida, confere ao cidadão o direito de ação. A tutela jurisdicional adequada, entretanto, vai muito além do direito de ação, se referindo ao direito fundamental do cidadão à obtenção do provimento judicial capaz de concretizar seu direito material.

De fato, o ordenamento jurídico deixaria de cumprir sua missão se ficasse limitado a reconhecer a abstrata titularidade dos direitos e a relevância de determinadas classes de interesses, porém sem a preocupação de garantir a concretização da tutela desses mesmos direitos e interesses.<sup>47</sup> Ao cidadão não basta que lhe seja franqueado o manuseio da ação, sendo imprescindível assegura-lhe também uma prestação jurisdicional adequada, capaz de satisfazer concretamente a pretensão deduzida em juízo. É neste sentido que a tutela jurisdicional adequada se perfaz como direito fundamental.

A propósito, como já foi dito em linhas anteriores deste trabalho, o acesso à justiça não pode ser confundido com o acesso à jurisdição, logo a acepção do termo acesso à justiça possui uma significação mais ampla, abrangendo tanto o direito de ação quanto o direito à tutela jurisdicional adequada.

O problema para se alcançar a tutela jurisdicional adequada reside na concepção de jurisdição como sinônimo de processo plenário, fundado na técnica da cognição exauriente e na busca incessante pela segurança jurídica. A idéia do processo plenário se relaciona com o direito constitucional da igualdade de tratamento (art. 5º, caput) e com as garantias do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, respectivamente). Foi a partir da interação da igualdade de tratamento, da plenitude de defesa e do devido processo legal que se

---

<sup>47</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 358.

formou a chamada rede da tutela jurisdicional plenária, representada pela técnica da ordinariedade do processo.<sup>48</sup>

A tutela jurisdicional plenária surgiu comprometida com os ideais do liberalismo político do século XIX, cujo propósito maior era oferecer às partes um procedimento suficientemente amplo, capaz de assegurar ao cidadão a plenitude de defesa em juízo, com a máxima segurança da decisão a ser proferida pelo Estado, ou seja, o procedimento haveria de esgotar em sua plenitude todos os meandros da controvérsia, buscando incessantemente descobrir e declarar a verdade por meio de uma decisão que fosse capaz de assegurar, para sempre, a amplitude da coisa julgada.<sup>49</sup>

A ordinariedade sempre teve como característica a inércia do juiz na condução do processo, o que era preconizado como forma de garantir uma atuação minimalista e isenta do Estado. Quanto menos o juiz interviesse na atuação das partes e na produção das provas, resguardando sua manifestação para o final da lide, mais adequada e elogiada seria a prestação jurisdicional.

Esse estado de coisas sem dúvida contribuiu para um distanciamento cada vez maior entre o processo e o direito material. O processo deveria se manter purificado e não haveria de permitir um contato do juiz com o direito material antes da sentença. Se o juiz ousasse emitir um pronunciamento prévio acerca do direito material de qualquer das partes, antecipando-se ao momento próprio da prolação da sentença, a prestação jurisdicional restaria irremediavelmente comprometida, uma vez que o juiz teria saído de sua imparcialidade e ofendido o princípio da isonomia de tratamento entre as partes.

Todavia, é preciso compreender que os direitos e garantias constitucionais não devem obstaculizar o reconhecimento e a concretização do direito verossímil demonstrado

---

<sup>48</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 109.

<sup>49</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.164.

pela parte nos autos do processo. Essa compreensão prévia, que encontra sintonia com a idéia da constitucionalização do processo, cria as condições para o chamado julgamento liminar de mérito, na expressão cunhada por Ovídio Baptista, que se traduz na técnica da sumarização da demanda, com a inversão das fases procedimentais, de modo a permitir a antecipação da fase executória como objeto de um provimento jurisdicional com efeito provisório.<sup>50</sup>

Não se pretende, por óbvio, suprimir as fase do processo nem cercear o direito de defesa das partes, entretanto também não se deseja protelar injustificadamente a concretização do direito verossímil, frustrando a promessa constitucional do Estado de franquear o acesso à justiça.

A cognição exauriente é outro obstáculo ao alcance da tutela jurisdicional adequada, na medida em que simboliza um modelo de jurisdição onde a produção da prova necessita conduzir à verdade irrefutável – como isso fosse possível num processo judicial –, visando a evitar um prejuízo ao direito da parte. Ocorre que o prolongamento do processo desnecessariamente, mesmo diante de um direito material verossímil, previamente identificado pelo juiz, atenta contra o direito fundamental à prestação jurisdicional adequada.

O desiderato de evitar o prejuízo advindo de uma decisão provisória oculta, na verdade, o propósito de desencorajar um juízo prévio ou comprometimento antecipado do juiz com qualquer das teses que lhe sejam apresentadas. De acordo com a ideologia da cognição exauriente, o juiz somente deveria decidir depois de exaustiva investigação probatória, tal qual “o cientista que tivesse a operar no domínio das ciências experimentais”, como assevera Ovídio Baptista da Silva, antes de arrematar: “Até lá, não importa por quanto tempo, conserva-se (conservadoramente!) o *status quo ante*. Não pode haver ‘pronúncia’ liminar sobre o direito litigioso”.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**, p. 11.

<sup>51</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**, p. 10.

A segurança jurídica é outro aspecto do procedimento ordinário que precisa ser repensado em prol de uma prestação jurisdicional adequada. Registre-se, de logo, que a segurança jurídica em matéria processual se identifica com o instituto da coisa julgada, nos termos da previsão contida no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Da leitura do dispositivo constitucional infere-se a coisa julgada como a melhor expressão da certeza jurídica, tanto que resta prejudicada qualquer iniciativa no sentido de contradizê-la.<sup>52</sup> Assim, sob os auspícios da tutela padrão do procedimento ordinário, o ideal de jurisdição haverá sempre de ser representado pela sentença com trânsito em julgado, garantia maior da certeza jurídica.

Ocorre que a prestação jurisdicional adequada não pode ficar a mercê do trânsito em julgado da sentença de mérito. Ou o processo penaliza o autor, onerando-o com todo o custo derivado do tempo a ser percorrido até a solução final da lide, de modo a assegurar um juízo de justiça e certeza,<sup>53</sup> ou, ao contrário, se aceita que o tempo de duração do processo precisa ser equacionado entre as partes, onerando o réu com a satisfação antecipada do direito do autor, ainda que provisoriamente, enquanto se aguarda o momento da prolação da sentença final. Esta derradeira opção se mostra mais consentânea com o sentido da prestação jurisdicional adequada.

Não é sem razão que as reformas do Código de Processo Civil a partir de 1994, apontam na direção da fusão dos procedimentos de cognição e de execução, evitando que se tenha que aguardar a sentença definitiva para somente então ter início a fase de cumprimento da decisão. As reformas processuais indicam o firme propósito do legislador de atenuar as

---

<sup>52</sup> Aqui não se ignora a discussão atual no tocante à relativização da coisa julgada por eiva de inconstitucionalidade.

<sup>53</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**, p. 114.

agruras advindas do procedimento ordinário, refratário à concepção da tutela jurisdicional adequada.

O modelo de jurisdição que se constrói na atualidade rompe de vez com a idéia de processo como simples declaração/certificação do direito, erigindo-se como regra o paradigma do processo de resultados, que conta com instrumentos que conferem adequação entre a tutela processual invocada e o direito material em disputa.<sup>54</sup>

Tenha-se claro, portanto, que o direito à tutela jurisdicional adequada é fundamental em razão da própria existência dos direitos materiais assegurados pela ordem jurídica, que proíbe a autotutela. Assim, com a satisfatividade dos direitos materiais a depender de uma prestação jurisdicional tempestiva e, quando necessário, provisória, a tutela jurisdicional adequada é fundamental à concretização dos direitos materiais, sob pena de um completo esvaziamento do conteúdo valorativo do direito de acesso à justiça. Nesse sentido, a Corte Constitucional italiana já afirmou que: “o direito à tutela jurisdicional está entre os princípios supremos do ordenamento constitucional, no qual é intimamente conexo com o próprio princípio democrático de assegurar a todos e sempre, para qualquer controvérsia, um juiz e um juízo em sentido verdadeiro”.<sup>55</sup>

### 3 A LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

---

<sup>54</sup> GÓES, Ricardo Tinoco de. **Efetividade do processo e cognição adequada**. São Paulo: MP Ed., 2008, p. 144.

<sup>55</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**, 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 32-33.

### 3.1 LEGITIMIDADE DO PODER DE DECISÃO JURÍDICA

No Capítulo III do seu “O Contrato Social” Jean-Jacques Rousseau sustenta que “o mais forte nunca é forte o bastante para ser sempre o senhor, a menos que transforme força em direito e obediência em dever...”.<sup>56</sup>

A afirmação de ROUSSEAU ilustra bem a relação de conflito permanente que existe entre poder e legitimidade. É que a manutenção do poder depende de sua aceitação pelos destinatários, sendo nesse quadro que se instala o problema de sua legitimidade. De onde se origina o poder exercido sobre os destinatários e o que os faz aceitar os comandos que advém desse poder? É essa indagação que servirá de ponto de partida para o estudo sobre a legitimidade do poder da decisão jurídica.

Os romanos atribuíam à autoridade a instância de legitimação do poder, porque autoridade (*auctoritas*) era a força da tradição dos princípios e glórias dos antepassados.<sup>57</sup> A autoridade para os romanos tinha origem na tradição, daí ter autoridade significava estar mais perto dos antepassados, como ocorria com os anciãos e Senadores romanos, cuja autoridade advinha da aproximação, por descendência, dos fundadores de Roma. Os anciãos e Senadores romanos davam conselhos, eram ouvidos e obedecidos porque detentores de autoridade, muito embora não possuíssem poder (*potestas*), que deriva do latim *potentia*, significando potência, força.

A autoridade e o poder freqüentemente são confundidos pelo fato de ambos terem a obediência e a hierarquia como elementos comuns, porém a autoridade exclui a utilização de meios coercitivos externos; onde a força é utilizada a autoridade em si mesmo

---

<sup>56</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. In: MORRIS, Clarence (org.), **Os grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 214.

<sup>57</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 89.



fracassou.<sup>58</sup> A autoridade somente se exerce onde existe hierarquia, uma vez que a autoridade é incompatível com a persuasão ou argumento, sendo esta uma marca que caracteriza as relações igualitárias, que se operam mediante um processo de argumentação, o que não ocorre com a autoridade: “onde se utilizam argumentos, a autoridade é colocada em suspenso. Contra a ordem igualitária da persuasão ergue-se a ordem autoritária, que é sempre hierarquia”.<sup>59</sup>

Consoante ensina ARENDT, a autoridade se coloca entre a persuasão e o poder. Não é persuasão, pois pressupõe hierarquia e é incompatível com a argumentação; também não é poder, uma vez que se contrapõe ao uso da força ou coerção: “A relação autoritária entre o que manda e o que obedece não se assenta nem na razão comum nem no poder do que manda; o que eles possuem em comum é a própria hierarquia, cujo direito e legitimidade ambos reconhecem e na qual ambos têm seu lugar estável predeterminado”.<sup>60</sup>

Como foi destacado anteriormente, o que diferencia a autoridade do poder é o uso da força ou coerção contida neste último.<sup>61</sup> Segundo WEBER, “o poder é toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências”,<sup>62</sup> ou seja, todo poder pressupõe a capacidade de imposição da vontade própria sobre a de outrem. No mesmo sentido, para José Afonso da Silva, o poder “é uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> ARENDT, Hanna. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 129.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>60</sup> *Ibidem*, mesma página.

<sup>61</sup> Michel Foucault, em sua *Microfísica do Poder*, é contrário à idéia de definir os efeitos do poder pela repressão. Para ele, quando isso acontece, “tem-se uma concepção puramente jurídica deste mesmo poder; identifica-se o poder a uma lei que diz não. O fundamental seria a força da proibição. Ora, creio ser esta uma noção negativa, estreita e esquelética do poder que curiosamente todo mundo aceitou. Se o poder fosse somente repressivo, se não fizesse outra coisa senão dizer não você acredita que seria obedecido? O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisa, induz ao prazer, forma saber, produz discurso. Deve-se considerá-lo como uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social muito mais do que uma instância negativa que tem por função reprimir” (FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado, 25. ed. São Paulo: Graal, 1979, pp. 7-8).

<sup>62</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 139.

<sup>63</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 111.

Num primeiro estágio da formação do Estado moderno, a história aponta para uma concepção divina da origem do poder. As monarquias absolutistas da antiguidade e da idade média tinham sua legitimidade fundada nas doutrinas teológicas, que reconheciam o poder atribuído ao rei como um reflexo do poder divino, portanto perpétuo e ilimitado. “O paço e o templo, a Monarquia e o Sacerdócio, o temporal e o espiritual, traduziam a fusão completa do governo dos homens com o poder sobrenatural das divindades, os numes do Paganismo”.<sup>64</sup>

Ainda sobre os auspícios do Estado absolutista teocrático, o primeiro pensador a contribuir para a mudança de justificação da legitimidade do poder foi Jean Bodin (1529-1596), autor dos “Seis Livros da República”, publicado em 1576. Para BODIN, o poder soberano somente existia quando o povo o transferia inteiramente ao governante, o qual, além de obedecer às leis natural e divina, fonte de origem do seu poder, também deveria respeitar os contratos celebrados, fosse com os súditos, fosse com os estrangeiros.<sup>65</sup>

Thomas Hobbes (1588-1679) foi outro teórico do absolutismo que exerceu importante influência na mudança de perspectiva da legitimação do poder. Em sua obra “Leviatã”, de 1651, HOBBS defende a tese da existência de um pacto celebrado entre os membros da sociedade: estes renunciariam o suficiente de sua liberdade, transferindo-a para um soberano, em troca da garantia da paz e da segurança comum. A partir de então o soberano passaria a ser o Leviatã, uma autoridade inquestionável, de poder ilimitado e irrevogável.<sup>66</sup>

John Locke (1632-1704) também ofereceu uma importante contribuição ao pensamento político contrário ao absolutismo, tanto que suas idéias serviram de inspiração às

---

<sup>64</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32.

<sup>65</sup> Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Jean\\_Bodin](http://pt.wikipedia.org/wiki/Jean_Bodin)>. Acesso em: 03 de junho de 2009.

<sup>66</sup> HOBBS, Thomas. Leviatã. In: MORRIS, Clarence (org.), **Os grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 104-108.

revoluções liberais da Inglaterra, dos Estados Unidos da América e da França, além de alicerçarem a teoria dos direitos fundamentais. LOCKE embasou sua filosofia política na idéia de que todos os homens se encontram num estado de perfeita liberdade, capazes de regular suas ações e de disporem sobre suas posses, sem pedir permissão nem depender da vontade de nenhum outro homem. Para LOCKE, porém, a liberdade individual deve conservar-se dentro dos limites da lei da natureza, segundo a qual cada um tem o direito de punir os transgressores dessa lei, em grau tal que impeça a sua violação.<sup>67</sup>

No “O Espírito das Leis”, de 1748, MONTESQUIEU (1689-1755) se imortalizou ao defender a idéia da divisão tripartite do poder, uma vez que “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo, seja de nobres ou do povo, exercesse esses três poderes, o de promulgar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar as querelas individuais”.<sup>68</sup> Segundo MONTESQUIEU essa separação do poder é indispensável para que o cidadão tenha liberdade e se sinta seguro perante o Estado e nas suas relações interpessoais.

Com ROUSSEAU (1712-1778) o regime absolutista sofreu um grande golpe. Na sua obra “O Contrato Social”,<sup>69</sup> publicada em 1762, ROUSSEAU idealiza um pacto social “que defenda e proteja com toda força comum à pessoa e os bens de cada associado e em que cada qual, embora se una ao todo, possa obedecer apenas a si mesmo e continuar tão livre quanto antes”. A fórmula idealizada por ROUSSEAU pode ser sintetizada nos seguintes termos: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo seu poder sob a direção suprema da vontade geral e, em nossa capacidade de associado, recebemos cada membro como uma parte indivisível do todo”. Na concepção de ROUSSEAU o rei é considerado um ser humano comum, e deveria reconhecer na sociedade, e não na divindade, a origem do seu poder.

<sup>67</sup> LOCKE, John. Dois Tratados sobre o Governo, livro II, cap. II. In: MORRIS, Clarence (org.), **Os grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 133-134.

<sup>68</sup> MONTESQUIEU. Dois O Espírito das Leis, livro XI, cap. VI. In: MORRIS, Clarence (org.), **Os grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 166-167.

<sup>69</sup> ROUSSEAU, op. cit., p. 216.

Assim, todo monarca deveria assumir um compromisso com a sociedade, respeitando seus membros como cidadãos e não como súditos. A contribuição de ROUSSEAU foi decisiva na medida em que deslocou as bases de legitimidade do poder monárquico, despindo-a do caráter divino para concentrá-la na sociedade.

Outra importante contribuição contrária ao absolutismo adveio da publicação na França, em 1772, da “*Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par uma sociedade de gens de lettres*”.<sup>70</sup> A obra, composta de 28 volumes, 71 818 artigos e 2 885 ilustrações, foi coordenada por DIDEROT e D’ALEMBERT e teve o mérito de difundir e popularizar as idéias centrais do iluminismo, contando com escritos assinados por VOLTAIRE, ROUSSEAU, MONTESQUIEU e outros.<sup>71</sup> A importância da enciclopédia se deve ao fato de colocar a ciência do tempo ao alcance da população, assinalando as imperfeições do regime absolutista, denunciando a intolerância religiosa e preparando as pessoas para o conhecimento racional e a crença no progresso.

A partir de então, a queda da Bastilha em 1789 representou o fim do absolutismo. Foi naquele momento que a burguesia desatou o nó da submissão à monarquia absolutista e transferiu a legitimidade do poder político para o povo ou nação. Com o fim do *ancien regime* o poder deixa de ser de pessoas e passa a ser das leis, que doravante governam o ordenamento social e político.<sup>72</sup>

Como legado da Revolução Francesa e sob a inspiração da filosofia kantiana, a individualidade e a crença na razão passaram a ser as marcas essenciais da modernidade. Para Eduardo Bittar, o espírito da modernidade se assenta na construção do imperativo categórico de KANT – “age só, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se

---

<sup>70</sup> “Enciclopédia ou dicionário raciocinado de ciências, de artes e de artes mecânicas, por uma sociedade de gente de letras”.

<sup>71</sup> Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Encyclop%C3%A9die>> Acesso: em 03 junho de 2009.

<sup>72</sup> BONAVIDES, **Teoria do estado**, p. 40-41.

torne lei universal” – e nas regras do idealismo filosófico, que colocam o sujeito na condição de gerenciador dos universos do dever ético, social e jurídico. Ainda segundo BITTAR, a modernidade apresenta as seguintes características marcantes: o aparecimento do Estado; a configuração do direito; a criação das leis de mercado; a ideologização da ordem liberal; a afirmação do modelo capitalista; a nação como fonte de segurança e estabilidade territoriais e a crença na idéia de progresso.<sup>73</sup>

Na atual quadra da história testemunha-se a transição da modernidade para a pós-modernidade. A mudança paradigmática que está em curso é sentida principalmente a partir de meados do século XX, e se apresenta através da alteração dos valores sociais, culturais e econômicos da humanidade. No plano social, o impacto provocado pelo desenvolvimento dos meios de transporte e de comunicação, notadamente a internet, resultou na mudança do padrão de comportamento da sociedade, introduzindo novas formas de integração entre os indivíduos, inclusive em ambientes de relacionamento virtual. Culturalmente as mudanças são sentidas com a desestabilização de valores majoritários e até então consensuais, como é o caso do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo e a realização de experiências genéticas com seres humanos. Na economia, a pós-modernidade se manifesta principalmente através da massificação do consumo, em face do recrudescimento do capitalismo, agora transnacional, e da formação de blocos econômicos regionais entre os países. Assim, nesse processo de quebra de paradigmas e redescoberta do modelo de organização da vida e da sociedade, onde sobram dúvidas e incertezas, GUARDINI tem razão ao assentar que: “não se trata aqui de reprovar ou de exaltar, mas de reconhecer o fim da idade Moderna, e a nova época que se aproxima e que ainda não foi designada pela história”.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 56-57.

<sup>74</sup> GUARDINI, Romano, 2000, p. 50 apud BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 107.

O reflexo desses novos tempos incide decisivamente sobre o direito. Diante de uma sociedade multifacetada e plural, o direito da pós-modernidade é relativo e não nutre mais apego às verdades absolutas. A compreensão atual é de que o direito deve ser entendido como um sistema aberto, suscetível a influências fáticas e axiológicas. A valorização do abstrato e do transitório na ordem pós-moderna exige uma nova jurisprudência dos valores, uma nova compreensão dos princípios constitucionais, influenciada pela necessidade de concretização dos direitos fundamentais.

Pois bem, nesse revolver de mudanças, como justificar a legitimidade do poder da decisão jurídica?

Discorrendo a respeito da teoria processual da decisão jurídica, Rosemiro Pereira Leal defende a destruição “do fetiche do Estado de Justiça”, o qual, segundo sustenta, é responsável pelo emperramento da transição para a pós-modernidade. Para LEAL, a relação entre poder e saber sempre foi utilizada como instrumento de dominação, valendo-se o Estado de decididores arcaicos – aprovados com louvor em concursos públicos, ou escolhidos por autoridades governamentais – que, na qualidade de cultores comprometidos com um cientificismo reificante, rigorosos na casuística de sua própria cultura e saber, nutrem uma crença inabalável que o processo ou procedimento é meio de realização do direito, pouco importando se foram ou não atendidos os princípios do devido processo constitucional ou do devido processo legal em paradigma de direito democrático. O autor resume a proposição da teoria do discurso democrático nos termos seguintes:

Nessa conjectura, decisão justa só seria aquela decisão que se adequasse às características e objetivos da teoria democrática processualmente fundacional da normatividade. As decisões, nesta acepção, só se legitimariam pela pré-compreensão teórica do discurso democrático como base de fundamentação da decidibilidade. Uma teoria da pré-compreensão, no âmbito instituinte originário e derivado do direito, antes, portanto, de a vontade legal se formar, estabelecerá, para todos, os critérios de formação dessa vontade, tornando possível

distinguir o discurso jurídico do proceder, para produzir, aplicar ou extinguir normas e o direito posto segundo esse proceder.<sup>75</sup>

Se bem compreendida a proposta contida na teoria do discurso democrático, no momento de criação da norma jurídica deveria haver oportunidade para uma pré-compreensão – ou consenso democrático – que permitisse formar a base de fundamentação da decidibilidade da norma. Depois dessa pré-compreensão, tornando possível distinguir o discurso jurídico do proceder, a norma poderia vir a ser produzida, aplicada ou extinta, conforme o direito posto segundo esse proceder.

Como ROUSSEAU já havia observado em seu “O Contrato Social”, referido por BOBBIO, “uma verdadeira democracia jamais existiu nem existirá”, pois exige, acima de tudo, um Estado muito pequeno, “no qual seja fácil ao povo se reunir”; além de “uma grande igualdade de condições e fortunas; pouco ou nada de luxo”, donde ROUSSEAU foi levado a concluir: “Se existisse um povo de deuses, seria governado democraticamente. Mas um governo assim perfeito não é feito para os homens”.<sup>76</sup>

De fato, se mostra impraticável a construção da norma derivando sempre de uma pré-compreensão do discurso democrático, onde a norma pudesse reproduzir fielmente os critérios que inspiraram a vontade que resultou na sua formação. Tal idéia parece conduzir à busca da perfeição normativa, à verdade absoluta ou à confiança inabalável no acerto da decisão, na medida em que visa a obter uma aceitação generalizada e prévia da vontade da norma. Ocorre que a perfeição normativa, a verdade absoluta ou a confiança no acerto da decisão jurídica não passam de quimera, haja vista que quando o direito é colocado diante dos fatos a pré-compreensão democrática pode ser abalada, uma vez que “ninguém está em

---

<sup>75</sup> LEAL, op. cit., p. 89-95.

<sup>76</sup> ROUSSEAU, p. 802 apud BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 33.

situação de criar convicções para todos os temas atuais de decisão”, nas palavras de LUHMANN.<sup>77</sup>

O pensamento luhmanniano se identifica com a teoria dos sistemas, que diverge da teoria do discurso democrático. Segundo a teoria dos sistemas, a sociedade moderna se assenta na hiper-complexidade social, que implica no desaparecimento de uma moral tradicional, de conteúdo hierárquico, válida para todas as esferas do agir. Desse modo, os sistemas sociais são autopoieticos<sup>78</sup>, reproduzidos com base em seus próprios códigos e critérios, embora condicionados e influenciados pelo ambiente onde se inserem. Nesses sistemas a moral da sociedade é neutra e fragmentada, reproduzindo-se difusamente, sem a formação de um consenso em torno de programas ou critérios morais.<sup>79</sup> É nesse universo de diversidade e nenhuma certeza que surge a norma jurídica.

Como se verifica em toda democracia representativa, o certo é que a legitimidade do poder de decisão jurídica emana na vontade popular, pontificada na seguinte máxima: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988). De acordo com BOBBIO, independente do que se diga, a verdade é que a democracia sempre manteve o mesmo valor significativo ao longo dos séculos. O governo do povo é preferível ao governo de um ou de poucos e vice-versa, sendo a democracia representativa dos modernos a única inovação em relação à democracia direta praticada pelos antigos.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 33.

<sup>78</sup> Autopoiese é um conceito que foi elaborado pelos biólogos na tentativa de explicar a organização autocrionista dos seres vivos. Todavia, um sistema autopoietico não é um sistema fechado em si mesmo, mas “uma *sucessão contínua de ‘impulsos’ de uma operação a outras*, nas quais reúnem, de momento a momento, as construções da realidade que conservam e fazem perdurar o sistema”. Apesar de aberto às influências do meio ambiente, o sistema autopoietico possui uma filtragem capaz de protegê-lo contra as influências externas que podem arruiná-lo. “*Nenhuma operação do sistema constitui’ uma ‘imagem (Abbildung, ou calco), uma cópia, imitação ou representação’ de qualquer coisa que chega no ambiente. Os sistemas autopoieticos podem, com isso, passar de uma verificação corrente de sua adequação ao seu ambiente*” (ROCHA, Leonel Severo; SCHAWARTZ, Germano e CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 102-112).

<sup>79</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 122.

<sup>80</sup> BOBBIO, **Liberalismo e democracia**, p. 31-32.



Portanto, é preciso ter clareza da compreensão do povo enquanto instância global de atribuição da legitimidade democrática. Assim, ainda que os magistrados não ocupem seus cargos ungidos pelo voto popular, mas através de concurso público de provas e títulos, o poder que emana do povo normatiza o lado referente à funcionalidade da dominação do Estado, o que significa dizer que o povo optou por se colocar, ele próprio, na condição de destinatário das prescrições, deveres, direitos e funções de proteção do Estado, como ocorre no caso da atuação jurisdicional, conforme Friedrich Müller.<sup>81</sup> Ou seja, em razão da chamada funcionalidade da dominação, que é um dos produtos da emanção do poder do povo, a atuação do Poder Judiciário se encontra sob o manto da instância global da atribuição de legitimidade democrática.

Por fim, a legitimidade do poder de decisão jurídica encontra amparo decisivo na exigência da publicidade e fundamentação de todos os julgamentos do Poder Judiciário, sob pena de nulidade, consoante impõe o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Na realidade presente, onde nenhuma conduta individual ou atuação pública pode ser justificada senão em conformidade com os valores e normas abstraídas da Carta Magna, os juízes e tribunais somente atuam legitimamente quando seus julgamentos são transparentes à luz do princípio da publicidade, e quando suas decisões são fundamentadas com esteio na Constituição Federal.

## 3.2 A LEGITIMIDADE NOS MODELOS DE LUHMANN E HABERMAS

### 3.2.1 A teoria da legitimação pelo procedimento de NIKLAS LUHMANN

---

<sup>81</sup> MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 59-64.

Segundo LUHMANN a legitimidade pode ser definida nos seguintes termos:

“uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”.<sup>82</sup>

A definição acima, referindo a legitimidade como uma “disposição generalizada”, demonstra a preocupação de LUHMANN em trabalhar a legitimidade sob a perspectiva de um procedimento que seja capaz de estruturar os sistemas sociais como um todo, objetivando a sua estabilidade. Seguindo esta inspiração, LUHMANN confessa percorrer o caminho inverso ao que foi trilhado por KELSEN, que cuidou de separar o direito da sociologia, criando, por assim dizer, um direito processual, e não um sistema sociológico de procedimento, como é a intenção de LUHMANN.<sup>83</sup>

Diante do raciocínio desenvolvido por LUHMANN, cujo objetivo central é a estabilização dos sistemas sociais, o direito exerce um papel de fundamental importância, uma vez que fornece elementos (normas, instituições e núcleos significativos)<sup>84</sup> que permitem operar o sistema sociológico de procedimento. É que o direito, funcionando como uma estrutura de interação entre o indivíduo e a sociedade, torna-se capaz de controlar as expectativas individuais, positivas ou negativas, diante dos fatos, de modo a assegurar a continuidade das relações sociais, permitindo o desenrolar de uma dada linha de ação que foi definida, independentemente das contingências incertas que podem acontecer. Sem a intervenção do direito os sistemas sociais ficariam muito vulneráveis às contingências do mundo circundante, em especial provocadas pelo livre arbítrio dos indivíduos, os quais, na

---

<sup>82</sup> LUHMANN, op. cit., p. 30.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>84</sup> Para Luhmann as normas criadas pelo direito garantem a expectativa do indivíduo contra fatos contrários àqueles por ele esperados, apesar de não poderem evitar desilusões; as instituições são mecanismos de controle das contingências, capazes de garantir uma expectativa, ou seja, as instituições servem de “fiadoras” de que outras normas não venham a provocar uma reviravolta na expectativa garantida; e os núcleos significativos são centros individuais doadores de sentido, que oferecem uma garantia relativa, a exemplo da confiança pessoal, equidade, justiça etc. (Ibidem, p. 1-5, na apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior).

perspectiva luhmanniana de sistema, não integram a sociedade e sim o mundo circundante, apesar de necessitarem da sociedade para sobreviver.

No quadro mais restrito de uma teoria do direito, a legitimação pelo procedimento é peça chave para a solução do problema relativo à aceitação de decisões. Aqui não se trata de conceber a legitimidade associada aos argumentos de justificação das decisões, mas como um processo decisório em si mesmo, ou seja, como um processo de tomada das decisões e aceitação das mesmas. Na visão luhmanniana a legitimidade funciona como uma garantia à decisão dentro da lógica de funcionamento dos sistemas sociais, mais precisamente na relação que estes sistemas estabelecem com as complexidades do mundo circundante, no qual o indivíduo se encontra inserido.

LUHMANN chama atenção para uma desconexão crescente entre os problemas das sociedades modernas, de grande complexidade, e os princípios da vida democrática. Mesmo sem negar importância à legitimidade democrática, LUHMANN possui a convicção de que tal legitimidade já não é capaz de corresponder aos problemas de complexidade das sociedades contemporâneas, razão pela qual deve ser abandonada: “a política democraticamente assimiladora não representa uma legitimação suficiente para as decisões, como se a democracia fosse um valor em si mesmo ou um princípio que pudesse justificar qualquer decisão”.<sup>85</sup> Neste sentido, entendendo que a legitimidade institucional é a que melhor pode servir aos sistemas sociais, decisões legítimas são aquelas em relação às quais se pode manter a expectativa de que os atingidos se ajustarão cognitivamente às expectativas normativas transmitidas pelos decisores.<sup>86</sup>

Na compreensão de LUHMANN, o que permite aos destinatários aceitar uma decisão a priori é o fato dos sistemas sociais gerarem “uma espécie de consenso básico, que se

---

<sup>85</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 63-64.

<sup>86</sup> LUHMANN, **Sociologia do direito**, p. 64.

pode alcançar sem acordo quanto ao que é objetivamente justo em cada caso particular e que estabiliza o sistema”.<sup>87</sup> Segundo o doutrinador em comentário, a força física e a participação em processos juridicamente regulamentados são os mecanismos simbólicos mais eficazes de produção de legitimidade das decisões. A sociedade “já não legitima o seu direito por meio de verdades invariáveis existentes, mas sim apenas, ou principalmente, por meio de participação em procedimentos”.<sup>88</sup> É daqui que se extrai a tese da legitimação pelo procedimento.

Resta claro que a teoria de LUHMANN possui um caráter marcadamente positivista. Para ele são os procedimentos previstos em lei que garantem o controle do conflito potencial que as decisões podem provocar. Com a adoção de procedimentos legais para a tomada de decisões, a possibilidade de rebelião contra tais decisões passa a ser ficcional, haja vista que excluída pelo mecanismo da legitimidade. Assim, o processo de positivação do direito pode ser interpretado como um abandono da relação com a verdadeira justiça, em favor de procedimentos de decisão. “Um sistema que tenha que assegurar a possibilidade de decisão de todos os problemas levantados não pode, simultaneamente, garantir a justiça da decisão. A especificação de funções de uma orientação exclui as da outra orientação”.<sup>89</sup>

Para LUHMANN nenhum procedimento judicial objetiva impedir desilusões, mas trazê-las para uma forma de ressentimento particular e difuso, que não possa converter-se em instituição. É por isso que LUHMANN identifica a função do procedimento como sendo a especificação do descontentamento e o fracionamento e absorção dos protestos, sendo sua força motriz e fator efetivo de legitimação a incerteza quanto aos resultados.<sup>90</sup> A legitimação pelo procedimento “não consiste em comprometer internamente o interessado, mas sim em isolá-lo como fonte de problemas e em apresentar a organização social como independente do

---

<sup>87</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>88</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo Procedimento**, p. 8.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>90</sup> LUHMANN, **Legitimação pelo Procedimento**, p. 97-98.

seu acordo ou da sua rejeição”, isso sem levar necessariamente ao consenso efetivo, à harmonia coletiva de opiniões sobre a justiça e injustiça, tratando-se, no fundo, de um processo de reestruturação das expectativas jurídicas.<sup>91</sup>

Convém ainda destacar que a legitimação pelo procedimento representa a institucionalização do reconhecimento das decisões como obrigatórias, envolvendo no procedimento também os não-participantes. Essa institucionalização quer dizer o consenso dos sistemas sociais sobre a validade das normas resultantes dos procedimentos, ainda que nem todas as pessoas tenham participado diretamente dele. Claro que o acesso ao procedimento se restringe às pessoas diretamente interessadas, porém o procedimento como drama interessa também aos não-participantes, daí porque a publicidade é essencial para permitir a participação desinteressada do público.<sup>92</sup>

Feitas estas considerações, depreende-se que a teoria luhmanniana reduz a legitimação da decisão judicial ao âmbito de seu procedimento, ignorando o conteúdo de sua fundamentação. Ousa-se até dizer que a legitimação pelo procedimento defende o controle e a manipulação dos destinatários da norma, servindo o procedimento para abrandar suas expectativas, porém em detrimento do conteúdo da decisão, que é colocado num plano inferior. Ainda que o procedimento aponte o caminho adequado rumo à decisão, permitindo ao destinatário da norma aguardar com serenidade e conforto a sua prolação, não compreendemos que isso seja bastante para legitimá-la. O que verdadeiramente legitima uma decisão é o conteúdo de sua fundamentação, que haverá de guardar conformidade com os valores ditados pela ordem constitucional.

### **3.2.2 A legitimidade na idéia da ação comunicativa de JÜRGEN HABERMAS**

---

<sup>91</sup> Ibidem, p. 99 e 103.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 104-105

A teoria da ação comunicativa de HABERMAS cuida da legitimação democrática da ordem jurídica como um todo, e não apenas da legitimação da criação do direito a partir da decisão judicial. No entendimento habermasiano, a ordem jurídica em sua totalidade encontra legitimação na sociedade (facticidade) e se materializa através da participação democrática do cidadão no processo legislativo. A ordem jurídica adquire legitimidade na medida em que os direitos de comunicação e participação política passam a integrar o processo legislativo, momento em que os direitos individuais cedem lugar à vontade unida e consciente de todos.<sup>93</sup>

Na compreensão de HABERMAS, “o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo”.<sup>94</sup> O agir comunicativo propõe a integração social da norma por intermédio da linguagem, em substituição à solidariedade mecânica. “A prática ritual inquestionada, em sociedades de solidariedade mecânica, é substituída por um sistema normativo e jurídico estabelecido conscientemente pelo grupo, através do entendimento mútuo e do consentimento geral”.<sup>95</sup> O agir comunicativo de que trata HABERMAS se refere à lógica do melhor argumento, o qual é capaz de conduzir à formação de consensos, alcançando a adesão dos interlocutores no sentido de uma solução compartilhada.

Para a teoria habermasiana, a validade social da norma e sua obediência dependem da suposição de legitimidade do ordenamento jurídico. Este, por seu turno, carrega a marca de legitimidade a partir do amplo debate político que se opera no processo de legislação, no qual todos os cidadãos têm a possibilidade de influenciar na busca de um entendimento racional. Assim, quando o direito positivo não se assenta sobre bases legítimas, o mesmo não incorpora o papel que lhe cabe como fonte fundamental de integração social.

---

<sup>93</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 52-53.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>95</sup> ROUANET, Bárbara Freitag. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempos Brasileiros, 2005, p. 41.

Por força da teoria discursiva aplicada ao processo legislativo, HABERMAS rejeita qualquer influência metafísica na legitimação do direito. A própria moral tem surgimento simultâneo com o direito por ocasião da discursividade durante o processo legislativo, momento em que ocorre a juridicização da moral, na seqüência incorporada pelo cidadão. Dessa forma, rejeita-se a idéia de que a moral seja fonte de legitimidade do direito. “O processo de legislação parlamentar, a prática de decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional da dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um alívio para o indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio”.<sup>96</sup>

HABERMAS reconhece que a prática da decisão judicial está ligada ao direito e à lei, logo a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente, uma vez que o Poder Judiciário soluciona os conflitos em ação apoiando-se na base legal oferecida pelo legislador, este sim dotado de capacidade para legitimar a ordem jurídica. HABERMAS admite, entretanto, que a concretização dos direitos fundamentais depende do acesso a uma jurisdição independente e imparcial nos julgamentos, o que pressupõe “a instalação de um tribunal organizado politicamente, que reivindica o poder de sanção do Estado, a fim de proteger e desenvolver o direito nos casos litigiosos, onde se faz mister uma decisão autoritativa”.<sup>97</sup>

Em última análise, a teoria habermasiana aponta para uma legitimação do direito residente no seio da sociedade, na prática da liberdade discursiva, e não na obrigação. O que se deduz de HABERMAS é que todas as decisões no Estado Democrático de Direito devem ser tomadas respeitando os anseios da população. Como o ordenamento jurídico é legitimado pelo princípio democrático, é fundamental que os representantes do povo sejam

---

<sup>96</sup> HABERMAS, op. cit., p. 151.

<sup>97</sup> HABERMAS, op. cit., p. 171.

escolhidos legitimamente e que a produção legislativa seja consentânea com os anseios e desejos da população.

Depreende-se que a abordagem de HABERMAS diverge da proposta autopoietica de LUHMANN,<sup>98</sup> para quem a legitimidade reside no procedimento adotado para a tomada da decisão e não no consenso formador desta. Se LUHMANN reduz a legitimidade da decisão a uma predisposição dos destinatários em aceitá-la, desde que observado o procedimento previsto em lei, a proposta de HABERMAS se mostra insuficiente para servir de fundamento à legitimidade da decisão judicial, posto que não a enxerga como uma atividade de criação do direito, mas como uma atividade de mera reprodução da ordem jurídica legitimada pelo Poder Legislativo.

### 3.3 LEGITIMIDADE MAJORITÁRIA E LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL

Na atual quadra da história o fenômeno da judicialização da política tem ocupado lugar de destaque. A judicialização da política ou, em sua expressão correlata, a politização da justiça, representa o fenômeno indicativo da expansão do Poder Judiciário sobre o processo decisório das democracias modernas. Judicializar a política é avançar a atuação do Poder Judiciário sobre as ações dos Poderes Legislativo e Executivo, fundado na constitucionalização de direitos e no mecanismo do *checks and balances*.<sup>99</sup>

A judicialização da política adveio do constitucionalismo contemporâneo, após o processo de redemocratização de diversos países ocidentais. Foi o novo constitucionalismo que permitiu que se transferissem para as Constituições muitas matérias antes exclusivas do

---

<sup>98</sup> Vide nota de rodapé n° 78.

<sup>99</sup> MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.



Poder Executivo e da legislação ordinária, o que propiciou o fortalecimento da posição do Poder Judiciário, alçado à condição de intérprete da Lei Maior.

No Brasil, o modelo de controle de constitucionalidade previsto na Carta de 1988 representa uma causa importante na judicialização da política. O sistema híbrido de controle de constitucionalidade, que adota os métodos difuso e concentrado, associado ao extenso rol de legitimados para as ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal, alargou sobremaneira o desempenho ativo do Judiciário na vida institucional brasileira. Desde então as decisões judiciais passaram a ter maior peso e alcance político, seja se imiscuindo nas ações administrativas, suprindo as omissões do Poder Legislativo ou fazendo escolhas morais em temas polêmicos da vida social. No plano individual podem ser citadas como exemplo as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a quebra de sigilo judicial por CPI, a demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol e o uso de algemas. No plano coletivo também se encontram algumas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal que demonstram o avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, a saber:

(a) Em Ação Declaratória de Constitucionalidade ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (ADC nº 12, julgada em 16/2/2006), o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Resolução nº 7, do Conselho Nacional de Justiça, que proibia a nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário, até o terceiro grau, para cargos em comissão e funções gratificadas, independentemente de lei específica. Em seguida, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 597.951/RN, julgado em 20/8/2008, o Supremo estendeu a vedação do nepotismo aos Poderes Executivo e Legislativo, aprovando a Súmula Vinculante nº 13;

(b) No julgamento de Mandado de Segurança impetrado pelo Partido Democratas (MS 26.604/DF, julgado em 4/10/2007), o Supremo decidiu por reconhecer que

os mandatos dos parlamentares que trocam de partido pertencem às legendas e não ao eleito, podendo assim o partido político reaver o mandato dos parlamentares que deixarem suas fileiras;

(c) Ao julgar o Mandado de Injunção (MI nº 712/PA, julgado em 25/10/2007) impetrado pelo sindicato de servidores do Poder Judiciário do Estado do Pará, o Supremo restringiu o direito de greve dos servidores públicos, estendendo a esses o mesmo tratamento dispensado aos trabalhadores da iniciativa privada, em que pese o art. 37 da Constituição Federal prevê a existência de lei específica para regulamentar o direito de greve no setor público;

(d) Em decisão de improcedência proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 3.150, julgada em 25/5/2008), que atacava o art. 5º da Lei de Biossegurança, o Supremo permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias no Brasil;

(e) Em decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 130, julgada em 30/4/2009) o Supremo Tribunal Federal declarou que a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) é incompatível com a atual ordem constitucional, devendo os conflitos envolvendo a matéria serem decididos, doravante, com base na Constituição Federal e nos Códigos Civil e Penal.

O problema da judicialização da política se mostra polêmico pelo fato do Poder Judiciário não ser detentor de voto popular, ao contrário do que ocorre com os Poderes Legislativo e Executivo. Em razão disso, a postura mais ativa do Judiciário poderia ser interpretada como uma interferência indevida no espaço de atuação dos demais Poderes, aos quais a soberania popular reserva competência para normatizar e fazer cumprir as políticas públicas. A teoria constitucional denomina de dificuldade contramajoritária a possibilidade de

um órgão não eletivo sobrepor-se a uma decisão emanada dos representantes eleitos pelo povo. <sup>100</sup> É neste ponto que devemos parar para analisar a legitimidade majoritária, obtida através da via eleitoral, e a legitimidade constitucional.

A representação majoritária, que se expressa através de representantes eleitos pelo voto popular, era quase desconhecida no mundo antigo. Ela floresceu na idade média como forma de se obter informações a respeito do que as várias comunidades do reino queriam, bem assim para assegurar a cooperação destas mesmas comunidades na execução de políticas, sobretudo a de fazer guerras, e garantir a aprovação de estatutos e taxas, para as quais o auxílio do particular era necessário. Foi no século XVIII que o governo representativo se consolidou, passando o poder supremo da Grã-Bretanha do rei para o parlamento e, nas revoluções americana e francesa, uma assembléia de representantes eleitos tornou-se a instituição política padrão. <sup>101</sup>

A representação majoritária através do voto é o símbolo essencial da legitimidade política dos Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que é a representação que permite a sociedade aceitar as decisões do Estado como se fossem suas próprias decisões. Considerando que a sociedade possui valores comuns, seus interesses podem ser representados por um parlamento ou por uma única pessoa, sendo a eleição não somente uma forma de refletir a vontade da maioria, mas também significa a oportunidade da sociedade fazer suas escolhas e se sentir integrante do processo político. Assim, nas democracias, o voto é elemento essencial para a representação da maioria, portanto os detentores do voto popular são os protagonistas da vida política.

---

<sup>100</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/user/revista/12350666701742181901.pdf>>. Acesso: em 11 de maio 2009.

<sup>101</sup> LUCAS, John Randolph. **Democracia e participação**. Trad. Cairo Paranhos Rocha. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 139.

É preciso ter clareza, porém, que a democracia não se resume ao princípio majoritário, haja vista que a vontade da maioria muitas vezes se move por interesses de ocasião, ignorando os valores permanentes que inspiram o Estado democrático. Portanto, faz-se necessário evitar que a vontade da maioria esmague o direito das minorias, devendo sempre existir uma válvula de segurança capaz de preservar esses direitos, de modo a impedir que a democracia se degenere numa ditadura da maioria. É neste sentido que se destaca o papel do Poder Judiciário que, mesmo sem contar com o voto popular, é responsável por interpretar a Constituição e fazer valer seus valores e direitos fundamentais, ainda que contra a vontade circunstancial da maioria.

Desse modo, reside na Constituição Federal o fundamento da legitimidade do Poder Judiciário, uma vez que é a Constituição responsável por destinar uma parcela do poder político para ser exercida pelos magistrados, que não são recrutados através do voto popular. Mesmo assim, em cumprimento a vontade expressa na Constituição, cabe à magistratura atuar como co-participante dos demais poderes na preservação do Estado Constitucional de Direito.

Aqui convém lembrar que a atuação do Poder Judiciário também ocorre no plano político da representação popular, porquanto todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido (Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único). Entretanto, a atuação política do Judiciário se distancia do sentido de uma livre escolha, tendenciosa ou partidarizada. É que a política para o Judiciário encontra balizamento nas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente, cabendo ao magistrado em sua decisão não se distanciar da realidade social nem das expectativas legítimas dos cidadãos, porém sem incorrer na prática de populismo e sem receio de atuar de modo contramajoritário quando for necessário.

Na fronteira de pouca nitidez que separa o direito da política, a legitimidade da atuação jurisdicional há de ser encontrada nos fundamentos que o magistrado é obrigado a

lançar em todas as suas decisões, sob pena de nulidade, como impõe o art. 92, inciso IX, da Constituição Federal. Quando o juiz motiva as razões de sua decisão em conformidade com a ordem constitucional vigente, aflora de seu *decisum* toda a carga de legitimidade que advém do poder de representação popular, sem que se possa falar em invasão de competência na seara dos demais poderes.

É possível afirmar que a legitimidade majoritária e a legitimidade constitucional não se encontram em lados opostos no jogo democrático. O Poder Judiciário detém legitimidade constitucional para intervir nos casos de omissão legislativa ou do Executivo; para fazer o controle de constitucionalidade das normas ou visando a concretizar os direitos fundamentais, sendo esta atuação em favor e não contra a democracia. “Quando se diz que o Poder Judiciário tem legitimidade constitucional, mas não legitimidade democrática, se ignora sua funcionalidade democrática”.<sup>102</sup>

Assim, a legitimidade do Judiciário não pode ser medida pela escolha através do voto popular. Sua legitimidade reside na Constituição e foi ela que confiou ao Judiciário a missão de garantidor da democracia, figurando como árbitro independente e imparcial nas disputas políticas travadas no Executivo e no Legislativo.

### 3.4 O ATIVISMO JUDICIAL E SUA BASE TEÓRICA DE LEGITIMIDADE

O ativismo judicial será objeto de análise sob a ótica de três das principais teorias filosóficas do direito: o positivismo jurídico, o pragmatismo ou realismo jurídico e o interpretativismo de Ronald Dworkin.<sup>103</sup> São duas as finalidades desta abordagem: a primeira,

<sup>102</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 43.

<sup>103</sup> POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o debate contemporâneo. Direito, Estado e Sociedade, revista do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 120-143, ago/dez de 2000. Foram as idéias encontradas neste texto que

visa a identificar se existe espaço reservado ao ativismo judicial em cada uma das referidas teorias; a segunda, objetiva descobrir a base de legitimidade do ativismo judicial nas teorias em que o mesmo encontra espaço para atuação.

É preciso dizer primeiramente que o ativismo judicial não se confunde com a judicialização da política, apesar de serem muito próximos. A judicialização da política depende do modelo constitucional que venha a ser adotado, o qual deve ser capaz de permitir a atuação do Poder Judiciário em nome do *check and balances*. Não é sem razão que somente existe judicialização da política no Estado Democrático de Direito, dotado de uma Constituição que preveja a separação dos Poderes e assegure a existência de um sistema de proteção dos direitos fundamentais exercido por um Judiciário independente.

O ativismo judicial, por seu turno, consiste numa atitude ou postura pró-ativa da magistratura no sentido de alargar o alcance da interpretação da Constituição. O ativismo não encontra amarras na legislação positivada, nem reconhece os limites de atuação do Poder Judiciário. É por isso que o ativismo judicial prescinde da existência de uma Constituição escrita, e pode se instalar mesmo num cenário de ausência de judicialização da política. Para BARROSO, normalmente o ativismo judicial se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva, sendo as seguintes as condutas que caracterizam este fenômeno:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>104</sup>

---

serviram de base para os argumentos lançados neste tópico da presente dissertação.

<sup>104</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/user/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso: em 11 de maio 2009.

Focando o ativismo judicial à luz das teorias contemporâneas do direito, pode-se afirmar que o mesmo não encontra espaço de atuação no positivismo jurídico, tal como concebido por KELSEN. Essa constatação emerge da distinção que precisa ser feita entre ativismo e discricionariedade, mormente no tocante às chamadas lacunas do direito.

As lacunas do direito consistem na presunção da ausência de uma norma geral a ser aplicada ao caso concreto, ou seja, são situações em que a legislação vigente não contempla uma previsão adequada à solução do caso em questão. Para KELSEN, porém, o direito vigente é sempre aplicável, razão pela qual:

a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação – logicamente possível – do Direito vigente é afastada por razões político jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do Direito como não equitativa ou desacertada.<sup>105</sup>

Na ordem positivista, considerada a aplicação da norma vigente indesejável ao caso concreto, o juiz fica autorizado a criar uma norma jurídica particular, cujos efeitos somente valerão entre as partes litigantes. Todavia, a norma particular criada pelo juiz positivista deve ser produzida “dentro da moldura da norma geral”,<sup>106</sup> observando-se sempre a estrutura hierarquizada do sistema.

Com efeito, na linha do positivismo jurídico, a ausência de uma norma geral conduz à aplicação do direito de forma subjetiva, isto é, são as convicções pessoais do juiz, moldadas pelo direito vigente, que suprirão as lacunas detectadas na lei. Ocorre que esse tipo de conduta do aplicador do direito, vinculado às convicções subjetivas e à coerência do sistema jurídico, configura uma situação de discricionariedade e não de ativismo judicial. A discricionariedade implica no uso de razões privadas e se manifesta diante da ausência de uma

---

<sup>105</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 274.

<sup>106</sup> KELSEN, op. cit., p. 391.

norma geral aplicada ao caso em decisão. Já o ativismo judicial, desapegado do princípio da coerência, fundamenta suas decisões em razões de políticas públicas.

Em KELSEN a unidade é a característica maior do ordenamento jurídico positivista, servindo a norma hipotética fundamental como pressuposto de validade para todas as demais normas do sistema. É por isso que o positivismo jurídico é extremamente previsível, porquanto garantidor de segurança ou certeza do direito. Tais características, todavia, colidem frontalmente com o ideário ativista, o qual não limita o exercício de sua atividade à segurança jurídica nem à coerência do sistema normativo.

Nessa linha de compreensão é possível detectar uma evidente incompatibilidade entre a teoria do positivismo jurídico e o ativismo judicial, cujas características se excluem reciprocamente. É de se reconhecer que o positivismo não serve como referencial teórico para legitimar o ativismo judicial, nem é razoável imaginar a prática do ativismo judicial por um juiz positivista.

O pragmatismo ou realismo jurídico é a segunda teoria jusfilosófica a partir da qual se buscará identificar a base de legitimidade do ativismo judicial.

A jurisprudência norte-americana do início do século XX representou o marco inicial do pragmatismo ou realismo jurídico. Foi nessa época que surgiu a chamada jurisprudência sociológica, especialmente a partir das posições assumidas por Oliver Wendell Holmes Júnior, juiz da Suprema Corte americana durante o período de 1902 a 1932. Oliver Holmes insistia que os parâmetros de uma decisão são puramente práticos, e jamais poderiam ser apreendidos da gramática ou da lógica, sendo marcantes suas posições, por exemplo, em defesa do direito de greve, da função social da propriedade e da vinculação das exações tributárias a resultados sociais.<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O Realismo Jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr. **Revista de Informática Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 171, p. 91-105, jul./set. 2006. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf\\_171/R171-07.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_171/R171-07.pdf)>. Acesso: em 21 de maio 2009.



Contemporaneamente ao movimento realista norte-americano, mas com um viés filosófico mais acentuado, autores escandinavos também chamaram a atenção para os fundamentos sócio-psicológicos do direito, rechaçando o puro dogmatismo da norma jurídica. Dentre os realistas escandinavos merecem destaque nomes como Axel Hägertröm, Lundstedt, Karl Olivecrona, Jorgensen, Naess, Ofstad, Brusilin e Alf Ross.<sup>108</sup>

Alf Ross, de sua parte, chegou a identificar duas espécies de realismo: o psicológico e o comportamentista. Para o realismo psicológico, uma lei ou uma decisão que não seja aceita pela consciência jurídica popular não se transforma em direito vigente, ou seja, o único critério possível para a existência de uma norma é o seu confronto com a consciência jurídica popular; já para o realismo comportamentista, uma norma é vigente se houver fundamentos bastantes para se supor que será aceita pelos tribunais como base de suas decisões. Na visão de ROSS, somente uma síntese do realismo psicológico e do comportamentista permite atingir uma interpretação sustentável a respeito da vigência do direito.<sup>109</sup>

O realismo jurídico enxerga o direito como um produto resultante da atividade jurisdicional, logo o juiz pragmatista faz o direito ao invés de apenas buscar descobri-lo. Para os realistas o direito não resulta de uma norma genérica e abstrata, obrigatoriamente vinculante à hipótese em exame, mas é um fato social que advém da escolha do juiz no momento da decisão, optando ele por uma das várias alternativas possíveis colocadas diante de si. Desse modo, o juiz pragmatista não interpreta o direito, ele analisa o contexto e cria o direito adequado ao caso concreto, visando a atingir um fim social determinado.

Para o juiz pragmatista a legislação figura somente como uma das fontes de informação, dentre outras que estão disponíveis, sejam teóricas ou empíricas. Depois de avaliar causas e conseqüências, o pragmatista optará pela solução que melhor corresponder às

---

<sup>108</sup> ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003, p. 9.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 97-100.

necessidades humanas e sociais, sem apego a nenhum sistema jurídico. Segundo os adeptos do pragmatismo, portanto, é a decisão do juiz que confere validade à norma jurídica.

Diante dessas características, duas conclusões importantes podem ser abstraídas: primeira, o ativismo judicial se identifica perfeitamente com a teoria do realismo jurídico, o que implicar dizer que o juiz ativista é necessariamente um juiz pragmatista; segunda, à luz da teoria do realismo jurídico, a base de legitimidade do ativismo judicial reside nos fins a que se destina a decisão elaborada pelo juiz, a qual reflete sempre a sua preocupação em intervir na realidade social, criando políticas públicas. Vale dizer, a decisão do juiz pragmatista importa inovação com conseqüências sociais futuras, visando a um resultado benéfico à coletividade, sendo esta a síntese do ativismo judicial.

Passando-se agora à teoria da interpretação do direito de Ronald Dworkin, buscar-se-á identificar se o ativismo judicial encontra compatibilidade com a referida teoria, a partir de dois questionamentos: (a) Em que medida a teoria dworkiniana confere natureza política à atividade jurisdicional? (b) Como explicar o ativismo judicial em face do princípio da integridade, núcleo central da teoria dworkiniana?

Tratando da questão relativa aos fundamentos políticos da decisão judicial, DWORKIN cuida de fazer a separação entre argumentos de princípio político, pertinentes aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. Para ele, a visão correta aponta no sentido de os juízes, em casos controvertidos, basearem seus julgamentos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político.<sup>110</sup> Ou seja, na concepção de DWORKIN a atuação política dos juízes existe e deve ser reconhecida, porém somente haverá de se manifestar através de princípios conducentes ao reconhecimento e garantia dos direitos individuais, não havendo espaço para a

---

<sup>110</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 6.

discricionariedade defendia pela doutrina positivista, nem para decisões baseadas em objetivos sociais ou diretrizes políticas de governo, como fazem os ativistas.

Nesse contexto, é crível reconhecer que a doutrina de DWORKIN se situa no meio do caminho entre o passivismo e o ativismo judicial. O passivismo parece atraente quanto a medida em que os juízes devem impor sua vontade às maiorias políticas, entretanto incorre no erro de reconhecer precariamente o sentido da Constituição enquanto direito fundamental. Já o ativismo representa “uma força virulenta de pragmatismo jurídico”:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpreta-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.<sup>111</sup>

A solução defendida por DWORKIN reside na compreensão do direito como integridade, o que implica na sintonia da legislação e da decisão judicial com um conjunto coerente de princípios. Para o legislador a integridade reclama que tente tornar o conjunto de leis moralmente coerente. Para o juiz a integridade requer uma interpretação coerente com o conjunto de princípios, capaz de descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas.

112

Segundo DWORKIN a sociedade que aceita a integridade como virtude política se transforma em uma comunidade especial, eis que promove sua autoridade moral e se protege contra a parcialidade, a fraude e outras formas de corrupção oficial.<sup>113</sup> Para ele, a integridade está relacionada com outras virtudes mais conhecidas, especialmente a equidade, a justiça e o devido processo legal. A equidade consiste em encontrar os procedimentos políticos que distribuem o poder de maneira adequada, de modo que se atribua a todos os cidadãos mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam. A justiça se

---

<sup>111</sup>DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 451-452.

<sup>112</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**, p. 213 e 261.

<sup>113</sup> Ibidem, p. 228.

preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade. O devido processo legal diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos. Uma vez aceita a integridade como virtude, os tribunais e instituições análogas usarão procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, além de tratarem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas.<sup>114</sup>

A partir da conjugação dessas virtudes, o modelo do “direito como integridade” recomenda que os juízes decidam os casos difíceis buscando encontrar nos princípios a melhor interpretação da estrutura política ditada pela comunidade. Assim, a coerência exigida pela integridade se mostra um tanto flexível, uma vez que permite aos juízes “encontrar” a compatibilidade entre o respeito às opções políticas da comunidade e as circunstâncias fáticas do caso em exame, desde que esta escolha seja justificada através de um conjunto coerente de princípios.

Apesar da flexibilidade conferida ao juiz para buscar a melhor solução possível, a teoria de DWORKIN contém amarras que são incompatíveis com o ativismo judicial, como ele próprio reconhece na transcrição feita em linhas anteriores. Tem-se na doutrina de DWORKIN que as decisões dos casos difíceis não decorrem da concepção de justiça social incutida na cabeça do juiz, mas das convicções de justiça fixadas pela comunidade, através de representantes eleitos. O juiz dworkiniano também precisa respeitar as virtudes da equidade e do devido processo legal, as quais são responsáveis pelos procedimentos políticos de distribuição do poder e da forma como a atuação judicial deve ocorrer. Enfim, DWORKIN admite a atuação do Poder Judiciário na linha do *check and balances*, o que denota que sua teoria reconhece o fenômeno da judicialização da política, todavia não o suficiente para servir de fundamento ao ativismo judicial.

---

<sup>114</sup> Ibidem, p. 200-201.

Do apanhado doutrinado aqui realizado, observa-se que o ativismo judicial encontra sua base teórica de legitimidade no pragmatismo ou realismo jurídico. Ser um juiz ativista importa em decidir visando à transformação da realidade social, fazendo do Judiciário um formulador de políticas públicas. Sem embargo da missão de exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos, o inconveniente insuperável do ativismo judicial está no risco da implantação de uma ditadura dos juízes, incompatível com as regras do regime democrático. A idéia da judicialização da política no modelo dworkiniano parece mais adequada à ordem constitucional brasileira, porém com a ressalva de não restringir a atuação do Judiciário à defesa dos direitos individuais. É que existem situações em que o Judiciário é chamado a atuar na defesa dos interesses sociais e coletivos, notadamente em razão da omissão dos demais poderes. Nessas circunstâncias o Judiciário não pode claudicar e está legitimado pela Constituição a agir de modo pró-ativo.

## **4 O JUIZ SINGULAR E A LEGITIMIDADE DE SUA ATUAÇÃO**

### **4.1 O DOGMA DA “VOZ DO HOMEM ARTIFICIAL”**

Em capítulo intitulado sugestivamente “Homem artificial”, BOBBIO descreve o que HOBBS considerava ser a natureza do Estado:

Numa passagem de *De Homine*, Hobbes distingue entre as ciências demonstráveis *a priori*, ou seja, de modo rigoroso, e as não demonstráveis. Demonstráveis são aquelas cujos objetos são criados pelo arbítrio do homem. Ora, a geometria é demonstrável porque ‘nós mesmos criamos as figuras’, ao passo que a física é não demonstrável ‘já que as causas das coisas naturais não estão em nosso poder, mas sim na vontade divina’. Como a geometria, também são demonstráveis a ética e a política, ‘na medida em que os princípios graças aos quais se conhece o que são o justo e o equânime e, ao

inverso, o injusto e o iníquo, ou seja, as causas da justiça, e precisamente as leis e os pactos, foram feitos por nós'.<sup>115</sup>

A concepção do “Homem artificial” na teoria hobbesiana aponta para a criação da figura do soberano, cujo propósito é afastar a insegurança que reina no estado da natureza. Em troca da paz os homens pactuam transferir todo seu poder e força a um “Homem artificial”, o soberano, que assume todas as ações e passa a ditar os mandamentos segundo a sua vontade, legitimada pelo pacto precedente.

Quando o soberano se estabelece, toda a equidade, justiça e outras virtudes morais passam a depender de sua vontade: “Porque, para declarar, nas diferenças entre indivíduos, o que é equidade, o que é justiça e o que é virtude moral, e torná-las obrigatórias, são necessários os decretos do soberano”.<sup>116</sup> Afirma-se então que o direito é uma instituição criada pelo arbítrio do “Homem artificial”.

Mas o direito criado pela vontade do “Homem artificial” é um direito semelhante à geometria, ou seja, um direito cujas linhas de definição são traçadas previamente segundo o arbítrio de seu idealizador. É por isso que HOBBS considera a ética, a política e o direito como ciências demonstráveis *a priori*, já que o justo e o equânime decorrem de princípios criados pelo soberano.

A geometrização do direito pelo “Homem artificial” visa a transformar a ciência jurídica numa arte previsível, sem surpresas, a exemplo do que acontece com as ciências naturais e exatas, como a física, a química e a matemática. Para LEIBNIZ,<sup>117</sup> referido por Ovídio A. Baptista da Silva, “as verdades da metafísica, da moral e da *ciência natural do*

---

<sup>115</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 31.

<sup>116</sup> HOBBS, op. cit., p. 121.

<sup>117</sup> Gottfried Wilhelm Leibniz, matemático e filósofo alemão (1646-1716).

*direito*’ podem ter a mesma clareza e poderão ser objeto de demonstração, com o mesmo rigor com o que se demonstra um postulado matemático”.<sup>118</sup>

Sem a previsibilidade do direito o “Homem artificial” se sente ameaçado em seu poder, daí a necessidade de concentrar em suas mãos a autêntica interpretação do ordenamento jurídico, como defende HOBBS:

Porque a natureza da lei consiste, não na letra, mas na intenção ou significado, isto é, na autêntica interpretação da lei (que é o que o legislador quis dizer). Por conseguinte, a interpretação de todas as leis depende da autoridade soberana; e os intérpretes só podem ser aqueles que o soberano (única pessoa a quem o súdito deve obediência) nomear. Porque, do contrário, a habilidade de um intérprete pode fazer uma lei adquirir um sentido contrário, ao pretendido pelo soberano; desse modo, o intérprete se tornaria legislador.<sup>119</sup>

HOBBS ainda considera a judicatura como sendo um ato do “juiz subordinado”: “Porque um juiz pode errar na interpretação até das leis escritas, mas nenhum erro de um juiz subordinado pode mudar a lei, que é a sentença geral do soberano”.<sup>120</sup> Foi nessa mesma linha de compreensão que MONTEQUIEU formulou a famosa máxima do juiz como “*a bouche de la loi*”, lançada em seu “O Espírito das Leis”, de 1748.

Estas premissas ideológicas foram decisivas para a formação do pensamento jurídico moderno. Desde então o direito se estruturou identificado com a idéia do “Homem artificial”, representativo de um poder centralizado, ditatorial e asséptico, pronto para suplantar qualquer entendimento destoante de sua autêntica interpretação.

Não é de se estranhar, portanto, que o atual modelo de jurisdição privilegie em demasia as decisões dos tribunais superiores, em desprestígio às decisões dos juízes de primeiro grau. A pista para essa ideologia pode ser encontrada na reprodução do pensamento de HOBBS, segundo o qual a sentença do juiz é proferida “não por ser sua sentença

<sup>118</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**, p. 122.

<sup>119</sup> HOBBS, op. cit., p. 122-123.

<sup>120</sup> Ibidem, p. 124.

particular, mas sim porque ele a profere pela autoridade do soberano, o que a torna uma sentença do soberano, que é lei para as partes em litígio”.<sup>121</sup>

Esse desprestígio à sentença particular do juiz, herdada dos filósofos do século XVII, reflete decisivamente na formação jurídica brasileira, que foi estruturada de modo a impor um total distanciamento do estudo dos casos particulares. É fácil constatar que nenhum dos programas dos cursos de graduação em Direito no Brasil contempla uma disciplina voltada exclusivamente ao estudo de casos práticos, pinçados da realidade da vida. O que se estuda nos cursos de Direito é o arcabouço normativo, a doutrina dos “sábios” e a interpretação ditada genericamente pelos tribunais superiores, sem nenhuma atenção para a sentença particular dos juízes de primeiro grau. Para que perder tempo com a sentença do juiz singular se a interpretação autêntica que irá prevalecer (ou a verdade absoluta para muitos) é a que emana dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário?

Não é sem razão que a jurisprudência é compreendida como decisões no mesmo sentido proferidas pelos tribunais, ignorando completamente as sentenças emanadas da magistratura de primeiro grau, como se elas sequer existissem de tão incertas e mutáveis que são. Para a cultura brasileira, tudo o que os juízes singulares decidem parece não ter valor de verdade, e por isso necessita da confirmação pelas instâncias superiores do poder, para o bem da segurança jurídica. A palavra final dos tribunais é sempre a que prevalece como expressão da verdade. É nesse sentido que nos reportamos a existência do dogma da voz do “Homem artificial”.

Mas como explicar o valor de verdade que se confere às decisões da cúpula do Judiciário, em detrimento às decisões dos juízes de primeiro grau? FOUCAULT parece apresentar uma pista importante neste sentido. Partindo da representação de um triângulo formado entre o poder, o direito e a verdade, o autor sustenta que toda sociedade é submetida

---

<sup>121</sup> HOBBS, op. cit., p. 123.



pelo poder à produção da verdade, sendo através dessa verdade que o poder se exerce, daí por que: “somos obrigados ou condenados a confessar a verdade ou a encontrá-la”.<sup>122</sup>

Considerando que a verdade emana do poder e representa o meio através do qual o poder se exercer, é possível admitir a existência de uma espécie de verdade criada pelo poder e para o poder, visando a justificá-lo perante a sociedade, que se sente compelida a aceitá-la. Pode-se afirmar então que a verdade criada pelo poder é uma verdade artificial, um dogma de fé instituído pelo poder e professado pela sociedade.

FOUCAULT defende ainda que o direito compõe o terceiro vértice do triângulo formado a partir do poder e da verdade. O seu entendimento se prende ao fato do direito servir como instrumento de legitimação do poder perante a sociedade, ou seja, é através do direito que a sociedade se sente compelida a aceitar a verdade que emana do poder.

123

Ora, se a verdade está vinculada ao poder por intermédio do direito, quanto mais se sobe na escala de hierárquica do poder, mais força o direito passa a possuir como instrumento de convencimento da verdade. É por isso que as decisões dos tribunais possuem um peso maior como expressão da verdade ou da justiça do que as decisões dos juízes de primeiro grau. Aqui não importa considerar o acerto, a qualidade ou o fundamento utilizado na decisão considerada em si mesma, porém o valor que a ordem jurídica confere a essa decisão como expressão da verdade.

O certo é que o modelo do Poder Judiciário no Brasil leva a sociedade a não confiar nas decisões proferidas pelos juízes monocráticos, por mais independentes e preparados que sejam. Apesar dos juízes de primeiro grau ingressarem na carreira exclusivamente por concurso público, após um longo e rigoroso exame de seleção de provas e

---

<sup>122</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 180.

<sup>123</sup> Ibidem, mesma página.

títulos, suas decisões são desacreditadas ou simplesmente ignoradas, diante das muitas e poderosas instâncias recursais superiores existentes.

Como a cultura brasileira se assenta na idéia da verdade como expressão de um poder maior, a circunstância de o juiz tomar uma decisão no processo frustrando uma expectativa, por mais ilegítima seja, conduz a parte a pensar que se trata de uma decisão errada, sendo necessário, assim, buscar a decisão certa nos estratos superiores do poder. É a força desta ideologia que impede a aceitação da decisão do juiz, negando-lhe credibilidade na interpretação e aplicação do direito.

Ocorre que o anacronismo desta ideologia se mostra evidente. Ninguém pode duvidar que a magistratura de primeiro grau é mais habilitada para o acerto do que para o erro. Aliado à independência no modo de recrutamento e ao bom preparo técnico dos juízes, a vantagem da jurisdição de primeiro grau em relação aos tribunais se justifica por sua maior proximidade com as parte e com os fatos. É o juiz singular que dialoga com as partes, que conduz a produção das provas e que se encontra inserido no contexto social da demanda, conhecendo suas nuances. Diante de tais elementos, a decisão do juiz singular se revela sempre mais próxima da justiça do caso, apresentando razões de convicção que jamais poderão ser captadas por nenhum membro de tribunal.

Ainda assim, e mesmo em razão da complexidade da sociedade contemporânea, que fez com que os magistrados assumissem inevitáveis opções valorativas, a transferência de poderes decisórios para o juiz continua a ser zelosamente vigiada pelo sistema jurídico, que não abre mão dos recursos.<sup>124</sup>

Vivemos, conseqüentemente, uma singular discricionariedade somente para o 'sim', nunca para o 'não', nem mesmo para o 'talvez'. A discricção, assim entendida, não chega ao ponto de conceder ao magistrado uma autêntica autonomia decisória que lhe desse condições de recusar, por exemplo, a aplicação a uma lei que, ante as

---

<sup>124</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 275.

novas contingências históricas, tornara-se injusta. Ao pensamento é impossível ultrapassar o sistema. Esta é, de fato, uma das mais expressivas características da organização política moderna, que a faz uma sociedade absolutamente *inclusiva*, provocando o fenômeno que Herbert Marcuse indicou como ‘fechamento do universo político’, que acaba fazendo com que haja uma ‘convergência dos opostos’.<sup>125</sup>

É de se considerar, portanto, que o problema não se situa na qualidade das decisões proferidas pelos juízes monocráticos, mas nos compromissos ideológicos inerentes ao sistema judiciário. Esses compromissos se traduzem, em primeiro lugar, no receio de que os juízes decidam as causas guiados somente por convicções individuais, afastando-se da jurisprudência dominante. Em segundo lugar, teme-se que a verdade dos juízes possa vir a prevalecer, traindo aquela que é verbalizada pelo “Homem artificial”.

#### 4.2 A CRIAÇÃO DO DIREITO PELO JUIZ SINGULAR

A interpretação jurídica tradicional sempre conferiu à norma a missão de oferecer, em abstrato, a solução para os problemas jurídicos. Já o papel do juiz não seria outro senão identificar o sentido da norma, buscando encontrar nela a solução aplicável ao problema em exame. Interpretar significa então desvendar o sentido único da norma, buscando encontrar a sintonia entre a vontade do legislador e o contexto histórico de aplicação da norma.

Dessa perspectiva, a atuação do juiz se limita a desvendar a vontade da norma, sem qualquer poder autenticamente decisório. Esse método retira do juiz a missão de aperfeiçoar a lei como um criador, cabendo-lhe tão somente a tarefa de tornar claro o que está

---

<sup>125</sup> Ibidem, mesma página.

contido na norma. Assim, o juiz passa a ser uma entidade que não detém o poder de decidir-se, mas apenas de julgar, que representa a atividade de um juiz incumbido de declarar a vontade da lei.<sup>126</sup>

Segundo Ovídio A. Baptista da Silva, o problema do trabalho limitado à descoberta do sentido da norma é a tensão que comumente acontece entre a lei e a justiça, ou entre leis injustas e o dever de os magistrados obedecê-las ou não. Para Giuseppe Zaccaria, citado por Ovídio A. Baptista da Silva, o que distingue o trabalho descritivo do historiador da tarefa de interpretação/aplicação da norma jurídica é o “enriquecimento produtivo” do texto, que permite ao intérprete ir além da atualização do texto, como faz o historiador, prosseguindo “na busca do ‘justo’ ‘nel momento dell’interpretazione’, incumbência estranha a quem esteja apenas a fazer História”.<sup>127</sup>

Realmente, nesse momento em que sopram os ventos da pós-modernidade, não é mais razoável que o juiz mantenha um forte apego aos textos legais, sendo sua missão participar do processo de criação do direito ao lado do legislador. A particular valoração do juiz a respeito das características do caso em exame é fundamental para a tomada de uma decisão justa, ainda que isso conduza a não aplicação de uma dada lei em determinadas circunstâncias ou a uma interpretação completamente inovadora.

Para exemplificar essa atuação do juiz singular no sentido da criação do direito, considerem-se três sentenças proferidas por magistrados no âmbito da jurisdição do Estado do Rio Grande do Norte:

I) Em sentença emanada da Justiça Federal (processo nº 2003.84.00.004382-2), um magistrado autorizou o recebimento de pensão por homossexual em decorrência do falecimento do companheiro. No caso, o autor mantinha união homossexual com um militar e

---

<sup>126</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**, p. 274.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 282.

o juiz reconheceu o seu direito à pensão com base na proteção aos conviventes e no respeito à liberdade sexual. Para o magistrado sentenciante, a vedação ao casamento de pessoas do mesmo sexo não implica impossibilidade de reconhecer a relação de dependência econômica em caso de união homossexual. O juiz observou que não se trata de equiparar a convivência homossexual ao casamento ou mesmo à união estável entre o homem e a mulher, mas de reconhecer que o sobrevivente de união homossexual não deve ser abandonado ao desamparo em caso de morte do companheiro, uma vez que neste caso estaria caracterizada a discriminação vedada pela Constituição, pelo sendo comum da sociedade e até mesmo pela maior parte das religiões.<sup>128</sup>

II) Ainda na Justiça Federal do Rio Grande do Norte (processo nº 2007.84.00.007969-5), um juiz condenou *hackes* a penas alternativas de caráter educativo. Entre outras providências, a sentença determinou a leitura pelos réus das seguintes obras: “A Hora e a Vez”, de Augusto Matraga; o último conto do livro “Sagarana”, de Guimarães Rosa e “Vidas Secas”, de Graciliano Ramos. Os réus também teriam que freqüentar a escola, com avaliação de suas notas pelo Juízo. Além disso, ficaram impedidos de freqüentar *lan houses* e de participarem de redes sociais como o *orkut*.<sup>129</sup>

III) Outra sentença criativa e inédita se originou do Juízo de Direito da Comarca de Taipú/RN (processo nº 157.06.200037-9), onde o juiz autorizou a retirada dos órgãos de feto anencéfalo para doação, após o seu nascimento em tempo normal. Anteriormente a mãe solicitara autorização para o abortamento do feto, mas, no decorrer do processo, recuou e optou pela doação dos órgãos, o que foi acolhido pelo juiz. Na mesma sentença o juiz determinou ao Estado do Rio Grande do Norte, através do setor competente,

---

<sup>128</sup> Disponível em: <http://www.trf5.jus.br>. Acesso em: 12 de agosto de 2009.

<sup>129</sup> Disponível em: <http://www.leonardi.adv.br/blog/sentença-jfrn-20078400007969-5/>. Acesso: em 22 de junho 2009.

que adotasse todas as providências necessárias visando à retirada imediata dos órgãos para transplante, após o nascimento da criança anencéfala.<sup>130</sup>

Uma atuação judicial criativa não pode prescindir da independência, imparcialidade e politização dos juízes. A democratização da sociedade brasileira, expressada principalmente na liberdade de informação e de crítica, tem exigido da magistratura uma atitude de reação à submissão política, saindo o juiz da condição de neutralidade que o marginalizava dos problemas sociais.

A respeito da independência da magistratura, como diz DALLARI, todas as manifestações de organismos e instituições nacionais e estrangeiras sustentam que a magistratura necessita ser independente, entretanto “muitos que afirmam a necessidade da magistratura independente se constituem em obstáculos à independência, de maneira clara ou disfarçada, direta ou indiretamente”.<sup>131</sup>

Deixando de lado a ambiência dos regimes ditatoriais, onde a magistratura, dócil e acovardada, não passa de uma peça figurativa, mesmo nas democracias é possível identificar alguns dos fatores responsáveis pela restrição à independência judicial. Para DALLARI, existem estruturas sociais e políticas que, embora não se caracterizem como ditadura, são intrinsecamente antidemocráticas e mantêm mecanismos de decisão política que asseguram a supremacia de grupos sociais determinados.

Um dos modos mais sutis para negar independência à magistratura, aparentando exaltá-la e defendê-la, é a manipulação de elementos teóricos e doutrinários, utilizando-se a fachada de altas indagações filosóficas e de sólido embasamento científico, de tal modo que se reduz o direito a uma forma sofisticada, que aceita o conteúdo mais conveniente aos dominadores, ficando eliminada a preocupação com a justiça”.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Disponível em: <<http://www.direito2.com.br/tjrn/2006/out/30/juiz-apoia-decisao-da-mae-de-doar-os-orgaos-de-feto-com-anencefalia>>. Acesso: em 22 de junho 2009.

<sup>131</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 47.

<sup>132</sup> DALLARI, op. cit., p. 48.

Dentre os inimigos à independência da magistratura DALLARI aponta a conduta dos próprios magistrados. Existem magistrados que abdicam de sua independência e se deixam corromper por atos sutis, a exemplo de homenagens de bajulação ou colaboração recíproca no “interesse público”. O comodismo, as conveniências pessoais ou a falta de consciência na relevância de sua função social, igualmente levam os juízes à condição de inimigos da independência da magistratura: “Quando se cobra deles o compromisso com a justiça, respondem que esse é um problema filosófico, não para juristas. E quando se chama a atenção para o fato de que suas decisões agravam conflitos sociais, alegam que essa é uma questão para a sociologia, não para o direito”.<sup>133</sup>

Outro fator que depõe contra a independência da magistratura de primeiro grau é a pressão exercida pelos órgãos colegiados do Poder Judiciário. ZAFFARONI chama a atenção para esse aspecto destacando que os corpos colegiados exercem uma ditadura interna sobre seus colegas de hierarquia inferior, sendo muitas vezes a maledicência convertida em moeda corrente e “as sentenças não são confirmadas, revogadas ou anuladas por razões jurídicas, mas por simpatia, antipatia, rancor, ciúme do colega”.<sup>134</sup> Para o referido autor:

A independência interna somente pode ser garantida dentro de uma estrutura judiciária que reconheça igual dignidade a todos os juízes, admitindo como únicas diferenças aquelas derivadas da diversidade de competência. Este modelo horizontal constitui justamente a estrutura oposta à verticalizada bonapartista, cuja expressão máxima foi a judicatura fascista.<sup>135</sup>

Realmente, a questão suscitada por ZAFFARONI é da maior importância e se relaciona com a falta de democracia interna no Poder Judiciário. Mesmo não sendo este o momento adequado para tratar do assunto, o qual virá à tona no capítulo derradeiro deste trabalho, o certo é que a estrutura verticalizada do Judiciário brasileiro cria uma relação de dependência e subserviência do juiz singular em relação às cúpulas do poder. Os juízes de

---

<sup>133</sup> Ibidem, p. 50-51.

<sup>134</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 89.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 89.

primeiro grau não participam do processo de escolha dos membros dos tribunais, nem são ouvidos no planejamento de gestão do Judiciário, apesar de figurarem como órgãos do poder, como reza o art. 92 da Constituição Federal de 1988. Também a falta de critérios objetivos nas promoções, remoções e permuta afeta a independência dos juízes, que receiam desagradar os membros dos tribunais com suas decisões.

Aliada à independência, a imparcialidade é igualmente essencial à atividade de criação do direito. Um juiz somente atuará de maneira criativa e inovadora se mantiver distância de interesses egoísticos ou estranhos às circunstâncias fáticas do caso em disputa. A atuação judicial isenta, independente e transparente são as marcas da imparcialidade.

Algo diferente da imparcialidade é a neutralidade do juiz. Para ser imparcial o juiz não precisa ser neutro, mantendo uma postura de indiferença diante da realidade da vida. Pode-se até dizer que não existe neutralidade ideológica, já que a posição de neutralidade é representativa de uma postura mantenedora do *status quo*. Como os juízes integram o sistema de autoridade do Estado, a neutralidade judicial somente serve para comprovar o compromisso do magistrado com os desígnios do poder, passando a falsa imagem de um juiz ideologicamente asséptico. Para Ovídio A. Baptista da Silva, essa aparente neutralidade é responsável pela redução do Direito ao “mundo jurídico”, de tal modo que o jurídico mantenha-se isolado do político, sem que os juristas devam se envolver com valores.<sup>136</sup>

No lado oposto à neutralidade se encontra a politização do Poder Judiciário. Essa politização, por óbvio, não significa qualquer vinculação da magistratura com a militância política partidária, o que inclusive é expressamente vedado pela Constituição Federal de 1988 (art. 95, parágrafo único, inciso III). Entretanto, considerando que ao Poder Judiciário cumpre a função de guardar a Constituição e interpretar o arcabouço normativo nacional, resolvendo os conflitos sociais, não é possível deixar de reconhecer a sua politização

---

<sup>136</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**, p. 303.



e é absurdo imaginar um ramo do governo que, como tal, não seja político, conforme leciona

ZAFFARONI:

Cada sentença é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre a importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos. A participação judicial no governo não é um acidente, mas é da essência da função judiciária: falar de um poder do Estado que não seja político é um contra-senso. Por conseguinte, não será possível “despolitizar” o judiciário no sentido amplo da função essencialmente política que ele cumpre.<sup>137</sup>

As vozes contrárias à criação judicial do direito se concentram no argumento da arbitrariedade do juiz, temendo que o juiz se afaste da solução normativa e decida de acordo com a sua própria ideologia.

Abordando o tema da criatividade judicial, CAPPELLETTI reconhece existirem atualmente importantes razões para o acentuado desenvolvimento de tal criatividade, tendo em vista as características e exigências fundamentais de nossa época, econômicas, políticas, constitucionais e sociais. Para ele, a atuação interpretativa dos juízes, esclarecendo, integrando e transformando o direito, não raro cria um direito novo, mas isso não significa que os juízes sejam legisladores, pois embora o processo judicial e o processo legislativo sejam substancialmente criadores do direito, o primeiro, diferentemente do segundo, impõe uma atitude passiva do magistrado, que necessita da iniciativa do autor para exercer o poder jurisdicional.<sup>138</sup>

Ainda para CAPPELLETTI, a questão da criatividade judicial não é um problema a ser resolvido com base no sim ou não, existindo benefícios e malefícios nessa atividade:

Trata-se, em minha opinião, de problema que não se pode resolver com um claro sim ou não à criatividade dos juízes. Tal criatividade (...) pode ser benéfica ou maléfica, segundo as muitas circunstâncias

<sup>137</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 94.

<sup>138</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 73-74.

contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade.<sup>139</sup>

Para GARAPON, com o advento do Estado provedor, a justiça é compelida cada vez mais a proporcionar materialmente a igualdade de direitos e a minorar o desequilíbrio entre as partes, atuando o juiz dentro da realidade social e não mais por um critério estrito de legalidade, como dantes. “Se o direito liberal do século XIX foi o do poder legislativo, o direito material do Estado provedor do século XX, o do executivo, o direito que se anuncia poderia bem ser o do juiz”.<sup>140</sup>

Ainda assim, mesmo enxergando de forma positiva a transformação da justiça em símbolo da moralidade pública e da dignidade democrática, GARAPON entende que “o juiz não pode criar o direito, a não ser de maneira ‘intersticial’ para preencher as lacunas do direito positivo; ele é apenas um legislador supletivo e extraordinário”.<sup>141</sup>

Aqui cabe espaço para uma crítica: ao que parece GARAPON confunde a criação do direito com a criação da lei. Na realidade é a criação da lei, e não do direito, que figura como tarefa exclusiva conferida ao legislador. O direito é algo mais amplo e extrapola os limites formais da lei. Desse modo, a criação judicial do direito não pode ser compreendida como uma atividade supletiva ou extraordinária, mas como razão de ser da própria atuação jurisdicional.

Pode-se afirmar, portanto, que a criação judicial do direito é um fenômeno inevitável, estimulado pela ordem democrática. É inevitável pela impossibilidade do legislador prevê todas as hipóteses de aplicação da lei, considerando ser o direito um objeto cultural, que se realiza historicamente através de valores mutáveis. Como essas mutações

---

<sup>139</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>140</sup> GARAPON, Antoine. **O juiz e da democracia**: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 227-228.

<sup>141</sup> GARAPON, op. cit., p. 181.

somente são possíveis na ordem democrática, é ela que tem exigido um novo padrão de relacionamento entre os poderes, estimulando o Judiciário a se colocar como alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e para a adjudicação da cidadania.<sup>142</sup>

Nesse contexto, o juiz singular aparece como figura exponencial. É ele que trava um contato direto com as partes e com as provas do processo, conhecendo a realidade viva dos fatos. Essa posição privilegiada permite ao juiz singular buscar a solução que melhor retrate a justiça do caso, sem apego à legalidade estrita. Sem dúvida, a atuação livre e criativa do juiz singular representa uma importante contribuição para a construção da sociedade do bem estar.

Por fim, como sinal de alerta, não há como ignorar a ocorrência de excessos praticados no exercício da jurisdição, existindo situações em que os juízes exorbitam os limites de sua atuação, invadindo desarrazoadamente a competência dos demais poderes ou proferindo decisões tendenciosas ou teratológicas. Todavia, em tais circunstâncias excepcionais, o sistema recursal deve funcionar para corrigir as imperfeições e os conselhos de controle da magistratura atuarão para “proteger a imparcialidade dos juízes, assegurar-lhes a representatividade e garantir-lhes a ética”.<sup>143</sup>

## 4.3 A BASE DE LEGITIMIDADE DO JUIZ SINGULAR

### 4.3.1 O recrutamento para cargo

---

<sup>142</sup> VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELLO, Manuel Palácios Cunha & BURGOS, Marcelo Baumman. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22.

<sup>143</sup> GARAPON, op. cit. p. 245.

Um dos eixos centrais da democracia se assenta na forma de escolha dos ocupantes dos cargos públicos. Em qualquer democracia, a forma de escolha dos representantes do povo é o que confere legitimidade às pessoas incumbidas da execução da atividade estatal.

A cultura ocidental consolidou o modelo de Estado Democrático de Direito, erigindo a democracia, representativa e participativa, como regime adotado para a organização, estrutura e funcionamento dos órgãos destinados ao exercício do poder político. Nesse modelo, o voto popular foi o instrumento adotado para a escolha dos ocupantes dos cargos de representação no Legislativo e no Executivo.

Já no que se refere à composição dos cargos do Poder Judiciário, a tradição ocidental não optou pelo voto popular como único instrumento de escolha dos membros da magistratura, sendo diversos os sistemas adotados para o ingresso na carreira. De acordo com Octacílio Paula Silva, os métodos de escolha dos membros do Judiciário variam segundo as condições históricas, sociais, culturais e políticas de cada país, além da particularidade da judicatura ser ou não de carreira.<sup>144</sup>

ZAFFARONI identifica três modelos de magistratura adotados pelo Estado, cada um apresentando um método próprio de seleção dos juízes. São eles: o empírico-primitivo, o técnico-burocrático e o democrático contemporâneo ou técnico-democrático. No modelo empírico-primitivo, o recrutamento da magistratura se rege pela arbitrariedade seletiva, seja por nomeação política, de livre escolha do Executivo ou do Legislativo ou pela concorrência da vontade de ambos; seja através de nomeação por cooptação, onde os órgãos de cúpula do Judiciário escolhem os juízes; ou através de nomeação mista, onde os membros da corte mais elevada do Judiciário são recrutados por nomeação política, enquanto os demais juízes são cooptados por ela. O modelo empírico-primitivo é característico de países não

---

<sup>144</sup> SILVA, Otacílio Paula. **Ética do magistrado à luz do direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 169.

democráticos ou com democracias pouco estáveis ou escassamente desenvolvidas, podendo ainda se verificar quando a sociedade oponha limites ao poder estatal ou quando o próprio Estado oponha reparos às deficiências da função política do Judiciário mediante instituições controladoras ou limitadoras. Na América Latina a maioria das estruturas judiciárias mantém o modelo empírico-primitivo, com um Judiciário verticalizado e cortes nomeadas por mera decisão política arbitrária, se encontrando nessa linha o sistema constitucional dos seguintes países: Argentina, Bolívia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, República Dominicana e Venezuela.<sup>145</sup>

O modelo técnico-burocrático de Judiciário pressupõe um processo de recrutamento fundado em critérios objetivos, mediante a exigência de concurso público de provas, ou provas e títulos, ou mediante uma formação escolar séria ou ambas as coisas. Esse modelo sem dúvida representa um avanço em relação ao modelo empírico-primitivo, já que erradica a arbitrariedade seletiva, garantindo um maior nível técnico à magistratura. Todavia, a desvantagem desse modelo reside no fato de manter uma estrutura judiciária verticalizante e hierarquizada, com a concentração de poder nas cúpulas dos tribunais, como ocorreu na Europa até a segunda guerra. Como resultado, o perfil da magistratura passa a ser deteriorado, com acentuada tendência à burocratização carreirística,<sup>146</sup> comprometendo a independência dos juízes de instâncias inferiores.

Por fim, no modelo democrático contemporâneo, ou técnico-democrático, o recrutamento dos membros do Judiciário ocorre mediante o instrumento do concurso público de provas e títulos, tanto para a primeira instância como para as instâncias superiores, ressalvando, apenas, o recrutamento dos integrantes de tribunal constitucional, cuja designação deve ocorrer mediante seleção dispersa. Nesse modelo, o perfil do juiz tenderá para o de um técnico politizado, não partidarizado nem burocratizado, sendo sua

---

<sup>145</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 100-103, 119-123.

<sup>146</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 103, 141 e 147.

independência melhor assegurada do que nos outros modelos, tanto externa quanto internamente, com a ambiência para operar-se com uma magistratura pluralística e, portanto, mais dinâmica.<sup>147</sup>

Com supedâneo nesses modelos, o Judiciário brasileiro pode ser identificado como técnico-burocrático. Se a Constituição Federal de 1988 prevê o ingresso na carreira da magistratura através de concurso público de provas e títulos (art. 93, inciso I), a mesma Carta opta pelo critério da discricionariedade política do Executivo na nomeação de todos os membros dos tribunais superiores, mediante aprovação pelo Senado Federal, com exceção de 5 (cinco) das atuais 7 (sete) vagas do Tribunal Superior Eleitoral (art. 119). Ou seja, dos 93 (noventa e três) cargos de ministros de tribunais superiores no Brasil, o Presidente da República nomeia 88 (oitenta e oito) membros, o que corresponde a 94,62% dos cargos.

Além disso, a Carta política de 1988 confere à chefia dos Executivos estaduais e da União a prerrogativa da nomeação dos integrantes do chamado quinto constitucional, que corresponde a um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, que são ocupados por membros do Ministério Público e da advocacia, escolhidos pelo chefe do Executivo correspondente (art. 94). Como se não bastasse, o Presidente da República ainda possui a discricionariedade de nomear os Juízes Federais e os Juízes do Trabalho de primeira instância nas promoções por merecimento aos Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho (arts. 107 e 115), não sendo raros os casos de rejeição pelo chefe do Executivo do primeiro lugar da lista tríplice elaborada pelo respectivo tribunal.

O sistema constitucional brasileiro é coerente com o modelo democrático contemporâneo quando adota o concurso público como forma de recrutamento da magistratura de primeiro grau, porém se afasta desse modelo quando confere ao Executivo a

---

<sup>147</sup> Ibidem, p. 103.

prerrogativa de nomear os ocupantes dos tribunais da Justiça Federal e os integrantes do quinto em todos os níveis do Judiciário. Essa forte ingerência do Executivo afeta sobremaneira o auto-governo do Poder Judiciário, comprometendo o seu desempenho republicano.

Não é demais dizer que a independência do Judiciário resta afetada pela discricionariedade na escolha dos membros dos seus órgãos de cúpula, uma vez que os candidatos a esses cargos precisam tecer verdadeiras teias de influência política para terem seus nomes levados em consideração pelo chefe do Executivo. Certamente tais influências geram, no mínimo, um pleito de gratidão da parte do candidato escolhido, o que pode comprometer a sua imparcialidade no julgamento de determinado caso.

Ademais, a escolha política dos membros da magistratura superior conflita com os princípios da eficiência, da impessoalidade e da moralidade administrativa, contemplados no art. 37 da Constituição Federal de 1988. O princípio da eficiência é atingido na medida em que os interesses políticos venham a se sobrepor ao interesse público, o que pode vir a ocorrer com a conivência de um Judiciário com déficit de independência; o princípio da impessoalidade é afetado em razão das designações autocráticas não serem republicanas, posto que a escolha do chefe do Executivo não carece de fundamentação, logo não permite qualquer impugnação por parte do candidato rejeitado, daí o seu caráter de favorecimento pessoal; por fim, o princípio da moralidade não é compatível com distanciamento entre a Ética e o Direito, o que ocorre quando se questiona a isenção de determinado julgador em razão da forma de seu recrutamento.

É importante destacar que, ao lado da discricionariedade política na escolha dos membros dos tribunais de cúpula do Judiciário, o sistema brasileiro estimula cada vez mais o fortalecimento da jurisprudência dos tribunais superiores, a exemplo da instituição do efeito vinculante que podem ter as súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal (art. 103-

A da Constituição Federal).<sup>148</sup> Iniciativas desse jaez têm o propósito de concentrar o poder jurisdicional nas mãos dos tribunais superiores, reservando aos juízes de instância inferior as decisões que não possam comprometer os interesses dos detentores do poder político. A respeito dessa sistemática, ZAFFARONI é enfático ao dizer o seguinte:

Nossos operadores políticos de todos os tempos perceberam, claramente, que para submeter mais eficazmente os cidadãos o melhor procedimento de domesticação consistia em fortalecer seu corporativismo verticalizante e hierarquizado, assegurando ao mesmo tempo o domínio da cúpula da corporação. A lógica de nossos executivos foi pelo caminho mais simples: é mais simples controlar um pequeno corpo de amigos que mandam sobre os demais do que controlar diretamente todo um poder judiciário, isto é, juízes de todas as instâncias. O resultado foram cúpulas hierarquicamente fortes e politicamente fracas, como quiseram os executivos (...). Em outras palavras, as cortes estão encarregadas de cancelar a independência interna dos judiciários, já que elas carecem de independência externa.<sup>149</sup>

Assim como ocorre com o chefe do Executivo e com o parlamentar, o magistrado exerce um cargo político, em representação à vontade popular. A diferença é que os governantes e parlamentares são escolhidos mediante o exercício do voto, ao passo que os magistrados, na maioria dos ordenamentos jurídicos, não são recrutados através de eleição. Essa particularidade pode conduzir ao pensamento da ausência de legitimidade dos juízes, eis que os mesmos não recebem diretamente do povo autorização para a prática de atos políticos.

Ocorre que a Constituição da República, ao prevê que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido, por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da própria Carta (art. 1º, Parágrafo único), não está se referindo apenas ao Legislativo e Executivo, mas também ao Judiciário, contemplado na Constituição como um dos poderes da República (art. 2º). Ora, se os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário pertencem ao

---

<sup>148</sup> Também cabe mencionar a chamada súmula impeditiva de recurso, prevista no art. 518, § 1º do Código de Processo Civil, e os casos de inexigibilidade do título executivo, previstos nos arts. 475-L, § 1º e 741, Parágrafo único, do mesmo diploma legal.

<sup>149</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 120.



povo, que os exerce por meio de representantes, o magistrado igualmente se coloca na posição de representante do povo, ainda que não seja recrutado através do voto.

Não é raro ouvir dizer que determinada decisão judicial não refletiu o sentimento jurídico do povo, frustrando a expectativa da maioria da população. Acontece que o mesmo fenômeno ocorre com determinadas leis produzidas pelo Legislativo ou com determinadas escolhas administrativas feitas pelo Executivo, que também não reproduzem a vontade da maioria da população. Mesmo nessas circunstâncias ninguém pode dizer que os poderes não estão cumprindo a missão de representação popular, especialmente o Judiciário, cuja função é proteger e concretizar os direitos e garantias fundamentais, ainda que contrariamente a opinião da maioria do povo. Tem razão Luiz Flávio Gomes quando afirma que: “A legitimação democrática do juiz não tem comprometerimentos com a maioria”.<sup>150</sup>

Se para o Legislativo e o Executivo a Constituição prevê a eleição direta como forma de recrutamento de seus membros, para o Judiciário a Carta Política prevê o ingresso na carreira através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases (art. 93, I). Esse modelo reflete bem as características próprias da judicatura, cujos ocupantes necessitam de conhecimentos técnicos específicos, diferentemente do que ocorre com os membros do Legislativo e do Executivo.

A exigência do concurso público de provas e títulos é sem dúvida um dos principais componentes da base de legitimidade do juiz singular. Mesmo reconhecendo que não existe um modelo perfeito de recrutamento de magistrados, a seleção técnica propiciada pelo concurso é um pressuposto importante do modelo republicano de jurisdição. É através do concurso que se consegue recrutar os profissionais melhor preparados tecnicamente, além de

---

<sup>150</sup> GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimidade da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35.

garantir a possibilidade de acesso a toda a população e permitir mais transparência e controle pela sociedade. É nessa linha de pensamento que DALLARI se manifesta:

(...) na sociedade moderna, o melhor modo de seleção de juízes é o concurso público, aberto, em igualdade de condições, a todos os candidatos que preencham certos requisitos fixados em lei, excluída qualquer espécie de privilégio ou discriminação. Desde que a Constituição preveja esse modelo de escolha e uma vez que os juízes, regulamente selecionados, atuem nos limites de sua competência legal, não há como pôr em dúvida sua legitimidade. Esta decorre da Constituição e não é menor do que a resultante do processo eleitoral.

<sup>151</sup>

Sem dúvida o concurso público garante mais legitimidade ao exercício da jurisdição, especialmente em razão da independência que confere ao magistrado. Um juiz cuja nomeação dependa do aval da classe política ou da preferência pessoal do chefe do Executivo, tende a ser mais susceptível a pressões, fragilizando a sua independência. Não é sem razão que a magistratura de primeiro grau é reconhecidamente mais independente e vanguardista, eis que mais distanciada de compromissos e arranjos político-institucionais com os demais poderes.

Aqui não se está a sugerir que a indicação política seja uma porta de entrada para a corrupção no Judiciário. Se esse raciocínio fosse prevalente os membros dos tribunais superiores no Brasil, inclusive os do Supremo Tribunal Federal, seriam postos em suspeição, o que não faz sentido. O problema do modelo da designação política é que os governantes, submetidos à lei, são responsáveis pela nomeação daqueles que os julgarão nos casos de descumprimento à lei. Essa ambigüidade de papéis não é saudável ao regime republicano, daí a razão do concurso público se mostrar mais adequado.

A propósito, merece destacar nesta oportunidade uma contradição que existe na Constituição Federal de 1988: é que a vitaliciedade, no primeiro grau de jurisdição, somente será adquirida após dois anos de exercício na judicatura, como reza o art. 95, inciso I.

---

<sup>151</sup> DALLARI, op. cit., p. 24.

Ocorre que a mesma exigência não é feita quando do ingresso na magistratura por designação arbitrária do chefe do Executivo, hipótese em que a vitaliciedade do magistrado é imediata. Ou seja, quem se submete a concurso público e logra aprovação, demonstrando habilitação técnica para o exercício do cargo, somente se torna vitalício após dois anos, ao passo que aquele que ingressa na magistratura por indicação política, sem nenhum exame objetivo de conhecimento, se torna vitalício independentemente de demonstrar sua aptidão para o cargo. Essa é uma distorção que não pode passar despercebida.

O concurso público representa, portanto, a forma mais republicana de acesso aos quadros do Poder Judiciário, sendo fator decisivo para a legitimidade do exercício da jurisdição, como ocorre com a magistratura de primeiro grau. A independência e o autogoverno do Judiciário devem passar pelo ingresso na magistratura por meio de concurso público, iniciando-se a carreira no primeiro grau de jurisdição e ascendendo até a ocupação das vagas nos tribunais superiores (salvo o Tribunal Superior Eleitoral que não integra a magistratura de carreira), através da promoção pelos critérios de antiguidade e merecimento, nos moldes do art. 93, II, da Constituição Federal, sem a ingerência dos demais poderes. A única exceção que esse modelo deve comportar se refere à criação de um Tribunal Constitucional, com competência exclusiva para a guarda da Constituição, diferentemente do que ocorre com o Supremo Tribunal Federal.<sup>152</sup> Os membros do Tribunal Constitucional deveriam ser recrutados a partir da indicação por determinados setores da sociedade civil, da classe política e dos três poderes da República.<sup>153</sup>

---

<sup>152</sup> O Supremo Tribunal Federal tem atualmente uma competência mista, funcionando como Corte Constitucional e como tribunal recursal, conforme disciplina o art. 102 da Constituição Federal de 1988.

<sup>153</sup> O Deputado Federal Flávio Dino (PCdoB/MA) apresentou na Câmara dos Deputados a proposta de Emenda à Constituição nº 342/09, onde propõe a alteração da composição do Supremo Tribunal Federal. Segundo a referida proposta, os ministros do STF, em número de 11, recrutados dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, exerceriam um mandato de onze anos, sendo escolhidos da seguinte forma: I - cinco pelo Presidente da República, devendo a escolha ser aprovada por três quintos dos membros do Senado Federal; II – dois pela Câmara dos Deputados; III – dois pelo Senado Federal e IV – dois pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/641368>>. Acesso em: 03 de julho 2009.

Para concluir, louve-se a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça ao editar a Resolução n° 75, de 12 de maio de 2009, que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional.<sup>154</sup> Ao estabelecer as regras gerais dos referidos concursos, a Resolução n° 75 inovou positivamente ao incluir conteúdos sobre o conhecimento de noções gerais de Direito e formação humanística, com disciplinas como Sociologia do Direito, Psicologia Judiciária, Ética, Estatuto Jurídico da Magistratura Nacional, Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito e da Política. Tal deliberação do Conselho Nacional de Justiça demonstra a preocupação com a formação humanista do juiz, o que se coaduna com o papel social e político desempenhado pelo Poder Judiciário na atual quadra da história.

#### 4.3.2 O juiz e os fatos

Ovídio A. Baptista da Silva está correto quando assevera que o processo judicial é um pedaço da história humana: “Com efeito, que é a *lide*, senão uma pequena unidade da história vivida por seres reais?”<sup>155</sup> Em verdade, abstraída a idéia da história tradicional retratada pelos historicistas, onde são registrados os eventos, os nomes e as datas importantes, o processo judicial é palco de angustias, ansiedades e dramas envolvendo na maioria dos casos pessoas comuns. São cidadãos de todas as classes sociais que acorrem ao Judiciário diariamente expondo seus sentimentos e infortúnios, visando a alcançar uma vida mais feliz. Os processos judiciais retratam o mundo dos fatos: o cotidiano das cidades, os conflitos familiares, a difícil relação entre Estado e indivíduo, entre consumidor e fornecedor, capital e trabalho, privilegiados e excluídos, enfim as desigualdades e contradições existentes na sociedade contemporânea.

---

<sup>154</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 05 de julho 2009.

<sup>155</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**, p. 264.

Em razão da marcante presença dos fatos no universo jurídico, os romanos costumavam dizer que o direito nasce do fato: *ex facto oritur jus*. Compreenda-se, porém, que não é todo fato cotidiano que dá origem ao direito, mas somente aqueles a que o homem atribua significação jurídica, ou seja, somente interessa ao direito os fatos produzidos pela cultura humana, os chamados fatos jurídicos. Segundo CARVALHO, “os fatos jurídicos não são simplesmente os fatos do mundo social, constituídos pela linguagem de que nos servimos no dia a dia. Antes, são enunciados proferidos pela linguagem competente do direito positivo, articulados em consonância com a teoria das provas”.<sup>156</sup> Vale dizer, o que transforma um evento qualquer em fato jurídico é o seu relato vazado em linguagem por autoridade competente, embasado em provas admitidas pelo ordenamento. Assim, por exemplo, se alguém dirige um automóvel sob efeito de álcool, mas chega ao seu destino sem nenhum incidente, tal evento não interessa ao direito. Todavia, se esta mesma pessoa é flagrada pela autoridade policial, ou se se envolve em um acidente de trânsito, sua conduta importa ao direito na condição de fato jurídico.

Sendo indissociável a relação entre o direito e o fato, a busca pelo convencimento do juiz acerca dos fatos constitui finalidade primordial do processo, disso dependendo o sucesso da parte. É justamente visando ao convencimento do juiz a respeito dos fatos que as provas são produzidas no processo, eis que a partir delas o juiz buscará reconstruir a configuração dos acontecimentos.

O procedimento probatório pode ser dividido em até quatro etapas: “*propositura* pela parte, *admissão* pelo juiz, *realização* (ou produção) com a participação de todos os sujeitos processuais e *avaliação*, tarefa do julgador”.<sup>157</sup> A propositura e a admissão

---

<sup>156</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário – fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 89.

<sup>157</sup> GARCIA, André Almeida. **Prova civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36. Moacir Amaral Santos fala em três momentos da prova: a *propositura*, a *admissão* e a *produção* (in: **Primeiras linhas de direito processual civil**, v. 2, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 361). Humberto Theodoro Júnior também considera três os estágios do procedimento probatório: a proposição, o deferimento e a produção (in: **Curso de Direito Processual Civil**, v. 1, 37. 3e. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 376).

são as fases iniciais do procedimento probatório. Na fase de propositura as partes protestam pela produção da prova, com a finalidade de demonstrar a ocorrência de determinado fato por elas alegado: o autor na petição inicial e após a contestação (Código de Processo Civil, arts. 282, VI e 324, respectivamente) e o réu na contestação (Código de Processo Civil, art. 300). Na fase de admissão o juiz analisa o cabimento da prova, a fim de identificar se existem normas que limitam ou excluem o emprego de determinados meios de prova, o que ocorre por ocasião do saneamento do processo (Código de Processo Civil, art. 331).<sup>158</sup>

A produção (ou realização) e a valoração da prova apresentam uma ligação muito estrita entre si, apesar de constituírem fases distintas do procedimento probatório. Como as provas se destinam ao convencimento do juiz a respeito da ocorrência dos fatos, e como é ele, o juiz, que conduz a colheita das provas, a produção e a valoração destas não ocorrem de modo isolado, mas se interligam, posto que o juiz verificará o grau de credibilidade da prova já no momento de sua produção, tendo que decidir, por exemplo, se o depoimento da testemunha é confiável ou se o documento é autêntico e representa fielmente os fatos tal e como se produziram.<sup>159</sup> Portanto, já no momento em que produz a prova o juiz igualmente valora o seu conteúdo, buscando contextualizar os fatos da maneira mais fiel possível. A condição de valorar a prova no exato momento de sua produção é um diferencial que distingue o julgamento dos juízes do julgamento dos tribunais, uma vez que estes se limitam ao ato de valorar a prova, porém sem tê-la produzido.

O termo sentença nos idiomas de origem latina provém do verbo *sentire*, com o significado de sentir, experimentar uma sensação ou sentimento, decidir, julgar, conforme a percepção dos sentidos.<sup>160</sup> A sentença é, pois, o resultado daquilo que o juiz “sentiu” do processo.

---

<sup>158</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>159</sup> GARCIA, op. cit, p. 65.

<sup>160</sup> NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 28.

Nesse contexto, resta explicado o porquê da sentença ser um ato privativo do juiz singular.<sup>161</sup> Como é o juiz singular que exerce a atividade de instrução do processo, mantendo contato direto com as partes e presidindo a produção das provas, somente ele é dotado de melhores condições para sentir a lide, daí a privatividade do ato de sentenciar. Decidir sobre fatos exige proximidade e conhecimento da realidade circundante. Quanto mais próximo das partes e dos acontecimentos, e quanto maior o conhecimento do contexto social da lide, melhor será a compreensão ou sentimento do julgador a respeito do caso *sub examine*.

Reforçando a importância da vinculação entre o juiz e os fatos, o Código de Processo Civil, em seu art. 132, apregoa que: “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”. Este dispositivo bem revela a preocupação do legislador com as impressões pessoais colhidas pelo juiz que manteve contato com as partes e com as provas em audiência, sendo ele, portanto, conhecedor dos fatos, desse modo reunindo melhores condições para sentenciar.

Outro aspecto relevante na relação entre o juiz e os fatos se situa no âmbito da iniciativa probatória, à luz da previsão contida no art. 130 do Código de Processo Civil: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

A concepção publicista do processo produziu significativa mudança no tocante ao poder instrutório do juiz, merecendo destaque a revisão levada a efeito no sentido de restringir a abrangência do princípio dispositivo, segundo o qual o indivíduo possui a faculdade exclusiva de invocar a tutela jurisdicional do Estado para a satisfação do seu direito

---

<sup>161</sup> O julgamento proferido pelos tribunais recebe a denominação de acórdão (Código de Processo Civil, art. 163).

material. LOPES ressalta nesse campo o papel de relevo desempenhado por Cappelletti na moderna configuração do princípio dispositivo, que significa, apenas, que a iniciativa das alegações e dos pedidos incumbe às partes, não ao juiz. Este, porém, na condição de diretor formal do processo, exerce poder de intervenção, de solicitação e de estímulo às partes para que esclareçam suas alegações e petições, podendo para tanto determinar as diligências necessárias à integral apuração dos fatos.<sup>162</sup>

Urge ressaltar que a atuação mais ativa do juiz na apuração dos fatos não afeta sua imparcialidade, como destaca GOMES:

Imparcialidade não significa neutralidade diante dos valores a serem salvaguardados por meio do processo. Não há nenhuma incompatibilidade entre tal princípio e o empenho do juiz para que seja dada razão àquela parte que efetivamente agiu segundo o ordenamento jurídico. Ao contrário, este é o verdadeiro intento do processo. Importa ao juiz conduzi-lo de tal modo que seja efetivo instrumento de justiça, que vença quem realmente tem razão. Nisto consiste a imparcialidade.<sup>163</sup>

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça de há muito pacificou a jurisprudência no sentido de outorgar ao juiz os mais amplos poderes probatórios, reconhecendo que o mesmo deixou de ser um espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade. Para o Superior Tribunal de Justiça, a iniciativa probatória do julgador se justifica em qualquer circunstância, presentes razões de ordem pública, quando o juiz está diante de causa que tenha por objeto direito indisponível – ações de estado – ou quando, em face das provas produzidas, o juiz se encontre

---

<sup>162</sup> LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 66.

<sup>163</sup> GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 75.



em estado de perplexidade, ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.<sup>164</sup>

Como em nosso mundo nada é igual, somente as circunstâncias fáticas da lide, sentidas pelo julgador, são capazes de conformar a decisão com a melhor alternativa de solução do conflito. Para tanto, o julgador deve ter a capacidade de aplicar o direito apreendendo o fato em sua individualidade. Desse modo, confirma-se o que se tem buscado demonstrar: estando o juiz singular em contato direto com os fatos colhidos em audiência, a sua posição se afigura privilegiada para sentir os elementos da lide, o que representa um forte componente de legitimidade de sua decisão.

### 4.3.3 O juiz e as partes

Modernamente, em especial no âmbito da jurisdição constitucional, sobreleva a preocupação em assegurar mecanismos de participação do cidadão na construção da decisão judicial. Essa abertura à participação popular no âmbito do processo constitucional tem implicado no uso de institutos como o *amicus curie*, por exemplo, que possibilita a ampliação da discussão da lide, permitindo a intervenção no processo de terceiros interessados.<sup>165</sup>

Para HÄBERLE, a interpretação constitucional não pode ser considerada um evento exclusivamente estatal,<sup>166</sup> devendo contemplar um modelo que amplie a participação popular, abandonando o modelo rosseauísta da democracia passiva do povo, em favor de um

---

<sup>164</sup> Voto do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, rel. do ac. un. da 4ª T. do STJ, de 12.12.1995, no REsp. 43.467-MG. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 19 de julho 2009.

<sup>165</sup> A Lei nº 9.868/99, que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, em seu art. 7º, § 2º, processualizou a figura do chamado *amicus curie*, permitindo que terceiros – desde que investidos de representatividade adequada – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

<sup>166</sup> HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre; Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 23.

Estado de Direito de domínio do cidadão, que deve atuar como interprete participativo da Constituição e não apenas como mero espectador.<sup>167</sup>

Nessa mesma linha de pensamento, a teoria do auditório preconizada por Chaim Perelman é outro meio de democratização do processo constitucional, onde se defende a estrutura de argumentação como fonte de legitimação da decisão judicial, que passa por um controle de qualidade da sociedade como um todo, capaz de contra-argumentar no âmbito do processo constitucional.<sup>168</sup>

CATTONI DE OLIVEIRA também cuida de destacar a processualidade discursiva como base de legitimação da decisão judicial, registrando que as garantias processuais atribuídas às partes – o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação das decisões – mais a atuação do juiz, do Ministério Público, das próprias partes e de seus advogados, são indispensáveis à construção participativa e à legitimação da decisão judicial.

<sup>169</sup>

Corroborando essa tendência de democratização do processo judicial, o Supremo Tribunal Federal tem franqueado ultimamente a participação da sociedade no julgamento de alguns casos complexos. Essa abertura tem ocorrido por meio de audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, onde são ouvidos os interessados e especialistas na matéria em exame, como ocorreu no caso da ADin nº 3510, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, que pugnava pela declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 25/3/2005), visando a proibição da realização de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas no país, cujo feito foi julgado improcedente por maioria de votos; e da ADPF nº 54, proposta pela Confederação

---

<sup>167</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>168</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito (Teorias da Argumentação Jurídica – Perelman, Toulmin, MacCormicck, Alexy e outros)**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 110.

<sup>169</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 78-79.

Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, que pretende garantir à gestante de feto anecéfalo o direito de se submeter a antecipação terapêutica do parto, sem necessidade de prévia autorização judicial ou permissão específica do Estado. Neste caso, por maioria de votos, a Corte Suprema revogou a liminar do ministro relator que reconhecia o direito da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anecéfalos, estando o feito sobrestado no aguardo da decisão de mérito.<sup>170</sup>

Antes de prosseguir, cabe fazer aqui uma ressalva importante: é que o movimento democrático-processualista da jurisdição, não rivaliza nem suplanta a atividade hermenêutica do julgador, pois não se pode perder de vista que a jurisdição igualmente atua como um poder controlador da vontade da maioria. Assim, busca-se um ponto de equilíbrio entre os procedimentos democratizantes de atuação do cidadão e a atividade hermenêutica do juiz, ambos igualmente essenciais à garantia da democracia e à concretização dos direitos fundamentais. Tem razão Mônica Leal quando destaca que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar sem uma justiça constitucional, nem os conteúdos essenciais e principiológicos da Constituição podem ser realizados sem a atuação da jurisdição. Desse modo, a corrente procedimentalista, que defende processos democráticos na formação da decisão judicial, precisa dialogar com a corrente substancialista, que defende a importância do Judiciário na garantia e concretização dos direitos constitucionais. Como ambas as correntes são favoráveis a abertura e indeterminação dos conteúdos da Constituição, há de se reconhecer a exigência de uma posição ativa do Judiciário, a fim de deliberar e especificar melhor estes conteúdos.<sup>171</sup>

No âmbito da jurisdição de primeiro grau, a proximidade entre o juiz e as partes é fator essencial à democratização do processo e à legitimidade da decisão judicial. É

<sup>170</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso: em 24 de julho 2009.

<sup>171</sup> LEAL, Mônica 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. 95-96.

na jurisdição de primeiro grau, como em nenhuma outra, que o julgador se coloca frente a frente com as partes, tendo a possibilidade de dialogar com as mesmas e assim conhecer os meandros da lide. Nesse contato pessoal, o juiz tem condições de aquilatar o nível de angústia das partes, suas expectativas e segurança a respeito do direito; os pormenores fáticos que não foram relatados nas petições; a qualidade da representação que as partes estão tendo e suas limitações para a produção da prova necessária ao devido esclarecimento dos fatos. Tudo isso é importante ao exercício da atividade instrutória do processo, que deve ser capaz de conduzir o juiz a tomada de uma decisão equilibrada e socialmente justa.

O Código de Processo Civil em várias oportunidades permite ao juiz interferir diretamente na instrução processual, chamando para si a iniciativa de produzir as provas necessárias à comprovação dos fatos motivadores das pretensões, ainda que não requeridas pelas partes, como reza o art. 130. Este dispositivo também confere ao juiz o poder de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, neutralizando a intenção da parte voltada ao prolongamento desnecessário da demanda.

Ainda com fundamento do art. 130 do Código de Processo Civil, mesmo que se trate de revelia (art. 319), o juiz tem o poder de busca esclarecer os fatos essenciais à sua decisão. Tal conduta do juiz não há de ser considerada reveladora do propósito de beneficiar o réu, já que a falta de esclarecimentos nem sempre decorre da desídia da parte, mas pode resultar de uma desigualdade econômica ou cultural entre os litigantes sentida pelo juiz, que deve estar atento e tem o dever de corrigi-la.

Dentre outros, podem ser citados os seguintes poderes instrutórios do juiz, previstos no Código de Processo Civil: determinar o comparecimento pessoal das partes para que sejam interrogadas sobre os fatos da causa (art. 342); ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se ache em seu poder (art. 355) ou determinar que terceiro assim

também o faça (art. 362); inspecionar pessoas ou coisa (art. 440); determinar a realização de nova perícia quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida (art. 437).

CHIOVENDA sustenta que o chamado princípio da imediação, verdadeira essência do princípio da oralidade, almeja o seguinte:

que o juiz, a quem caiba proferir a sentença, haja assistido ao desenvolvimento das provas, das quais tenha de extrair seu convencimento, ou seja, que haja estabelecido contato direto com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com os objetos do processo, de modo que possa apreciar as declarações de tais pessoas e as condições do lugar, e outras, baseado na impressão imediata, que delas teve, e não em informações de outros. O princípio não se acha apenas estritamente conjugado ao da oralidade, tanto que só no processo oral é passível de plena e eficaz aplicação, senão que, em verdade, constitui a essência do processo oral.<sup>172</sup>

O § 2º do art. 331 do Código de Processo Civil destaca a importância do diálogo mantido em audiência entre o juiz e as partes. Referido dispositivo se reporta à hipótese da audiência preliminar visando ao saneamento do processo, depois de ultrapassada a fase do julgamento antecipado da lide. Nos termos do § 2º do art. 331, quando, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação entre as partes, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

Com o acréscimo do § 2º ao art. 331,<sup>173</sup> o Código de Processo Civil brasileiro seguiu a orientação dos Códigos italiano e português, dispondo o primeiro, em seu art. 127, que o juiz, regulando a discussão em audiência, “determina os pontos sobre os quais ela deve desenvolver-se”; e o segundo, no art. 511, prevendo que o juiz “selecionará, dentre os fatos articulados, os que interessam à decisão da causa”. O direito alemão também contempla a

---

<sup>172</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, vol. 3, 1ª ed., Campinas: Bookseller, 1998, p. 53.

<sup>173</sup> O § 2º foi acrescentado ao art. 331 do Código de Processo Civil pela Lei nº 8.952/1994.

realização de uma audiência preparatória, cuja função principal consiste em fixar o ponto litigioso para efeito da delimitação da prova e possível discussão da causa.<sup>174</sup>

Na verdade, o sistema do Código de Processo Civil brasileiro sempre contemplou o saneamento do processo pelo juiz, que tem lugar quando o órgão julgador chega à convicção de que é necessário e útil o prosseguimento do feito, impelindo-o em direção à audiência de instrução e julgamento, por não estar ainda madura a causa para a decisão de mérito.<sup>175</sup> A novidade introduzida pelo § 2º do art. 331 consistiu em por fim ao saneamento como ato solitário do juiz, passando o mesmo a ocorrer oralmente em audiência, na presença das partes e seus advogados. Com isso, a intenção do legislador foi otimizar o processo, surgindo a audiência preliminar com o propósito de servir de ocasião ao juiz para a exortação às partes, em favor da conciliação, bem antes do início da instrução.<sup>176</sup>

A tentativa de conciliação representa o primeiro momento importante de aproximação entre o juiz e as partes na audiência preliminar. Ao tentar a conciliação o juiz dialoga com as partes na busca de pontos de convergência capazes de unir as pretensões conflitantes. Esse diálogo deve ser franco e o juiz precisa conhecer previamente o processo para conduzir a conciliação, cujas vantagens necessitam ser destacadas: a rapidez e a efetividade de seus resultados; a redução do desgaste emocional e do custo financeiro; a garantia de privacidade e sigilo; a facilitação da comunicação e a promoção de ambientes cooperativos; a transformação das relações e melhoria dos relacionamentos.<sup>177</sup>

---

<sup>174</sup> ALVIM, J. E. Carreira. **Alterações do código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 99-100.

<sup>175</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 52-53.

<sup>176</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. A audiência preliminar como fato de otimização do processo: o saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v.1, n. 2, outubro de 2006. Disponível em: [http://www.http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20730/1/audiencia\\_preliminar\\_fator\\_otimizacao.pdf](http://www.http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20730/1/audiencia_preliminar_fator_otimizacao.pdf). Acesso em: 26 de julho 2009.

<sup>177</sup> MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **Introdução aos Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsia**. 2. ed. Brasília: CACB/SEBRAE/BID, 2004, p. 34.

Ultrapassada a conciliação sem êxito, o diálogo entre o juiz e as partes prossegue visando a fixação dos pontos controvertidos da demanda. Aqui, pontos controvertidos se referem às questões fáticas sobre as quais existe dissenso entre as partes. Mesmo sendo comum a existência de dissensos envolvendo questões unicamente de direito,<sup>178</sup> apenas os pontos controvertidos de natureza fática necessitam de fixação na audiência preliminar, uma vez que as questões unicamente de direito se resolvem mediante o julgamento antecipado da lide, sem necessidade da realização de audiência preliminar.

A tarefa de fixar os pontos controvertidos impõe um diálogo aberto e franco entre o juiz, as partes e seus advogados, de modo que possam ser delimitados os fatos controversos que estão a exigir a produção de prova. Nesse momento o juiz precisa de sensibilidade para identificar quais são os fatos verdadeiramente controvertidos, posto que em muitas situações o envolvimento emocional das partes as impede de enxergar, ou mesmo admitir, que certos fatos independem de prova, como acontece com os fatos notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária e os admitidos no processo como incontrovertidos (Código de Processo Civil, art. 334).<sup>179</sup>

Fixados os pontos controvertidos e decididas as questões processuais pendentes, a audiência preliminar entra na fase da determinação das provas a serem produzidas na instrução e julgamento. Para decidir a respeito das provas a serem produzidas o juiz retoma o diálogo realizado com as partes na fixação dos pontos controvertidos, desta feita

---

<sup>178</sup> Ponto de divergência (art. 269 do Código de 1939) ou ponto controvertido (art. 331, § 2º, do Código em vigor) nada mais é do que uma questão de fato ou de direito que cumpre ao juiz resolver. Assim ensinava Carnelutti, para quem toda afirmação contida nas razões (da pretensão ou da contestação), a respeito da qual surge uma dúvida, torna-se uma questão. Em outros termos, questão 'é um ponto duvidoso, de fato ou de direito, e sua noção é correlata à noção de afirmação'. Não há dúvida de que a expressão ponto controvertido traduz, do ponto de vista prático, o que realmente pretendeu traduzir, ou seja, ponto a respeito do qual instaurou-se uma controvérsia (ALVIM, J. E. Carreira. **Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 182).

<sup>179</sup> Recordo-me, em minha vivência profissional na magistratura, presidindo uma audiência preliminar, do caso de um advogado que requerera a produção de prova pericial para comprovar a mutilação na mão de seu cliente, em decorrência de um acidente de trabalho. Naquela oportunidade, fiz ver ao advogado da desnecessidade da produção da prova pericial requerida, bastando que seu cliente exibisse em audiência o membro mutilado, como ocorreu.

para definirem, juntos, as provas necessárias e úteis à superação das controvérsias. Ouvir as partes, sopesar suas condições financeiras e culturais e decidir a respeito das provas que serão produzidas é tarefa que incumbe ao juiz nesse momento.

A delimitação da controvérsia na audiência preliminar repercute diretamente na instrução e julgamento e na prolação da sentença. A partir do consenso entre o juiz e as partes a respeito dos fatos a serem dirimidos e das provas a serem produzidas, o caminho que conduzirá à prestação jurisdicional resta definido. Daí em diante cabe ao juiz exercitar a sensibilidade pessoal apurada ao longo do processo, escolhendo a solução mais adequada às peculiaridades do caso.

Por fim, a experiência vivenciada pelo juiz singular não pode ser reproduzida na seara recursal. Ainda que o tribunal se conduza de maneira fiel às provas carreadas ao processo, o ato de julgar um recurso é diferente do ato de proferir uma sentença. A distância entre o tribunal e as partes torna o julgamento do recurso eminentemente técnico, ignorando as particularidades identificadas pelo juiz no contato pessoal com as partes e com as provas. Ademais, como registra ZAFFARONI, as cúpulas dos tribunais tendem a se valer de equipes de auxiliares às quais se delegam funções jurisdicionais, sendo estes auxiliares “os que exercem o verdadeiro poder e que têm realmente mais arbítrio que os próprios juízes, que materialmente lhes estão subordinados”.<sup>180</sup>

---

<sup>180</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 162.



## **5 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO**

### **5.1 GARANTIAS FUNDAMENTAIS E TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA**

#### **5.1.1 Panorâmica das garantias fundamentais**

É difícil estabelecer uma separação rigorosa entre direitos e garantias fundamentais, tendo em vista que os direitos também são garantias e vice-versa, ambos associados à idéia de prerrogativas asseguradas aos cidadãos pela ordem constitucional. Para exemplificar, basta imaginar que o direito à vida corresponde à garantia da proibição da pena de morte; o direito à liberdade e segurança às garantias da irretroatividade da lei penal e do *habeas corpus*; o direito à liberdade de expressão e informação à garantia da proibição da censura etc.<sup>181</sup>

---

<sup>181</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, 2. ed., tomo IV: Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 88-89.

Numa perspectiva técnico-jurídica é possível distinguir os direitos e garantias fundamentais pelo fato dos primeiros possuírem caráter material, conferindo aos seus titulares determinadas possibilidades jurídicas; já as garantias desempenham uma função instrumental, conferindo meios processuais adequados à concretização dos direitos. MIRANDA explica bem esta distinção:

Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional subjectivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.<sup>182</sup>

FERRAJOLI também se ocupa da relação entre direitos e garantias, porém destacando a divergência entre normatividade e efetividade, sendo o “garantismo jurídico” a forma de fazer a junção entre elas. Para FERRAJOLI as garantias vinculam os conteúdos substanciais dos direitos fundamentais, ou seja, o poder de criação do direito pelo Estado encontra limitação no elenco sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivados. Assim, mesmo reconhecendo formalmente que uma norma somente é válida quando composta de acordo com os procedimentos traçados previamente pelo ordenamento jurídico – como defende a teoria pura do direito – FERRAJOLI acrescenta que essa mesma norma somente é válida se compatível com a ordem material dos direitos fundamentais, cujas técnicas de garantia é obrigação e responsabilidade da cultura jurídica elaborar.<sup>183</sup>

O Título II da Constituição Federal de 1988 enuncia direitos e garantias fundamentais, conferindo-lhes a mesma estatura. A indicação de serem direitos e garantias fundamentais decorre do importantíssimo conteúdo que referidas normas possuem, ambas igualmente essenciais à conformação e estabilidade do Estado Democrático de Direito. Assim,

<sup>182</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>183</sup> FERRAJOLI, Luigi. “O direito como sistema de garantias”. Trad. E. M. Costa. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 94. Cf. tb. MAIA, Alexandre da. “O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares”. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>. Acesso em 3 de agosto 2009.

uma garantia é fundamental quando identificada com um direito também fundamental, isto é, uma garantia é fundamental quando destinada à conferir os meios adequados à efetivação de um direito fundamental.

As garantias conferidas aos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira podem ser apontadas a partir dos seguintes elementos: a) rigidez constitucional dos direitos fundamentais; b) eficácia imediata dos direitos fundamentais; c) controle da constitucionalidade das leis e atos normativos em geral; d) proteção judicial através dos chamados remédios constitucionais.<sup>184</sup>

A rigidez constitucional como garantia dos direitos fundamentais encontra previsão no art. 60, § 4º, inciso IV da Carta Magna. Tal dispositivo impõe não ser objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Trata-se de uma imunidade que eleva os direitos e garantias individuais à categoria de cláusulas pétreas, criando um núcleo de proteção inalcançável pelo poder constituinte reformador.

Urge indagar, contudo, se a garantia da rigidez constitucional se estende a totalidade dos direitos fundamentais, inclusive aos não catalogados no art. 5º da Constituição Federal (como os direitos sociais, os direitos da nacionalidade e os direitos políticos) ou se fica restrita aos “direitos e garantias individuais”.

Mostra-se difícil distinguir os direitos e garantias individuais dos direitos sociais individuais e coletivos. Na verdade todos os direitos fundamentais são direitos individuais, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. É o caso, por exemplo, do direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225 da Constituição Federal) que, mesmo sendo coletivo, pode ser reduzido a uma dimensão individual, haja vista que o dano ambiental

---

<sup>184</sup> SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 46.

que venha a atingir um grupo de pessoas gera direito à reparação por parte de cada indivíduo prejudicado.<sup>185</sup>

Na verdade, o que importa para delimitar a intangibilidade de um direito fundamental é a identificação do seu núcleo essencial, independentemente de se tratar de um direito individual ou coletivo.<sup>186</sup> De acordo Rudolf Smend, o núcleo essencial dos direitos fundamentais corresponde a um sistema de valores e bens e um sistema cultural no qual o Estado encontra a sua unidade, ou seja, um sistema nacional de valores único para todos os membros do Estado.<sup>187</sup> Peter Häberle também identifica o núcleo essencial dos direitos fundamentais como um sistema de valores, porém defende que o núcleo essencial não existe por si só, mas estaria determinado pela Constituição, cabendo ao legislador, além de regular um direito fundamental, estabelecer o seu conteúdo e os limites iminentes, mediante a ponderação entre os interesses dos particulares e os da coletividade.<sup>188</sup>

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu qualquer diferença entre os direitos de liberdade individual e os direitos sociais. Prova disso é que o art. 1º da Carta Magna apresenta como fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV), ao passo que o art. 3º estabelece, dentre os objetivos fundamentais do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); a erradicação da pobreza e da marginalização

---

<sup>185</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 432-433.

<sup>186</sup> A propósito do caráter individual ou coletivo dos direitos fundamentais, não existe consenso doutrinário a respeito do tema. Para os adeptos da teoria subjetiva, como o indivíduo é o titular do direito fundamental, o direito subjetivo do indivíduo em particular sempre prevalece em relação à coletividade; já os adeptos da teoria objetiva admitem que um direito fundamental possa não ser aplicado a um particular, sem que isso afete o seu conteúdo essencial, desde que continue vigente para as demais pessoas (LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 164, p. 7-15, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/lopes2.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto 2009.

<sup>187</sup> SMEND, Rudolf. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Aguilar, 1970 apud LOPES, Ana Maria D'Ávila, op. cit.

<sup>188</sup> HÄBERLE, Peter. Recientes aporte sobre los derechos fundamentales em Alemania. Revista Pensamiento Constitucional, Lima, ano 1. v.1, 1994 apud LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 164, p. 7-15, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/lopes2.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto 2009.

e a redução das desigualdades sociais e regionais; além da promoção do bem estar de todos, sem nenhum preconceito (inciso IV). Assim, conclui-se que o princípio do bem estar social integra o sistema de valores do Estado constitucional brasileiro, logo os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988 não podem ficar fora do rol dos direitos fundamentais passíveis de proteção contra o poder reformador. O mesmo há de ser compreendido em relação aos direitos da nacionalidade e ao direito de participação política, previstos nos artigos 12 e 14 da Constituição Federal de 1988, respectivamente.

É de se registrar, por fim, a dificuldade que se tem para delimitar adequadamente o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Sem essa delimitação surge, de um lado, o risco de engessamento do sistema constitucional, que ficaria impedido de evoluir sob pena de ofender os direitos fundamentais; e, de outro lado, a possibilidade de supressão ou retrocesso do direito fundamental, seja por obra do legislador reformador ou do legislador infraconstitucional.

Para equacionar o problema acima apontado, a identificação da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dos direitos fundamentais parece representar a melhor solução. Uma vez identificada a correlação direta entre a dignidade da pessoa humana e o núcleo essencial de determinado direito fundamental, a necessidade de concretização desse direito e a vedação ao retrocesso se mostra inquestionáveis. Em outras situações, porém, quando o princípio da dignidade humana não corresponder diretamente ao núcleo essencial do direito fundamental, a relativização desse direito é aceitável e o limite ao poder de legislar se amplia, contanto que o direito fundamental não seja desnaturado.

Outra garantia importante dos direitos fundamentais é sua eficácia imediata. Por eficácia imediata dos direitos fundamentais entenda-se a aptidão que os mesmos possuem para figurar como direito subjetivo individual de aplicação direta desde logo. A importância da garantia da eficácia imediata está no fato dos direitos fundamentais poderem produzir

efeitos diretamente na situação em concreto, tanto na relação entre Estado e indivíduo (eficácia horizontal) como na relação entre particulares (eficácia vertical).<sup>189</sup>

A respeito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988 assim dispõe: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Aqui cabe registrar que a garantia da aplicação imediata se estende à totalidade dos direitos fundamentais individuais e coletivos previstos na Carta Magna, ainda que não catalogados no art. 5º, como é o caso dos direitos sociais, dos direitos da nacionalidade e dos direitos políticos, além de outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, segundo reza o § 2º, do art. 5º antes referido.

Mas será que todos os direitos fundamentais têm a garantia de serem imediatamente aplicados, ainda que dependam de uma *interpositio legislatoris*? E no caso dos chamados direitos sociais prestacionais, a exigirem políticas públicas com disponibilidade financeira do Estado, ainda assim esses direitos são imediatamente aplicados?

Vale consignar, de logo, que o Poder Judiciário está legitimado para atuar na efetivação dos direitos fundamentais em qualquer hipótese, com fulcro no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que já foi objeto de comentários anteriores neste trabalho. Também o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil estatui que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, o que demonstra que a ausência de concretização legislativa não é óbice à garantia da aplicação imediata dos direitos fundamentais. Foi assim que o Supremo Tribunal Federal, em outubro de 2007, reconheceu o direito de greve dos servidores públicos que, mesmo previsto

<sup>189</sup> Aqui fica clara nossa posição no sentido de admitir a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, muito embora o tema seja objeto de controvérsias. Segundo Daniel Sarmento, a maioria da doutrina alemã e sua Corte Constitucional nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Para SARMENTO, porém, não há no texto da Constituição de 1988 nada que sugira a idéia de vinculação direta aos direitos fundamentais apenas dos poderes públicos. Ao contrário, a idéia transmitida pela Constituição é de uma vinculação passiva universal (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 197-198 e 238).

no art. 37, inciso VII da Constituição de 1988, nunca foi disciplinado por legislação específica durante os últimos 20 anos. Em razão dessa omissão do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal decidiu aplicar às paralisações do funcionalismo público a Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, que regulamenta a greve dos trabalhadores da iniciativa privada.<sup>190</sup>

O problema parece mais agudo quando se trata da implementação de direitos sociais prestacionais, a exigirem a execução de políticas públicas com disponibilidade financeira do Estado. Em casos desse jaez, a atuação do Poder Judiciário deve ser pautada num “juízo de proporcionalidade entre a aproximação do direito reclamado à idéia de mínimo existencial (razoabilidade da pretensão pela relevância do bem jurídico) e a existência de disponibilidade financeira do Estado (reserva do financeiramente possível)”.<sup>191</sup> A propósito da teoria da “reserva do possível”, com base no art. 2º, alínea I, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), Fábio Konder Comparato afirma que:

Se o Estado não dispõe, como é óbvio, de condições materiais para atender à totalidade das demandas individuais de bens indispensáveis a uma vida digna, ele tem, não obstante, inquestionavelmente, o dever constitucional de pôr em prática, com todos os meios ao seu alcance, as políticas dirigidas à consecução desse objetivo.<sup>192</sup>

Garantia fundamental indispensável é o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos em geral. A finalidade deste controle é analisar a conformação das leis e atos normativos com a Constituição da República.

José Afonso da Silva identifica como três as formas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto. O controle político é exercido por órgãos de natureza política, a exemplo do Poder Legislativo, ou de um órgão especial como o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63); o controle

<sup>190</sup> A matéria foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Injunção n.º. 670/ES, 708/DF e 670/ES. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 22 de agosto 2009.

<sup>191</sup> BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008, p. 147.

<sup>192</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo da Cunha (Coordenadores), p. 250 apud BARROS, Marcus Aurélio de Freitas, *ibidem*, p. 156.

jurisdicional, ou *judicial review*, como é denominado nos Estados Unidos da América, é exercido pelo Poder Judiciário que detém competência para declarar a inconstitucionalidade das leis e de outros atos do poder público que contrariem, formal ou materialmente, a Constituição; já o controle misto se realiza quando a Constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais são submetidas ao controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais ao controle jurisdicional.<sup>193</sup>

O controle jurisdicional de constitucionalidade pode se dar por duas vias: a via da exceção e a via da ação. O controle por via de exceção ocorre quando uma das partes da demanda deduzida em juízo levanta em sua defesa, incidentalmente, a tese da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo que seria aplicado em seu desfavor. Neste caso, acolhida a arguição de inconstitucionalidade, a decisão judicial não anula ou invalida a lei ou o ato normativo inconstitucional, que continua a ter eficácia geral, porém subtrai a produção de seus efeitos em relação às partes do processo.

O controle de constitucionalidade por via de ação ou controle direto ou abstrato, por seu turno, é exercido de modo concentrado por um único órgão incumbido da guarda da Constituição, cuja missão pode ser confiada ao Poder Judiciário, como ocorre no Brasil, através do Supremo Tribunal Federal, ou a um órgão não integrante do Judiciário, como no caso da Espanha, cuja atribuição compete ao denominado Tribunal Constitucional. O controle abstrato de constitucionalidade independe da existência de qualquer conflito entre as partes que integram a demanda, e o julgamento proferido nesta seara extrapola os limites subjetivos das partes diretamente envolvidas, deitando seus efeitos *erga omnes*.

No Brasil, o controle abstrato de constitucionalidade é exercício pelo Supremo Tribunal Federal, que poderá fazê-lo mediante provocação através de qualquer dos seguintes instrumentos: 1) ADIn ou ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, “a”); 2)

---

<sup>193</sup> SILVA, José Afonso da., op. cit., p. 51.



ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (CF, art. 102, § 1º; 3) ADIn por Omissão (CF, art. 103, § 2º); 4) ADIn Interventiva (CF, art. 36, III; 5) ADECON ou ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade (CF, art. 102, I, “a”).

As garantias fundamentais também se exercem por meio dos chamados remédios constitucionais, que são instrumentos previstos na Constituição Federal de 1988 para proteger a inviolabilidade dos direitos fundamentais, a saber: o direito de petição (art. 5º, XXXIV, a); o direito à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, b); o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII); a ação popular (art. 5º, LXIII); o mandado de segurança, individual e coletivo (art. 5º, LXIX e LXX); o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); o *habeas data* (art. 5º, LXXII); a defesa dos direitos individuais e coletivos das categorias representadas pelas entidades sindicais (art. 8º, III) e ação civil pública pelo Ministério Público (art. 129, III).

Por fim, ao lado das garantias fundamentais merecem registro as chamadas “garantias de organização” (*Einrichtungsgarantien*), distinguidas por Carl Schmitt. Segundo este autor, referido por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, as garantias de organização têm o objetivo de criar e manter instituições que sustentem o exercício dos direitos fundamentais. Assim, existem (a) garantias de instituições privadas, tais como a família e o casamento, a propriedade, organizações sociais etc.; e (b) garantias de instituições públicas – cartórios, tribunais, polícia etc. – cuja presença é imprescindível para que os titulares dos direitos fundamentais possam exercer tais direitos.<sup>194</sup>

---

<sup>194</sup> SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 170-173 e *Grundrechte und grundpflichten*. In: SCHMITT, Carl. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*: Duncker & Humblot, 2003, p. 213-214 apud DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 74-75.

### 5.1.2 A tutela jurisdicional coletiva no Brasil

O Brasil, juntamente com a Colômbia, Israel, Noruega, Portugal e Suécia, além das Províncias de Catamarca e Rio Negro, na Argentina, são os países que apresentam um verdadeiro sistema de processos coletivos. O Brasil, inclusive, foi o pioneiro no mundo a dispor desse sistema de jurisdição.<sup>195</sup>

O primeiro diploma legal de índole coletiva no Brasil foi a Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, que instituiu a ação popular, facultando a qualquer cidadão pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público. O art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal de 1988 alargou o âmbito de incidência da ação civil pública, que passou a ser cabível para “anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”.

Passados quase 20 anos da Lei da Ação Popular, o Brasil introduziu em seu ordenamento jurídico a lei da Ação Civil Pública – Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que representou um marco na tutela dos direitos e interesses difusos e coletivos. A Lei da Ação Civil Pública rompeu de vez com a visão individualista do processo, passando a tutelar direitos que não se situam no domínio jurídico de uma única pessoa ou de pessoas determinadas, mas de toda a coletividade. É nesse sentido que o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública prevê a responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente; II - ao consumidor; III - aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V – por infração da ordem econômica e da economia popular; VI – à ordem urbanística.

---

<sup>195</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law**: uma análise de direito comparado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 7 e 31.

Convém registrar que a ação popular e a ação civil pública não conflitam quanto a seus propósitos, pelo contrário, se apóiam e se completam mutuamente. Qualquer cidadão – pessoa física e eleitor no gozo de seus direitos políticos – é parte legítima para a propositura da ação popular, ficando o autor isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência, salvo se comprovada a sua má-fé (Constituição Federal, art. 5º, LXXIII). Já a ação civil pública habilitam-se o Ministério Público; a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios; autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mistas; e associações constituídas há mais de um ano, com finalidades relacionadas ao objeto da ação (art. 5º da Lei 7.347/1985).

A Constituição Federal de 1988 elevou ainda mais o nível de proteção dos diversos direitos de natureza transindividual,<sup>196</sup> saber: (a) o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*); (b) o direito à proteção ao consumidor dentro da relação de consumo (art. 5º, XXXII, art. 150, § 5º e art. 170, V); (c) o direito de proteção à família, à criança, ao adolescente e ao idoso (arts. 226 a 230); (d) o direito das pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII, art. 227, § 2º e art. 244); (e) o direito à igualdade de trabalho na relação de trabalho (art. 7º, XXX); (f) o direito à comunicação social e à informação difundida pelos meios de comunicação de massa (arts. 220 a 224); dentre outros.

Os instrumentos processuais para a tutela dos direitos coletivos também foram incrementados pela Constituição Federal de 1988 que, como dito anteriormente, alargou o

---

<sup>196</sup> José Luis Bolzan Morais explica a melhor adequação do termo transindividual ao termo metaindividual, ambos utilizados pela doutrina para designar os direitos que vão além da esfera de interesse do indivíduo: “Devemos repisar a justificativa acerca deste termo – transindividual – em prejuízo da noção metaindividual, longamente apresentada pela doutrina. Não se trata simplesmente de uma facilidade semântica atrelada à sua consagração pelo legislador. Significa, isto sim, um apelo a uma melhor compreensão do objeto designado pelo signo, pois em se tratando de interesse envolvendo conjuntos de interessados, importa referendar a idéia de que se trata de pretensões que, embora ultrapassem o indivíduo singularmente definido, perpassam-no. O prefixo *trans* permite, assim, que possamos compreender a idéia de que os interesses ora debatidos, apesar de comuns (nitários), tocam imediata e individualmente – embora este termo individual, como salientado a pouco – cada componente dessa coletividade, ao passo que a consagração do prefixo *meta* importa numa perspectiva de algo que esteja alheio e acima do indivíduo, sem toca-lo de forma alguma” (MORAIS, José Luis Bolzan. **Dos direitos sociais aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 126).

âmbito de incidência da ação civil pública (art. 5º, LXXIII) e inovou ao conferir legitimidade ao Ministério Público para promover o inquérito civil e a ação civil pública, destinados a tutelar qualquer espécie de direitos e interesses difusos e coletivos (art. 129, III). Além disso, a Carta Magna expandiu a técnica da substituição processual, outorgando legitimidade a certas instituições e entidades para, em nome próprio, defender em juízo direitos subjetivos de outrem, a exemplo das entidades associativas (art. 5º, XXI), sindicais (art. 8º, III) e partidos políticos com representação no Congresso Nacional, que passaram a ter legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo “em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (art. 5º, LXX, b).<sup>197</sup>

O Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, veio a completar a disciplina do processo coletivo no Brasil. O referido diploma legal ampliou o campo de incidência da ação coletiva que atualmente pode ser objeto de qualquer espécie de matéria, desde que caracterize tutela de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo (art. 81, parágrafo único). Assim sendo, por força da realidade criada pelo Código de Defesa do Consumidor, as mais diversas matérias podem ser veiculadas em juízo através da ação civil pública – meio ambiente, consumidor, direitos dos aposentados e pensionistas, idosos, portadores de deficiência física, moralidade administrativa etc.<sup>198</sup> O art. 117 do Código de Defesa do Consumidor permitiu a absoluta integração deste diploma legal com a Lei da Ação Civil Pública, de modo que as inovações trazidas para o processo coletivo (arts. 81 a 104) não se limitam à defesa do consumidor, mas a qualquer espécie de interesse coletivo.

---

<sup>197</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 35.

<sup>198</sup> Teori Albino Zavascki não enxerga a ação civil pública como adequada à defesa dos direitos individuais homogêneos, que são considerados pelo autor direitos subjetivos individuais, com objeto material e indivíduos determinados. Logo não seria o caso de uma tutela de direitos coletivos, mas de uma tutela coletiva de direitos, sendo incabível, portanto, a ação civil pública. Para os direitos subjetivos individuais, como no caso dos direitos individuais homogêneos, Zavascki propõe “as ações civis coletivas, nelas incluído o mandado de segurança”. ZAVASCKI, op. cit, p. 38 a 59.

Em 10 de agosto de 2009 o Diário Oficial da União publicou o texto da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, que passa a disciplinar o mandado de segurança individual e coletivo. A inovação, que estava contemplada no II Pacto Republicano de Estado para um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo,<sup>199</sup> consiste na regulamentação do mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXX da Constituição Federal de 1988, mas que ainda não havia sido disciplinado por legislação ordinária.

A recentíssima Lei 12.016/2009 certamente passará por estudos e aprimoramento em sede interpretativa, porém já é possível identificar o seu propósito de compilar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito do mandado de segurança, senão observe-se:

(a) o art. 5º, III, veda a concessão de mandado de segurança quando se tratar de decisão judicial transitada em julgado (Súmula 268 do Supremo Tribunal Federal);

(b) o art. 7º, § 2º, proíbe a concessão de medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários (Súmula 212 do Superior Tribunal de Justiça), a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza;

(c) o art. 14, § 4º, estatui que o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado

---

<sup>199</sup> O II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo foi assinado pelos chefes dos três Poderes em 13 de abril de 2009, com os seguintes objetivos: I – acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados; II – aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos; III – aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Outros/IIpacto.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm)>. Acesso em: 26 de agosto 2009.

relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial (Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal);

(d) o art. 21 aduz que: a) o partido político com representação no Congresso Nacional poderá impetrar mandado de segurança coletivo, *apenas* na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus representantes ou à finalidade partidária; b) os legitimados ativos – partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações – figuram como substitutos processuais e, como tal, não necessitam de autorização especial para a impetração do mandado de segurança coletivo, ainda que para a defesa do interesse de apenas uma parte de seus membros ou associados (Súmulas 629 e 630 do Supremo Tribunal Federal);

(e) o art. 25 inadmite a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios no processo de mandado de segurança, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé (Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal e Súmulas 105 e 169 do Superior Tribunal de Justiça).

Também merecem destaque algumas inovações importantes identificadas na Lei 12.016/2009:

(a) o art. 2º considera autoridade coatora federal aquela cujos atos tenham conseqüências patrimoniais suportadas pela União ou entidade por ela controlada, o que, a princípio, poderá repercutir na competência da Justiça Federal para os mandados de segurança contra universidades privadas referentes aos atos de ensino, por exemplo;

(b) o art. 6º, § 3º, considera autoridade coatora “aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”;

(c) o art. 7º, § 4º, prevê a prioridade para julgamento do processo de mandado de segurança que tenha liminar deferida;

(d) o art. 14, § 2º, estende às autoridades coatoras o direito de recorrer; já o § 3º do mesmo artigo admite a execução provisória da sentença que conceder mandado de segurança, “salvo nos casos em que for vedada a concessão de medida liminar”.

A filosofia que orienta o sistema coletivo de jurisdição visa precipuamente a socialização e democratização do processo, atuando o Poder Judiciário de maneira preventiva ou ressarcitória, homogênea e célere no interesse de um número ilimitado de pessoas. A tutela coletiva foi concebida para proteger bens cuja lesão pode provocar conseqüências inimagináveis para toda a coletividade, como na hipótese da agressão ao meio ambiente; além de amplificar consideravelmente o acesso à justiça, uma vez que facilita a defesa dos direitos de pessoas ou grupos hipossuficientes, que teriam dificuldade de fazer valer seus direitos individualmente, como é o caso de crianças, idosos, enfermos, trabalhadores, consumidores etc.

Outra vantagem da tutela coletiva é reduzir os custos com a utilização da máquina judiciária, porquanto proporciona a economia de tempo, esforços e despesas para se alcançar a uniformidade da jurisprudência. O entendimento do Judiciário a respeito de determinada matéria pode ser consolidado num único processo, beneficiando toda uma coletividade de pessoas. Essa característica da tutela coletiva evita o tratamento pulverizado de determinadas questões que, por serem de pequena significação, não compensariam o ingresso de demandas individuais, porém no contexto de um único processo esse inconveniente pode ser superado.

É de se registrar, ainda, que a tutela coletiva favorece a igualdade material entre os litigantes, na medida em que são neutralizadas as vantagens que determinada parte poderia ter em razão de sua superioridade financeira e organizacional. Imagine um único consumidor litigando contra um laboratório multinacional fabricante de medicamentos, em face de uma reação adversa do organismo não prevista no rol das contra-indicações do

medicamento. Certamente o consumidor, sozinho, teria mais dificuldade de enfrentar em juízo a empresa poderosa e bem representada, do que se a demanda fosse proposta em favor de uma coletividade de consumidores igualmente prejudicados pelo medicamento. Nesse sentido, o processo coletivo faz cessar as desigualdades, fortalecendo a defesa do direito da parte hipossuficiente.

No tocante a algumas características do processo coletivo no Brasil, têm-se, primeiramente, a adoção de um modelo misto de legitimação, com previsão expressa em lei, combinando a legitimação do cidadão individual, no caso da ação popular, com aquela conferida ao Ministério Público, partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe e associações, na ação civil pública e no mandado de segurança coletivo.

Quando se trata de interesses individuais homogêneos, ações coletivas em matéria tributária e defesa do patrimônio público, a jurisprudência brasileira vem impondo algumas limitações à legitimação ativa. No caso dos interesses individuais homogêneos, a legitimidade ativa do Ministério Público tem sido franqueada em matérias relacionadas à educação e saúde, porém em outras situações se exige a demonstração da existência de interesse social de forma a justificar a atuação desse órgão:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – LEI 7.347/85 – LEI 8.625/93 – DEFESA – INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – USUÁRIOS – SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE – MORTES DE NEONATOS POR SEPTICEMIA – 1. É cediço na Corte que o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante (Precedentes). (...) 8. Precedentes do STJ: AARESP 229226/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07/06/2004; RESP 183569/AL, deste relator, Primeira Turma, DJ de 22/09/2003; RESP 404239/PR; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 19/12/2002; ERESP 141491/SC; Rel. Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, DJ de 01/08/2000. (STJ – RESP 637332 – RR – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 13.12.2004 – p. 00242) – destaque não presente no texto original.

Nas ações coletivas em matéria tributária, o Supremo Tribunal Federal, em julgado relacionado ao Imposto Territorial Urbano – IPTU, firmou posição no sentido da



relação tributária somente ser passível de impugnação pelos próprios interessados, de modo individual ou coletivo:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DE PARTIDO POLÍTICO. IMPUGNAÇÃO DE EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA. IPTU. 1. Uma exigência tributária configura interesse de grupo ou classe de pessoas, só podendo ser impugnada por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Precedente: RE nº 213.631, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07/04/2000. 2. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido (STF – RE 196184/AM – Rel. Min. Ellen Gracie – DJU 18.02.2005 – pp. 00006).

Já na defesa do patrimônio público tem-se admitido o ajuizamento de ação de improbidade administrativa, ação popular e a ação civil publica, todas assemelhadas sob o aspecto finalístico:

A ação de improbidade administrativa é ação com assento constitucional (art. 37, § 4º) destinada a tutelar interesses superiores da comunidade e da cidadania. Embora com elas não se confunda, assemelha-se, sob esse aspecto finalístico, à ação popular (CF, art. 5º, LXXIII e Lei 4.717/65), à ação civil pública destinada a tutelar o patrimônio público e social (CF, art. 129, III e Lei 7.347/86, art. 1º) e, em face do seu caráter repressivo, à própria ação penal pública (STJ – RESP 200301307786 – (577804 RS) – 1ª T. – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – DJU 14.12.2006 – p. 250).

Em se tratando da coisa julgada nas ações coletivas, a matéria encontra disciplina no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor. Quando for o caso de interesses ou direitos difusos (art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor), a coisa julgada será *erga omnes*, “exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. Para os interesses ou direitos coletivos (art. 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor) a coisa julgada será *ultra partes*, com a mesma exceção apontada para os interesses difusos. A coisa julgada também será *erga omnes* para os interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III, do

Código de Defesa do Consumidor), porém “apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores”.

Existe ainda a previsão do transporte da coisa julgada do processo coletivo para beneficiar pretensões individuais (art. 103, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor), de modo que a existência do dano geral e do dever de ressarcir, reconhecidos na sentença do processo coletivo, se tornam indiscutíveis em relação às ações pessoais, que versarão sobre o dano individualmente sofrido e sobre o nexu etiológico.<sup>200</sup>

Vale destacar, finalmente, a existência no Ministério da Justiça do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, apresentado em janeiro de 2007 pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. O referido projeto, dentre outras coisas, amplia a legitimação ativa para as ações coletivas, incluindo órgãos públicos, instituições privadas e pessoas físicas. Também inova ao prevê a chamada *defendant class action*, que consiste na ação coletiva passiva, ou seja, será possível a propositura de ação (individual ou coletiva) contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que dotada de representatividade adequada. O projeto mantém a coisa julgada tal como em vigor atualmente, mas estabelece que “a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*”, afastando, assim, a polêmica que existe na doutrina e na jurisprudência a respeito da previsão contida no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública.<sup>201</sup>

## 5.2 A IMPORTÂNCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA JURISDIÇÃO DE PRIMEIRO GRAU

---

<sup>200</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e MULLENIX, Linda, op. cit., p. 35.

<sup>201</sup> Ibidem, p. 214-215.

Conforme leciona LENZA, citado por Voltaire de Lima Moraes, em análise à doutrina clássica estrangeira, notadamente a italiana, a ação civil pública surgiu em contraposição à ação penal pública. “Pública porque ajuizada pelo Ministério Público; *penal* ou *civil*, de acordo com a natureza jurídica de seu objeto”.<sup>202</sup> Assim, sob o prisma doutrinário, considera-se ação civil pública aquela proposta pelo Ministério Público na defesa de interesses transindividuais. Se a mesma iniciativa partir de qualquer outro co-legitimado, seja um ente estatal ou associação civil, o mais correto será chamá-la de ação coletiva.

Logo, em síntese, enquanto a ação civil pública é proposta, a rigor, pelo Ministério Público, a ação coletiva o é por qualquer outro legitimado autorizado por lei; de outro lado, a *ação civil pública* visa a tutelar interesses e direitos coletivos *latu sensu*, individuais indisponíveis, ou ainda a ordem jurídica e o regime democrático, ao passo que a *ação coletiva* tutela somente interesses e direitos coletivos *latu sensu*, razão por que se podem considerar como espécies de ação coletiva, v.g., a ação popular, o mandado de segurança coletivo e as ações propostas por outros entes, que não o Ministério Público, embasadas na Lei nº 7.345/85 ou no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em defesa de interesses e direitos metaindividuais.<sup>203</sup>

A importância da ação civil pública na jurisdição de primeiro grau se justifica, de logo, em razão da variedade e amplitude das pretensões que nela podem ser deduzidas. A teor do art. 1º da Lei 7.347/85, a ação civil pública se presta à responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, da ordem urbanística ou, em geral, de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Registre-se que o braço da ação civil pública não alcança pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou

---

<sup>202</sup> LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 153 apud MORAES, Voltaire de Lima. **Alcance e Limites da Atividade Jurisdicional na Ação Civil Pública**. 2007. 184f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: <[http://tede.pucrs.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=550](http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=550)>. Acesso em 7 de setembro 2009.

<sup>203</sup> MORAES, Voltaire de Lima. Tese (Doutorado em Direito, PUCRS), op. cit.

outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados (parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85).<sup>204</sup>

Além da aptidão de ensejar a condenação em dinheiro dos responsáveis pelos danos morais e patrimoniais, a ação civil pública também poderá ter por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, como reza o art. 3º da Lei 7.347/85. É nesse ponto que se confere à ação civil pública a natureza de tutela inibitória, cuja finalidade é prevenir a ocorrência, a continuação ou a repetição do ilícito.<sup>205</sup> Nesse sentido o art. 11 da Lei 7.347/85 estatui que, “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”; já o art. 4º do mesmo diploma legal prevê a possibilidade do ajuizamento de ação cautelar objetivando evitar o dano, inclusive.

Ao lado da tutela inibitória, de cunho preventivo, assume igualmente papel relevante na ação civil pública a chamada tutela de remoção do ilícito, que tem lugar quando o ato ilícito já ocorreu, porém continua a produzir efeitos ao longo do tempo. A diferença entre ambas as tutelas reside no fato da inibitória ser genuinamente preventiva, já que visa a inibir a ocorrência do ilícito, fazendo cessar, por via de consequência, os danos dele decorrentes; a tutela de remoção do ilícito, por sua vez, possui natureza repressiva, atuando diante de um ilícito pretérito, que se aperfeiçoou e, portanto, não há mais violações a normas a serem

---

<sup>204</sup> Cássio Scarpinella Bueno sustenta a inconstitucionalidade da vedação contida no parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85. Para o referido autor, “o Executivo quis, vez por todas, vedar (ou debelar) todas e quaisquer ações civis públicas que tenham como objeto as matérias que enumera. Quer evitar, assim, o acesso coletivo à Justiça e que permite (ou deveria permitir, não fossem os problemas apontados nos itens 2 a 4, *supra*), com uma só decisão jurisdicional e de uma só vez, ver reconhecido o direito de um sem número de pessoas afetadas por atos governamentais”. O mesmo autor ainda informa que o parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85 foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Oficiais Militares Estaduais – AME (ADIn 2.351/DF), porém o Supremo Tribunal Federal não chegou a exarar decisão de mérito, uma vez que o feito foi extinto por inércia da parte autora em aditar à petição inicial à luz das sucessivas reedições da que hoje é Medida Provisória nº 2.180-35/2001. BUENO, Cássio Scarpinella. **O poder público em juízo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 130 e 142.

<sup>205</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, *op.cit.*, p.36.

inibidas, cabendo ao juiz neste caso remover o ilícito – ao invés de inibi-lo – para que seja possível prevenir os danos.<sup>206</sup>

Para ilustrar o manuseio da tutela inibitória e de remoção do ilícito, tome-se como exemplo da primeira o provimento do juiz que proíbe a comercialização de produto nocivo à saúde do consumidor, hipótese em que o ilícito precisa ser evitado, obstando a atividade nociva e os danos dele decorrentes; já a remoção do ilícito ocorre quando a comercialização do produto foi iniciada, sendo agora o caso de cessar essa comercialização, com o propósito de prevenir o dano à saúde da população.

Como se vê, ao instituir a ação civil pública, o legislador teve o escopo de criar instrumentos processuais capazes de assegurar a efetivação dos direitos transindividuais, seja no plano preventivo, repressivo ou ressarcitório. A idéia foi permitir ao autor, numa mesma ação, requerer ao juiz, cumulativamente, várias espécies de provimento – declaratório, condenatório, constitutivo, inibitório, mandamental – sem necessidade do ajuizamento de demandas separadas para cada espécie de prestação.

Para comprovar a versatilidade da ação civil pública, e em razão dos resultados positivos que a mesma tem alcançado na defesa dos direitos da cidadania, a sociedade brasileira se animou a reivindicar a adoção de outras ações civis públicas no cenário jurídico nacional, destinadas à proteção dos mais variados interesses, como registra Voltaire de Lima Moraes em sua tese de doutoramento na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Para ele, outras ações civis públicas, intituladas *ações civis públicas derivadas*, surgiram através de diplomas legais diversos, mantidas as peculiaridades da *ação civil pública matriz* prevista na Lei 7.347/85, a saber:<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> BARROS, Marcus Aurélio de Freitas, op. cit., p. 206-207.

<sup>207</sup> MORAES, Voltaire de Lima. Tese (Doutorado em Direito, PUCRS), op. cit.

a) para a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos de pessoas portadoras de deficiência, disciplinando a atuação do Ministério Público: Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989;

b) dispondo sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários: Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989;

c) Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, dispondo, em seu art. 201, V, competir ao Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no artigo 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal”;

d) Estatuto do Idoso, Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, cujo art. 74, I, confere competência ao Ministério Público para “instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso”.

Voltaire de Lima Moraes se reporta ainda à categoria das chamadas *ações civis públicas inominadas*, assim consideradas aquelas “em que o Ministério Público está legitimado a ajuizá-las, a despeito de não adotarem a terminologia *ação civil pública*”. Eis alguns exemplos apontados pelo autor, além de outros:<sup>208</sup>

a) Lei 8.429, de 2 de julho de 1992, que em seu art. 17 legitima o Ministério Público para a propositura da ação principal em caso de improbidade administrativa;

b) O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1992, quando confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de interesses coletivos *lato sensu* dos consumidores (art. 82, I);

---

<sup>208</sup> Ibidem.

c) O Estatuto de Defesa do Torcedor, Lei 10.671, de 15 de maio de 2003, em seu art. 40, ao dizer que: “A defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina da defesa dos consumidores em juízo de que trata o Título III da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

O controle de políticas públicas tem sido outro papel importante desempenhado pela ação civil pública. É nesse campo, inclusive, onde se registram as maiores críticas à atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, acusados não raras vezes de invadirem a seara de competência reservada aos poderes Executivo e Legislativo.

Não há como negar, é certo, o alargamento cada vez maior das fronteiras da ação civil pública nos dias atuais, abrangendo um número sempre crescente de direitos e interesses coletivos, conforme registrado nos exemplos anteriores. Na medida em que a democracia se consolida, aumentam os direitos e interesses abrangidos pela ação civil pública, sendo inevitável o crescimento da função política do Poder Judiciário na mesma proporção, isto porque, a democracia conduz à participação social da coletividade na formação e execução dos atos administrativos, sendo a ação civil pública o instrumento adequado a viabilizar a atuação do Poder Judiciário neste sentido. A fórmula é simples: mais democracia, mais participação popular, maior o número de ações civis públicas e maior a incidência do fenômeno da judicialização da política.

Isso não significa isentar de qualquer crítica o manuseio da ação civil pública. O repertório jurisprudencial brasileiro demonstra que são muitas as ações civis públicas ajuizadas de modo temerário e até abusivo. São ações civis públicas que se intrometem sem a menor cerimônia no núcleo reservado à atividade administrativa ou legislativa, como no seguinte caso:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – RECURSOS VOLUNTÁRIOS E EX OFFICIO – Determinação de criação e instalação de serviço de

identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos, no prazo de sessenta dias, pena de multa diária – Imposição dispositiva ao Município – Inadmissibilidade da substituição da vontade da Administração Pública – Inviabilidade de exame do mérito administrativo – Os critérios governamentais, conveniência e oportunidade são próprios do Executivo, não podendo o Judiciário, sob qualquer pretexto, ir além do estrito exame da legalidade e da legitimidade, par e passo dos princípios informadores de cada qual, pena de ingerência no Executivo, se imiscuindo em terreno discricionário específico – Recurso provido. (TJSP – AC 76.588-0/3-00 – C.Esp. – Rel. Des. Hermes Pinotti – DJSP 21.08.2001 – p. 08).<sup>209</sup>

Já na seara legislativa seria abusivo, por exemplo, promover ação civil pública visando a obstar a tramitação de um projeto de lei, sob o argumento de considerá-lo lesivo aos interesses sociais.<sup>210</sup>

Tenha-se claro, de todo modo, que condenar a administração pública ao cumprimento de uma obrigação de fazer, como ocorre na maioria das ações civis públicas, não compromete o princípio da separação dos poderes. Pensar de modo contrário significa dispensar um tratamento diferenciado aos chamados direitos sociais prestacionais, de 2ª dimensão, que demandam a necessidade de ações positivas por parte do Executivo.

Em outro sentido, a ordem constitucional em vigor outorga ao Judiciário o poder/dever de tornar efetivos os direitos da cidadania, não sendo o caso de admitir uma postura inerte que venha a contribuir para a não efetivação desses direitos. Sabe-se que o princípio da inafastabilidade da jurisdição (Constituição Federal, art. 5º, XXXV) autoriza o Poder Judiciário a avaliar todos os direitos que são reconhecidos, sendo este um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito.

Por aí se infere quão importante é a ação civil pública no âmbito da jurisdição de primeiro grau. Como as políticas são programas de ação governamental visando a

---

<sup>209</sup> Juris Síntese IOB – maio/junho de 2008.

<sup>210</sup> MORAES, Voltaire de Lima. Tese (Doutorado em Direito, PUCRS), op. cit.



coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados,<sup>211</sup> a ação civil pública é a ferramenta adequada para o juiz de primeiro grau enfrentar as questões relativas à proteção ao meio ambiente, educação, saúde, segurança pública, direitos das minorias, acessibilidade, dentre outros que afligem a comunidade sob sua jurisdição. Com provocações que em sua maior parte emanam do Ministério Público, a ação civil pública propicia ao juiz de primeiro grau intervir em temas de largo alcance social, sendo possível, com suas decisões, transformar a realidade local, melhorando a vida das pessoas e garantindo-lhes a dignidade prometida pela Constituição Federal.

É evidente que um provimento jurisdicional nestes termos não pode ocorrer de maneira açodada, uma vez que o juiz não pode ignorar os limites de competência de cada poder, nem as limitações orçamentárias do poder público. Todavia, não se pode olvidar que cabe ao Poder Executivo a execução de políticas públicas para satisfazer os direitos fundamentais e, se ele não as realiza, essa omissão precisa ser suprida pelo Poder Judiciário de algum modo, especialmente quando se situa no âmbito do mínimo existencial.

O remanejamento de verbas públicas para áreas prioritárias é uma das medidas capazes de satisfazer os direitos fundamentais. É comum no Brasil encontrar situações de total descompasso entre os direitos fundamentais e as prioridades eleitas pelos administradores, o que repercute na manutenção do atraso e no recrudescimento da desigualdade social, mantendo milhões de pessoas à margem da cidadania.<sup>212</sup>

Para ilustrar o que aqui se afirma, no dia 28 de agosto de 2008, um jornal de circulação de Natal/RN publicou a seguinte manchete em sua primeira página: “Governo

<sup>211</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

<sup>212</sup> RODRIGUES, Mádson Ottoni de Almeida. A prestação jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (coord.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivismo**: Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 384.

gastou em 2007 mais com publicidade do que com habitação”. A reportagem, em resumo, apresentava o seguinte conteúdo:

(...) em relação ao exercício anterior houve um aumento de 24,09% na despesa com publicidade governamental, correspondendo a um montante de R\$ 18.217.429,92. Valério (Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do RN) diz que foi maior do que valores despendidos com áreas como habitação, comércio e serviços, desporto e lazer, ciência e tecnologia, energia, organização agrária e saneamento.<sup>213</sup>

Ora, sem ignorar a importância da comunicação social para divulgar as ações governamentais, inclusive como forma de prestação de contas à sociedade, urge reconhecer que o caso acima descrito serve para exemplificar o que de resto acontece no Brasil inteiro, onde o Poder Executivo elege prioridades administrativas que não condizem com os princípios elencados na Constituição Federal. Como diz Américo Badê Freire Júnior: “Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder”.<sup>214</sup>

Não é por acaso que muitos juízes estão adotando, em sede de ação civil pública, a medida extrema do bloqueio de verbas da administração para superar o conflito entre a urgência na aquisição de medicamento e o sistema de pagamento das condenações judiciais pela Fazenda, com assento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TUTELA ANTECIPADA. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, §3º E 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS

---

<sup>213</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>214</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005, p. 74.

CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO.

1. Não viola os arts. 458 e 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Precedentes. 3. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (v.g., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis. 4. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente. 5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 851.760/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22.08.2006, DJ 11.09.2006 p. 238).

Tem razão o Juízo de Direito da Comarca de Umarizal/RN quando lança o seguinte registro na decisão liminar exarada em ação civil pública, visando à adoção das medidas necessárias a impedir a paralisação do serviço de transporte escolar para os alunos matriculados na rede estadual e municipal de Umarizal:

É difícil defender que um cidadão poderá provocar o Judiciário para que este obrigue o Estado a conceder um emprego. Todavia, é extremamente defensável que o Judiciário determine a estruturação de transporte ou construção de escola para um grupo de 50 crianças em idade escolar que se encontram sem possibilidade de estudar, ou ainda, determine ao Estado que pague a realização de uma cirurgia em hospital privado, se impossível a realização na rede pública local e se impossível o deslocamento para outro centro em tempo hábil. (...) Discutir, portanto, a cidadania e os instrumentos de proteção do cidadão nas lides com o próprio Estado significa legitimar de forma justa a própria existência do Estado Democrático de Direito como ente que deve possibilitar a vida digna nas sociedades humanas.<sup>215</sup>

<sup>215</sup> Ação civil pública nº 159.07.370-7, ajuizada pelo Ministério Público da Comarca de Umarizal/RN em face do Estado do Rio Grande do Norte e da Prefeitura Municipal de Umarizal.

Inegável, pois, o valor da ação civil pública como instrumento de transformação social, uma vez que permite ao juiz de primeiro grau, conhecedor da realidade local, adotar as medidas pertinentes à concretização dos direitos fundamentais, intervindo nos casos em que a administração pública se mantenha inerte no cumprimento de suas obrigações constitucionais.

### 5.3 DOIS CASOS RECENTES DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE TRAMITAM NA COMARCA DE NATAL/RN: DECISÕES E NÍVEL DE CONCRETIZAÇÃO

Este tópico do trabalho se destina a analisar dois casos recentes envolvendo ações civis públicas que tramitam na Comarca de Natal/RN. O que se pretende é demonstrar quão importante é a ação civil pública como instrumento de defesa dos direitos fundamentais sociais. Também se busca conhecer o posicionamento da jurisdição de primeiro grau diante da pretensão deduzida em Juízo, além do nível de concretização das decisões exaradas nos respectivos casos. Ressalte-se que não há a intenção de fazer qualquer juízo de valor a respeito do acerto ou desacerto das decisões judiciais proferidas. Como dito, o interesse é demonstrar, na prática, a utilização da ação civil pública em prol dos direitos da coletividade e o grau de concretização desses direitos por intermédio da referida via judicial.

I) Trata-se de ação civil pública que foi ajuizada em 22 de novembro de 2007 pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, por intermédio da 47ª Promotoria de Justiça de Natal/RN – Promotoria de Defesa dos Direitos da Saúde – PROSUS, cujo processo foi tombado sob o nº 001.07.243874-7, sendo distribuído para a 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.<sup>216</sup>

---

<sup>216</sup> Anexo nº 1.

Nesse caso a pretensão do Ministério Público foi ajuizada em face do Município de Natal e do Estado do Rio Grande do Norte, com o propósito final de obter a condenação dos demandados, solidariamente, em obrigação de fazer, a fim de implantarem no Estado, em até seis meses, a Política Nacional de Atenção ao Portador de Doença Neurológica, nos termos das Portarias do Ministério da Saúde nºs 391/2005 e 1161/2005 e, de maneira a erradicar, de uma vez por todas, a existência de fila para pacientes neurológicos graves, que são forçados a aguardar, por grande lapso de tempo, o acesso a um tratamento cirúrgico pelo Sistema Nacional de Saúde – SUS.

Como sói acontecer nas ações civis públicas que são ajuizadas, o Ministério Público formulou pedido de tutela antecipada, com fundamento no art. 273, I, do Código de Processo Civil, visando a garantir e viabilizar, imediatamente, através da Secretaria Municipal de Saúde de Natal/RN, o pronto atendimento a pacientes neurológicos integrantes da relação apresentada com a petição inicial, seja através de prestadores hospitalares públicos ou privados já contratados para o serviço de neurocirurgia; além de não permitir a formação de nova fila para acesso a procedimento neurocirúrgico do SUS.

Tudo começou no ano de 2004 em decorrência da demanda reprimida em neurocirurgia, tendo o Ministério Público apurado, nos autos do Inquérito Civil Público nº 021/2004, a existência de expressiva fila de pacientes neurológicos potiguares do SUS, aguardando atendimento neurocirúrgico e/ou neurointervencionista.

Segundo informa o Ministério Público na petição inicial, a situação de difícil acesso ao serviço de saúde para pacientes neurológicos vinha sendo monitorada pela Promotoria de Defesa dos Direitos da Saúde, que vinha intervindo na questão pontualmente, especialmente através do acompanhamento junto ao Serviço de Neurocirurgia do Hospital Universitário Onofre Lopes, em Natal. Através do referido monitoramento, resultante de audiência realizada perante o Ministério Público em outubro de 2004, os pacientes eram

atendidos pela ordem cronológica de chegada ao serviço hospitalar, ressalvadas as situações de maior risco.

Ocorre que no final do mês outubro de 2007 o Ministério Público já contabilizava a existência de 86 pacientes aguardando neurocirurgia junto ao Hospital Universitário Onofre Lopes. Para o Ministério Público o crescimento na fila de espera se deveu ao fato do Governo do Estado e do Município de Natal pouco fazerem para implantar e executar a Política Nacional de Atenção ao Portador de Doença Neurológica, o que resultou na prestação de um serviço com resolutividade incompatível com a demanda SUS para neurocirurgia.

Depreende-se que a matéria versada na ação civil pública em comento se refere ao direito fundamental à saúde, previsto nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal de 1988.<sup>217</sup> Mas a quem compete cuidar da saúde da população brasileira? Embora as ações e serviços de saúde sejam de responsabilidade comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, como reza o art. 23, II, da Constituição Federal de 1988, a Lei 8.090, de 19 de setembro de 1990 – Lei Orgânica da Saúde, atribui à União competência para a direção nacional do sistema SUS (art. 16); aos Estados à direção estadual do SUS, promovendo a “descentralização, para os municípios, dos serviços e das ações de saúde”, cuidando sempre da prestação do apoio técnico e financeiro necessário (art. 17, I e III); e aos municípios compete “planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde” (art. 18, I). Portanto, no caso do Rio Grande do Norte, como o serviço de neurocirurgia somente é prestado na cidade de Natal, fora as urgências e emergências, cabe à Secretaria Municipal de Saúde firmar relações contratuais

---

<sup>217</sup> O art. 6º da Carta Magna relaciona o direito à saúde no rol dos direitos sociais, assim como a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. O art. 196 da Constituição Federal de 1988, por seu turno, apresenta o seguinte teor: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

com os prestadores de serviço, hospitais públicos e privados, para garantir o atendimento aos pacientes SUS de todo o Estado, recebendo recursos financeiros dos demais municípios para dar conta desse atendimento. Já o Governo do Estado do Rio Grande do Norte, através da Secretaria de Saúde, fica responsável pela implantação da Rede Estadual de Assistência ao Paciente Neurológico na Alta Complexidade, nos termos das Portarias nºs 1161/2005 e 391/2005, do Ministério da Saúde. Daí a solidariedade passiva do Estado do Rio Grande do Norte e da Prefeitura do Natal na ação civil pública em referência.

Em data de 11 de dezembro de 2007, o Juízo de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal decidiu pelo deferimento do pedido de antecipação de tutela requerido pelo Ministério Público, no sentido de determinar que o Município de Natal, com a solidariedade técnica e financeira do Estado do Rio Grande do Norte, viabilizassem, na rede hospitalar pública ou privada, no prazo máximo de 60 dias a contar da ciência da decisão, as expensas dos recursos destinados ao SUS, a prestação do serviço neurológico em benefício dos 108 pacientes constantes da lista de espera apresentada pelo Ministério Público para atendimento no Hospital Universitário Onofre Lopes, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada ente público omissor, além da responsabilização administrativa, civil e penal do respectivo gestor que desobedecer ou obstaculizar o cumprimento da medida (art. 11 da lei da ação civil pública).

As Secretarias Municipal e Estadual de Saúde foram intimadas da decisão liminar em 21 de dezembro de 2007, começando a partir daí a adoção das providências burocráticas visando ao cumprimento da decisão judicial. Em 26 de fevereiro de 2008 a Secretaria Municipal de Saúde de Natal informou o início das neurocirurgias, com a indicação do nome de 14 pacientes que se encontravam com exames pré-operatórios atualizados. Com relação aos demais pacientes, a Secretaria Municipal de Saúde informou que continuaria a convocá-los para avaliação pelos neurocirurgiões.

Em 5 de maio e 25 de junho de 2008 o Ministério Público protocolizou petições em Juízo reclamando que a decisão liminar não estava sendo cumprida, uma vez que determinados pacientes se encontravam internados há 15 e 43 dias, respectivamente, no Hospital Walfredo Gurgel, em Natal, necessitando com urgência de uma neurocirurgia, porém sem terem sido atendidos. Não consta nos autos nenhum registro relativamente ao despacho das duas petições antes referidas, nem do subsequente andamento do processo, apesar dos requerimentos de maior celeridade apresentados pelo Ministério Público em 2 de março e 17 de julho de 2009, respectivamente.

Diante da análise do processo referenciado, conclui-se que a ação civil pública não alcançou o objetivo desejado. Dos 108 pacientes que se encontravam na fila de espera da neurocirurgia em 19 de dezembro de 2007 (data da concessão da liminar), somente 14 pessoas foram comprovadamente atendidas. Além disso, como o processo não foi sentenciado até esta data (19 de setembro de 2009), o Rio Grande do Norte continua a não dispor da implantação da Política Nacional de Atenção ao Portador de Doença Neurológica, como rezam as Portarias n.ºs. 391/2005 e 1161/2005, do Ministério da Saúde, o que permite supor que muitas pessoas de baixa renda, usuárias do SUS, continuam na fila de espera da neurocirurgia eletiva, situação que deverá se perpetuar por tempo indeterminado.

II) A ação civil pública n.º 001.07.240822-8, ajuizada em 13 de novembro de 2007, que tramita na 5.º Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal, versa sobre a proteção da bacia hidrográfica do Rio Potengi/Jundiaí, que ocupa uma área de 4.093Km<sup>2</sup>, abrangendo pelo menos vinte e cinco municípios do Rio Grande do Norte, inclusive Natal.<sup>218</sup>

A referida ação civil pública foi ajuizada pelo Ministério Público Estadual, através da 45.ª Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, 2.ª Promotoria de Justiça

---

<sup>218</sup> Anexo n.º 2.



de Macaíba e 1ª Promotoria de Justiça de São Gonçalo do Amarante, em face do Instituto de Defesa do Meio Ambiente – IDEMA e do Estado do Rio Grande do Norte.

A pretensão do Ministério Público tem o objetivo de compatibilizar a quantidade e qualidade dos dejetos que são lançados no Rio Potengi e seus afluentes, adequando-os à classe, condições e padrões originais das águas do estuário, de forma a mitigar a poluição já constada no manancial, a fim de permitir a preservação da saúde de seus usuários, recuperação das espécies da flora e fauna aquáticas que estão desaparecendo no local, e evitar desastres ambientais como os que já ocorreram no estuário, sendo o mais recente no final do mês de julho de 2007, especificamente no Rio Jundiaí, afluente do Potengi, que resultou na mortandade de mais de dez toneladas de peixe.

Segundo o Ministério Público, a bacia hidrográfica do Rio Potengi/Jundiaí possui relevante importância ambiental, tendo em vista ser berçário de grandes componentes da fauna aquática. Apesar disso, o estuário tem sido receptor de muitos efluentes poluidores, derivados de esgotos sanitários e industriais, despejados principalmente pela Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte – CAERN e por empresas que exploram a atividade de carcinicultura, imunizadoras de fossas sépticas e outros empreendimentos existentes na área.

Diante de tantas agressões, o estuário do Rio Potengi/Jundiaí não apresenta mais condições originais necessárias à auto-regeneração, o que impõe um severo trabalho de repressão, monitoramento e controle por parte do IDEMA e do Estado do Rio Grande do Norte. Quanto ao IDEMA, o mesmo vem demonstrando descaso no monitoramento das águas do estuário, apesar da existência de recursos assegurados pelo Ministério Público para o monitoramento do Rio Jundiaí. O instituto também se mostra ineficiente na fiscalização das atividades que poluem o estuário, dispondo de apenas um servidor para fiscalizar todos os empreendimentos de carcinicultura existentes no Rio Grande do Norte, o que compromete o

exercício do poder de polícia ambiental. Além disso, o IDEMA, que não dispõe de plantão nos fins de semana e feriados, igualmente não possui servidores qualificados e treinados para as providências cabíveis à apuração de danos causados ao meio ambiente, como se verificou no desastre de julho de 2007, quando as amostras coletadas pelo instituto foram rejeitadas pelo laboratório encarregado da perícia por serem acondicionadas em recipientes inadequados e em pequenas quantidades.

O Estado do Rio Grande do Norte, por sua vez, através da Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos – SEMARH, tem se mostrado omissos em exigir a outorga para lançamento de efluentes nas águas do Rio Potengi, não dispondo, sequer, de procedimento administrativo para implementar sanções relativas à inexistência de tal outorga.

A matéria em discussão nessa ação civil pública trata do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que constitui um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e futuras gerações, como dispõe expressamente o art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Em decorrência do art. 225 da Carta Magna foram editadas diversas normas infraconstitucionais sobre a defesa do meio ambiente, numa demonstração inequívoca de sua importância social: Lei 7.735, de 22.2.1989 (criou o IBAMA); Lei 7.754, de 14.4.1989 (proteção às florestas existentes nas nascentes dos rios); Lei 7.797, de 10.7.1989 (Fundo Nacional de Meio Ambiente); Lei 7.802, de 11.7.1989 (sobre agrotóxicos); Lei 9.605, de 12.2.1998 (sanções penais e administrativas às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente); Lei 9.795, de 27.4.1999 (educação ambiental); Lei 9.985, de 18.7.2000 (Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza); Lei 11.105, de 24.3.2005 (Biossegurança); Lei 11.284, de 2.3.2006 (gestão de florestas públicas para produção sustentável); Lei 11.794, de 8.10.2008 (procedimento para o uso científico de animais).

Com base nos requerimentos formulados pelo Ministério Público em sede de antecipação de tutela, o Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal, em decisão datada de 24 de março de 2009, determinou o cumprimento das seguintes providências no prazo de 60 (sessenta) dias: I – a cargo do IDEMA: 1) comece a realização de um diagnóstico completo de todos os efluentes que são lançados no estuário do Rio Potengi/Jundiaí; 2) proceda ao monitoramento da qualidade das águas e sedimento de fundo do Rio Jundiaí; 3) exercite plenamente suas atribuições legais, notadamente o poder de polícia; 4) institua o sistema de plantão para atendimento às ocorrências sob a competência do órgão nos finais de semana e feriados; 5) atenda integralmente as diligências solicitadas pelo Ministério Público no tocante ao controle da atividade de carcinicultura e compatibilização dos efluentes lançados com os padrões originais das águas do Rio Potengi/Jundiaí; II – a cargo do Estado do Rio Grande do Norte: a) realize completo levantamento atualizado da situação da área estuária da bacia hidrográfica do Rio Potengi/Jundiaí, com identificação dos responsáveis e detalhamento dos locais onde há captação de água, lançamento de efluentes ou outro tipo qualquer de uso dos recursos hídricos, apresentando o resultado no prazo de 90 (noventa) dias; b) demonstre em Juízo o efetivo exercício do poder de polícia referente ao uso dos recursos hídricos nos Rios Potengi e Jundiaí, inclusive a aplicação de sanções concretas aos infratores, nos termos da Lei estadual 6.908, de 1.7.1996 (art. 23, IX) e do Decreto estadual 13.283, de 22.3.1997 (art. 6º, 8º, 36 e 37), com um relatório circunstanciado das providências adotadas pela SEMARH, relativo ao biênio anterior a decisão. O MM. juiz ainda impôs multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o ente estatal (IDEMA e/ou Estado) e de R\$ 1.000,00 (mil reais) para o próprio administrador omissor, sem prejuízo da responsabilização civil e penal cabível.

Em seguida à decisão supra, o Estado do Rio Grande do Norte e o IDEMA interpuseram embargos de declaração alegando omissão, obscuridade e contradição no

*decisum* (art. 535, I e II, do Código de Processo Civil). Paralelamente, o IDEMA apresentou relatório técnico identificando os pontos de captação de água e lançamento de efluentes líquidos sanitários e industriais, brutos ou tratados, no estuário dos Rios Potengi/Judiai. Com vistas dos autos o Ministério Público exarou promoção requerendo que as partes rés sejam intimadas para comprovar o cumprimento da decisão judicial, cujas providências são essenciais à despoluição do Rio Potengi. O processo apresenta sua última conclusão ao juiz com data de 17 de agosto de 2009.

Os dois casos acima retratados demonstram que a ação civil pública possui um leque de abrangência muito vasto na defesa dos direitos fundamentais sociais, especialmente para utilização pelo Ministério Público. Uma atuação eficiente do Ministério Público na proteção dos interesses sociais e individuais indisponíveis passa, necessariamente, pelo uso da ação civil pública.

Verifica-se também, dos dois casos trazidos a lume, que a jurisdição de primeiro grau encontra sintonia com a atuação institucional do Ministério Público, não se omitindo na tomada de decisões voltadas à satisfatividade dos direitos fundamentais sociais, sem o receio de compelir a administração pública em geral, e seus gestores em particular, à adoção das medidas necessárias nesse sentido.

Ocorre que os dois casos analisados demonstram claramente a dificuldade de superação dos entraves burocráticos e processuais à concretização dos direitos fundamentais. Na primeira ação civil pública em comento, que trata do direito à saúde, a decisão liminar propiciou a realização de neurocirurgia em apenas 14 dos 108 pacientes que se encontravam na fila de espera, o que se deve a demora na convocação dos pacientes para avaliação pelos neurocirurgiões, segundo informações da Secretaria Municipal de Saúde de Natal. Como o Judiciário não dispõe de uma estrutura que permita acompanhar de perto o desenrolar do cumprimento de suas decisões, acaba a parte interessada, no caso o Ministério Público,

apresentando sucessivos pedidos de providência, sem a condição do juiz de despachá-los com brevidade, em face da excessiva quantidade de processos sob sua jurisdição. Resultado: o cumprimento da decisão judicial vai ficando pela metade, com toda a carga de frustração advinda dessa situação. Ainda no caso do atendimento aos pacientes da neurocirurgia, como não houve a prolação da sentença de mérito, a providência judicial mais esperada pelo Ministério Público não foi analisada, qual seja a implantação da Política Nacional de Atenção ao Portador de Doença Neurológica no Rio Grande do Norte. Essa providência certamente teria um impacto muito positivo na prestação à saúde da população, porém, ao que parece, a solução pela via jurisdicional está longe de acontecer.

O mesmo cenário de ineficácia da decisão judicial é encontrado no caso da poluição do estuário dos Rios Potengi/Jundiaí. Como foram várias as providências requeridas pelo Ministério Público e determinadas pelo juiz em sua decisão liminar, e como o Poder Judiciário não acompanha o cumprimento de seus comandos, a decisão vai sendo executada a passos lentos, na inversa proporção da poluição dos rios. Para complicar ainda mais a situação, o Estado do Rio Grande do Norte e o IDEMA interpuseram embargos de declaração, alegando omissão, dúvida e contradição na decisão do juiz. Como os embargos de declaração não foram analisados e são muitas as providências pendentes de cumprimento, resta ao Ministério Público reiterar os pedidos de celeridade na apreciação de suas petições, tudo a depender da atenção que será dispensada pelo juiz envolvido em milhares de outros processos.

## **6 O PARADIGMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS E UM NOVO MODELO CONSTITUCIONAL PARA O SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO**

### **6.1 OS JUIZADOS ESPECIAIS NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA**

A literatura nacional aponta a década de 80 como o marco inicial do processo de criação dos juizados especiais no Brasil, sendo duas as suas fontes: de um lado, a atuação do Ministério da Desburocratização, que incluiu o Poder Judiciário como órgão a ser modernizado, diante das inúmeras queixas da população quanto à deficiência do serviço prestado pelo Judiciário, cujas reclamações diziam respeito à morosidade, alto custo do

processo e obscurantismo do mundo do Direito, que prejudicavam de maneira particular os conflitos mais simples e de baixo custo; de outro lado, a experiência dos juízes do Rio Grande do Sul na formação de Conselhos de Conciliação e Arbitramento, destinados a solucionar pequenos conflitos que jamais chegavam ao Poder Judiciário, representando uma litigiosidade contida.<sup>219</sup>

A partir da inclusão do Poder Judiciário no Programa Nacional de Desburocratização, em 1981 foi formada uma comissão para discutir a criação dos juizados de pequenas causas no Brasil,<sup>220</sup> cuja experiência já vinha ocorrendo com sucesso há muito tempo em vários países do mundo. A Inglaterra dispunha de Cortes especializadas em pequenas causas há mais um século. Desde a década 30 os Estados Unidos possuem Cortes de Pequenas Reclamações – *Small Claims Courts*, sendo a experiência da cidade de Nova York uma referência para toda a América do Norte e muito particularmente para o Brasil. Canadá, Irlanda do Norte, Austrália e Nova Zelândia possuíam experiência semelhante desde a década de 70.<sup>221</sup> No México destacava-se o Projeto de Justiça de Paz, de 1913, reformado em 1975, através da Lei Orgânica dos Tribunais do Distrito Federal; no Chile, em 1971, foram criados os *Tribunales Vicinales*, que tinham como competência pequenos juizados cíveis e causas de importância social para a comunidade local, cujo procedimento seria oral, público e informal. Essa lei, porém, veio a ser revogada posteriormente pelo novo regime de governo chileno.<sup>222</sup>

---

<sup>219</sup> CUNHA, Luciana Gross Siqueira. **Juizado especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 15-21. Ver também VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELLO, Manuel Palácios Cunha & BURGOS, Marcelo Baumman, *op. cit.* p. 167.

<sup>220</sup> Essa comissão era constituída pelos seguintes membros permanentes: João Geraldo Piquet Carneiro, Secretário Executivo do Programa Nacional de Desburocratização, presidente da comissão; Kazuo Watanabe e Cândido Rangel Dinamarco, Desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo; Caetano Lagrasta Neto, então Juiz de Direito de São Paulo; Ada Pellegrini Grinover, Procuradora do Estado de São Paulo e Paulo Salvador, Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo (in: CUNHA, Luciana Gross Siqueira, *op. cit.*, p. 18).

<sup>221</sup> PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Juizados Especiais nos países das famílias da Common Law e da Civil Law. Disponível em <<http://www.imag-df.org.br/Files/Conteudo/49/upload.pdf>> Acesso em 25 de setembro de 2009.

<sup>222</sup> Ibidem.

No Brasil, os Conselhos de Conciliação e Arbitramento dos juízes gaúchos, que passaram a existir em 1982, também foram importantes na criação dos juizados especiais. Esses Conselhos tinham competência para decidir, extrajudicialmente, causas com valor até 40 ORTNs, que correspondiam a 4,6 salários mínimos da época. As reclamações, de qualquer natureza, poderiam ser encaminhadas por particulares e por empresas ou outras pessoas jurídicas. Os procedimentos eram orais e presididos por árbitros. Os árbitros eram escolhidos pela AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul e não eram remunerados.<sup>223</sup>

A partir da vigência da Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, o Brasil passou a contar com o Juizado Especial de Pequenas Causas, cuja exposição de motivos dava conta da criação de um sistema voltado à “facilitar ao cidadão comum o acesso à justiça”, na solução dos conflitos de reduzido valor econômico que, pelos “altos custos da demanda, lentidão e quase certeza da inviabilidade ou inutilidade do ingresso em juízo, deixava de ingressar no Judiciário”.<sup>224</sup> Luciana Gross Siqueira Cunha resume bem as características do regime introduzido pela Lei 7.244/84:

(...) o sistema combinava duas modalidades de solução de conflitos: a prestação jurisdicional específica, típica da família da *civil law* e, portanto, tradicional ao ordenamento jurídico brasileiro; e a conciliação e arbitragem, mecanismos da família da *common law* de composição extrajudicial. Neste novo sistema de solução de conflitos, os princípios reguladores seriam: a facultatividade; a busca permanente de conciliação; a simplicidade, por meio da informalidade e oralidade; a economia; a celeridade e a amplitude dos poderes do juiz.<sup>225</sup>

Com o advento da Constituição Federal de 1988, prevendo em seu art. 98, inciso I, a criação de Juizados Especiais na União, no Distrito Federal, nos Territórios e nos Estados, o sistema da então conhecida “Justiça de Pequenas Causas” ganhou novo impulso. A partir de então as denominadas pequenas causas passaram a chama-se causas de menor

---

<sup>223</sup> CUNHA, Luciana Gross Siqueira, op. cit., p. 30.

<sup>224</sup> Exposição de Motivos da Lei 7.244/84, dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, n. 6.

<sup>225</sup> CUNHA, Luciana Gross Siqueira, op. cit., p. 43-44.



complexidade, na área cível, e infrações penais de menor potencial ofensivo, na área criminal, mantida a oralidade e instituído o procedimento sumaríssimo, com a possibilidade de transação e julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau, nas hipóteses previstas em lei.

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram regulamentados pela Lei Federal 9.099, de 26 de setembro de 1995, que definiu como causas cíveis de menor complexidade aquelas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; a ação de despejo para uso próprio e as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao limite de quarenta vezes o salário mínimo. Já as infrações penais de menor potencial ofensivo são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa.

A Lei 9.099/95 previu a gratuidade em primeiro grau de jurisdição, não havendo na sentença condenação do vencido em custas e honorários advocatícios, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Na hipótese da interposição de recurso às turmas recursais, compostas por três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, incumbe à parte recorrente o pagamento do respectivo preparo e, em caso de sucumbência, pagará custas e honorários advocatícios entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) do valor da condenação. Ainda, no Juizado Especial Cível é possível a execução de título extrajudicial até o limite de quarenta salários mínimos, não sendo obrigatória a presença de advogado nas causas com valor inferior a vinte salários.

Foram muitas as polêmicas em torno das questões processuais ligadas ao funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, porém, gradativamente, as dúvidas foram se dissipando, em especial a partir da criação do FONAJE – Fórum Nacional de

Juizados Especiais.<sup>226</sup> O FONAGE, criado em 1997, reúne semestralmente juizes de todo o Brasil que atuam nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e tenta uniformizar os procedimentos da Lei 9.099/95. Exemplo disso é o caso do Enunciado nº 1 do FONAJE, que decidiu pela não obrigatoriedade do procedimento do Juizado Especial Cível, cabendo ao autor a sua opção. Também do Enunciado nº 9, que permitiu que o condomínio demandasse ação no Juizado Especial Civil para a cobrança de quantias de quaisquer valor que lhes sejam devidas.<sup>227</sup>

No processo de ampliação dos juizados especiais, em 1999, a Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, acrescentando um parágrafo único ao art. 98 da Constituição Federal, dispôs sobre a Criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. A Lei 10.259, de 12 de julho de 2001, cuidou de instituir e disciplinar os referidos juizados, que apresentam peculiaridades próprias, diferentes da Justiça Estadual. No cível, por exemplo, o art. 6º da Lei 10.259/2001 permite que a União, autarquias, fundações, e empresas públicas federais figurem como rés. Além disso, o sistema da Justiça Federal admite causas com valor que não ultrapasse sessenta salários mínimos, facultado às partes, independentemente do valor, a designação de representantes para a causa, advogados ou não (art. 10).

Ainda, nos Juizados Especiais Federais não existe prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, nem se aplica o instituto do reexame necessário quando a sentença lhe é desfavorável (arts. 9º e 13 da Lei 10.259/2001, respectivamente). E mais: “Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias,

---

<sup>226</sup> O FONAJE já na se encontra em sua XXV edição, contabilizando a aprovação de 110 enunciados. Disponível em: <[www.tjma.jus.br/site/conteudo/upload/10824/20090917\\_enunciado\\_fonaje\\_2009\\_ok.pdf](http://www.tjma.jus.br/site/conteudo/upload/10824/20090917_enunciado_fonaje_2009_ok.pdf)>. O XXVI Encontro do FONAJE está previsto para ocorrer em Fortaleza/CE, no período de 25 a 27 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://200.141.192.245:8080/fonaje/>>. Acesso em: 26 de setembro de 2009.

<sup>227</sup> CUNHA, Luciana Gross Siqueira, op. cit., p. 53.

contados da entrega da requisição, por ordem do Juiz, à autoridade citada para a causa, na agência mais próxima da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, independentemente de precatório” (art. 17 da Lei 10.259/2001).

Com inspiração na sistemática introduzida pelos juizados especiais, e comprovando o êxito desse novo modelo de jurisdição, as Leis 9.957 e 9.958, de 12 de janeiro de 2000, definiram, respectivamente, a adoção do rito sumaríssimo na Justiça do Trabalho nas causas de até quarenta salários mínimos e a criação de Comissões de Conciliação Prévia como instância primeira de conciliação. Já a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, previu, em seu art. 74, que referidas pessoas jurídicas sejam admitidas como proponentes de ação perante o juizado especial, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas.

Atualmente estão em tramitação no Congresso Nacional três Propostas de Emenda à Constituição Federal (PEC) e vários Projetos de Lei (PL) que alteram o sistema dos juizados especiais. A PEC 34/2008, de autoria do Senador Álvaro Dias (PSDB/PR), visa a alterar os arts. 92 e 98 da Carta Magna, para criar o cargo de juiz supervisor dos juizados especiais. Tramita ainda no Senado Federal o Projeto de Lei Complementar nº 16/2007, de iniciativa do Executivo Federal, objetivando incluir a Seção XIII-A ao Capítulo II da Lei 9.099/95, que dispõe sobre a uniformização de jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.<sup>228</sup>

Na Câmara dos Deputados tramita a PEC 145/2007, do Dep. Décio Lima (PT/SC), que dá nova redação ao inciso I do art. 98 da Constituição Federal, para incluir entre as matérias de competência dos juizados especiais as ações de natureza fiscal e de interesse da Fazenda Pública; e a PEC 485/2005, da Dep. Sandra Rosado (PSB/RN) e outros, que dá nova redação ao art. 98 da Constituição Federal, prevendo a criação de varas especializadas nos

---

<sup>228</sup> Disponível em: <[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso em: 26 de setembro de 2009.

juizados especiais para as questões relativas às mulheres. Tramitam ainda na Câmara dos Deputados vários Projetos de Lei (PL) alterando o sistema dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Na área cível, dentre outros, o PL 4289/2004, do Dep. Celso Russomanno (PP/SP), inclui na competência do Juizado Especial Federal as ações sobre direitos e interesses coletivos ou individuais homogêneos, dispondo ainda sobre a tutela coletiva e a antecipação de tutela de evidência; o PL 3668/2008, da Comissão de Legislação Participativa, estabelece critérios para que o incapaz possa ajuizar ação no Juizado Especial; o PL 2521/2007, também da Comissão de Participação Legislativa, pretende conferir competência aos juizados especiais para as causas de natureza fiscal e de interesse da Fazenda Pública, quando os autores forem condomínios residenciais, associações e espólios; o PL 1690/2007, do Dep. Carlos Bezerra (PMBD/MT), institui o Juizado Especial de Família; o PL 407/2007, do Senador César Borges (DEM/BA), inclui na competência dos juizados especiais as ações de despejo para uso de ascendentes e descendentes; o PL 6429/2002, do Dep. Paulo Magalhães (PFL/BA), insere na competência dos juizados especiais as ações relativas a acidente de trabalho. Na área criminal, o PL 7665/2006, do Dep. Ricardo Santos (PSDB/ES) e outros, modifica a redação do art. 61 da Lei 9.099/1995, para considerar infração penal de menor potencial ofensivo os crimes e contravenções penais com pena máxima não superior a quatro anos. No mesmo sentido é o PL 6799/2006, do Dep. Vicente Chelotti (PMDB/DF). Existem também projetos de lei que fixam a competência funcional obrigatória dos juizados especiais para conciliação e julgamento de causas até determinados valores (PL 6954/2002, PL 4404/1998 e PL 4021/1997).<sup>229</sup>

Segundo se infere dos projetos legislativos que tramitam no Congresso Nacional, a grande maioria das propostas apresentadas pelos parlamentares objetiva a ampliação da competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Esse fato decorre da

---

<sup>229</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 28 de setembro de 2009.

aceitação dos juizados especiais pela sociedade brasileira, cujos números positivos confirmam essa realidade. Tomando como parâmetro o Rio Grande do Norte, em 2003, os processos distribuídos nos Juizados Especiais representaram 48,3% do total de processos ajuizados em todo o Estado.<sup>230</sup> De 2004 a 2008, os casos novos na justiça comum de primeiro grau no Rio Grande do Norte cresceram 18,3%, ao passo que nos juizados especiais este crescimento foi de 41,7%. Quanto ao nível de solução dos conflitos, a justiça comum de primeiro grau no Rio Grande do Norte registrou em 2008 uma taxa de congestionamento de 73,8%, enquanto que nos juizados especiais essa taxa correspondeu a 11,1%.<sup>231</sup>

Diante desse quadro, os juizados especiais representam uma inestimável contribuição à melhoria da prestação jurisdicional no Brasil, ampliando o acesso à justiça e agilizando a solução dos conflitos de menor expressão econômica. Ao dispor de técnicas mais simplificadas de ajuizamento, tramitação e julgamento dos processos, o sistema dos juizados especiais serve de paradigma às transformações que devem ocorrer na justiça comum, mormente em sede de segundo grau de jurisdição.

## 6.2 A TÉCNICA DOS JUIZADOS ESPECIAIS ADAPTADA À JUSTIÇA COMUM

O art. 2º da Lei 9.099/95 dispõe que o processo nos juizados especiais orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação ou a transação.

Os critérios elencados pelo legislador na Lei 9.099/95 se acham em sintonia com a visão instrumental do processo moderno, cuja finalidade não é outra senão servir de

---

<sup>230</sup> Fonte: Supremo Tribunal Federal, BNDPJ – Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário apud CUNHA, Luciana Gross Siqueira, *op. cit.*, p. 67.

<sup>231</sup> Dados do Relatório “Justiça em Números”, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/pesquisas\\_judiciarias/tjrn.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/pesquisas_judiciarias/tjrn.pdf)>. Acesso em: 28 de setembro de 2009.

instrumento eficiente à realização do direito material.<sup>232</sup> Um processo eficiente é aquele que caminha no sentido da célere composição do litígio, sem atalhos ou rodeios desnecessários. Não se afigura razoável privilegiar o formalismo em detrimento do propósito da pacificação social do processo, daí a necessidade de incorporar princípios como a oralidade, simplicidade, informalidade e economia, sem menosprezo à técnica, por óbvio. Modernamente, a teor da previsão lançada no art. 250 do Código de Processo Civil, o defeito de forma somente conduz à nulidade do processo se vier a causar prejuízo à defesa da parte ou se sacrificar os fins de justiça do processo – *pas nullité sans grief*, consoante já assentado pelo Superior Tribunal de Justiça em mais de uma oportunidade.<sup>233</sup>

Com isso, os critérios que informam os juizados especiais não devem ser considerados privativos desse modelo de jurisdição, que observa o procedimento sumaríssimo, mas se espraiam por todo o sistema processual, permeando os procedimentos especiais e o procedimento comum sumário e ordinário.

A oralidade é o primeiro critério previsto no art. 2º da Lei 9.099/95. Segundo CHIOVENDA, a nota da oralidade em determinado processo impõe a observância das seguintes regras: prevalência do uso da palavra combinada com meios escritos de preparação e documentação; imediação da relação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deve apreciar; identidade das pessoas físicas que constituem o juiz durante a condução do processo; concentração do conhecimento da causa num único período a desenvolver-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas e, por fim, a irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias.<sup>234</sup>

---

<sup>232</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tema de direito processual**, 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15.

<sup>233</sup> REsp 713507/PR. Recurso Especial 2005/0001658-6. Rel. Ministro Luiz Fux, 1º Turma. Data do Julgamento 6/12/2005, DJ 13/2/2006, p. 693; REsp. 532577/DF. Recurso Especial 2003/0071581-5. Rel. Ministro Luiz Fux, 1º Turma. Data do julgamento 4/11/2003, DJ. 24/11/2003, p. 227 e AgRg no REsp. 330878/AL; Agravo Regimental no Recurso Especial 2001/0083771-4. Rel. Ministro Castro Filho, 3ª Turma. Data do julgamento 6/6/2003, DJ 30/6/2003, p. 237, RDDP, vol. 6, p. 217.

<sup>234</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, vol. 3, 1ª ed., Campinas: Bookseller, 1998, p. 61-67.

Fazer prevalecer o uso da palavra significa oportunizar o diálogo entre o juiz e as partes, propiciando um conhecimento mais aproximado acerca da lide, com forte influência na legitimidade da decisão judicial. É em busca dessa legitimidade que se impõe a observância da identidade física do juiz, prevista no art. 132 do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

A concentração do conhecimento da causa numa única audiência, ou em poucas audiências contíguas, é uma prática que vem ganhando prestígio no procedimento comum, o que demonstra a importância crescente da oralidade no processo judicial moderno. Além da concentração dos atos processuais já ser uma realidade no procedimento comum sumário (art. 278 do Código de Processo Civil), a mesma técnica vem sendo ampliada no procedimento comum ordinário, como demonstra o instituto da audiência preliminar, instituído através da Lei 10.444/2002, que deu nova redação ao art. 331 do Código de Processo Civil. Em substituição ao saneamento do processo por meio de provimento escrito do juiz, a audiência preliminar do art. 331 do Código de Processo Civil consagra a técnica da oralidade na fixação dos pontos controvertidos da demanda, impondo ao juiz, na hipótese de não ser obtida a conciliação, decidir oralmente as questões processuais pendentes, determinar as provas a serem produzidas e designar audiência de instrução e julgamento, se necessário. A audiência preliminar tem a vantagem de ampliar o número de questões da lide que possam ser resolvidas pelo diálogo entre o juiz e as partes, deixando remanescer apenas os pontos verdadeiramente conflitantes, sobre os quais não foi possível acordar, sem desviar ou gastar tempo com questões desnecessárias à composição do conflito.

Quanto à irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias – outra regra apontada por CHIOVENDA como vinculada à oralidade – a mesma não se restringe às

hipóteses de decisões interlocutórias irrecorríveis, como nos casos dos juizados especiais e nas investigações judiciais eleitorais, onde as decisões interlocutórias são impugnáveis somente na decisão final, não se verificando o fenômeno da preclusão.<sup>235</sup> A irrecorribilidade em separado das interlocutórias também já é uma realidade do processo civil comum, como ocorre com o recurso de agravo, que não suspende desde logo o curso do processo.

A simplicidade e a informalidade são marcas indeléveis dos juizados especiais. O propósito da Lei 9.099/1995 é evitar pompas e solenidades que possam inibir o cidadão de buscar a Justiça para demandar questões de pouca complexidade e reduzido valor econômico. Com a simplicidade, atos e formas procedimentais devem se despir de formalismos excessivos; com a informalidade, o juiz passa a ter maior liberdade para determinar a forma como o ato deve ser praticado, valorizando mais os fins do que a forma que reveste os atos processuais.

No exercício da jurisdição comum, o Judiciário igualmente pode se guiar pela simplicidade e informalidade na prática dos atos processuais, usando de criatividade e técnicas capazes de conferir uma prestação jurisdicional simples e eficiente. Neste sentido, merece registro o “Sistema Hermes” de malote eletrônico, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte e disponibilizado aos demais tribunais do país, através de acordo de cooperação técnica firmado com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O “Sistema Hermes” possibilita a realização de comunicações oficiais internas do Poder Judiciário, por meio eletrônico e sem perigo de extravio, incluindo a remessa de cartas precatórias. Segundo dados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em 2006, o “Sistema Hermes” propiciou o envio de 37 mil documentos digitais.<sup>236</sup> Campanha como a “Simplificação da

---

<sup>235</sup> Investigação Judicial. Decisão Interlocutória. Irrecorribilidade das Decisões Interlocutórias. Na investigação judicial de que cuida o artigo 22 da LC 64, não cabe recurso em separado. A matéria não ficará preclusa, podendo ser objeto de exame no julgamento do recurso que impugne o provimento de que resulte o fim do processo (TSE, Ag. Instr. nº 1.718-MS, julg. 1º.6.1999, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 11.6.1999, p. 90).

<sup>236</sup> Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=167&id=4523&option=com\\_content&task=view](http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=167&id=4523&option=com_content&task=view)>. Acesso em: 03 de outubro de 2009.



Linguagem Jurídica”, lançada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em agosto de 2005,<sup>237</sup> também demonstra a importância dos princípios da simplicidade e informalidade para além dos juizados especiais.

A economia processual e a celeridade andam juntas. Ambos os institutos visam à obtenção do melhor resultado com o emprego do mínimo possível de atos processuais, o que compõe a chamada duração razoável do processo, prevista no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988.

Com o advento da duração razoável do processo alçada a condição de princípio fundamental, o legislador infraconstitucional cuidou de introduzir mudanças no processo civil no sentido de prestar uma jurisdição com economia e rapidez. Exemplo desta iniciativa é a possibilidade de o juiz julgar a lide liminarmente, mesmo antes da citação do réu, decretando-se a improcedência do pedido quando houver sentenças no mesmo sentido em casos idênticos (art. 285-A do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei 11.277/2006); ou ainda a possibilidade de o tribunal julgar desde logo a lide nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento; ou, quando constatando a existência de nulidade sanável, o tribunal determinar a realização ou renovação do ato processual, prosseguindo na seqüência ao julgamento da apelação (§§ 3º e 4º do art. 515 do Código de Processo Civil, com a redação conferida pelas Leis 10.352/2001 e 11.276/2006, respectivamente).

A busca pela conciliação e pela transação não é exclusividade do sistema dos juizados especiais. No Código de Processo Civil o art. 125, inciso I, relaciona dentre os deveres do juiz a tentativa de conciliação entre as partes a qualquer tempo. O mesmo diploma legal prevê a designação de audiência de conciliação como primeira providência do juiz no procedimento comum sumário (art. 277); já no procedimento comum ordinário a tentativa de

---

<sup>237</sup> Disponível em: <[http://www.amb.com.br/index.asp?sacao=campanha\\_juridiques](http://www.amb.com.br/index.asp?sacao=campanha_juridiques)>. Acesso em: 03 de outubro de 2009.

conciliação deve acontecer por ocasião da audiência preliminar, destinada ao saneamento do processo (art. 330). Até na fase de execução o Código de Processo Civil estimula a conciliação, conferindo poderes ao juiz para ordenar o comparecimento das partes a qualquer momento (art. 599, I). Idêntico tratamento o Código Civil de 2002 dispensa à transação. O art. 840 do referido diploma legal estatui ser lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões recíprocas, desde que a transação envolva direitos patrimoniais de caráter privado (art. 841).

Mas qual a razão da conciliação e da transação figurarem expressamente como critérios dos juizados especiais, sem alcançarem o mesmo relevo no âmbito da justiça comum?

Primeiramente, a conciliação e a transação estão na gênese dos juizados especiais, uma vez que os mesmos se originaram com inspiração nos Conselhos de Conciliação e Arbitramento criados pelos juizes do Rio Grande do Sul, no ano de 1982, destinados a solucionar pequenos conflitos que jamais chegavam ao Poder Judiciário.<sup>238</sup> Logo, desde a sua concepção, os juizados especiais se identificam com a idéia de uma justiça consensual, onde as partes são estimuladas a transigirem para por fim a demanda no menor tempo possível.

Para comprovar a consensualidade dos juizados especiais, o primeiro ato processual do rito sumaríssimo é justamente a sessão de conciliação, presidida pelo juiz togado ou leigo ou por conciliador, que esclarecerá as partes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e conseqüências do litígio, especialmente quanto à opção dos juizados especiais importar em renúncia ao crédito excedente a quarenta salários mínimos, excetuada a hipótese de conciliação (arts. 21 e 22 da Lei 9.099/1995).

---

<sup>238</sup> Vide item 6.1 da presente dissertação.

Em razão de a consensualidade ser característica inerente aos juizados especiais, a própria estrutura destes juizados se aperfeiçoa de modo a favorecer a solução amigável. A começar pelos juizes togados que exercem a jurisdição perante os juizados especiais, o perfil que estes magistrados possuem, ou são levados a desenvolver, difere muito do perfil do juiz da justiça comum, mais apegado às formas procedimentais ditadas pelos Códigos de Processo Civil e Processo Penal. O juiz togado dos juizados especiais é exercitado para ser mais informal e ter mais paciência para ouvir as partes, o que sem dúvida favorece a obtenção da conciliação. Essa característica é ainda muito mais marcante nas figuras dos juizes leigos e conciliadores, que devem possuir treinamentos específicos para desenvolver as técnicas da conciliação e mediação. Tudo isso comprova a relevância que a consensualidade possui no âmbito do sistema dos juizados especiais.

Na justiça comum a situação é diferente. Pelo excesso de processos, de audiências e de liminares que são levados a decidir diariamente, os juizes da justiça comum são afastados da idéia da conciliação. Geralmente as audiências de conciliação na justiça comum são realizadas por mera formalidade legal, verdadeiros atos protocolares, sem o menor estímulo às partes para transigirem. Também não há conciliadores que possam introduzir um diálogo prévio com as partes, visando apresentar-lhes as vantagens da conciliação. Nesse cenário de pontos desfavoráveis, a prática da conciliação na justiça comum ainda se apresenta muito incipiente.

Ainda que a conciliação seja uma realidade mais presente no dia-a-dia dos juizados especiais, é inegável que existe muito espaço para a valorização dessa técnica no âmbito da justiça comum. Prova disso é a experiência vivenciada no Estado de Minas Gerais. Por meio da Resolução 407/2003, alterada pela Resolução 453/2004, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais instituiu a “Central de Conciliação”, atualmente estendida a todos os feitos judiciais onde se discutam direitos sobre os quais as partes possam transigir. A Central de

Conciliação de Minas Gerais pode ser instalada em qualquer comarca do Estado, bastando a solicitação do juiz interessado. Atualmente, das 294 comarcas do Estado de Minas Gerais, 250 possuem Central de Conciliação instalada, que funcionam com servidores treinados pela Escola Judiciária do Estado, sob a coordenação de um juiz responsável por disciplinar o funcionamento da respectiva central.<sup>239</sup> O “Movimento pela Conciliação” – “Conciliar é Legal” – de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, iniciado em agosto de 2006 e com continuidade nos anos seguintes, é mais uma prova da viabilidade da conciliação em todas as esferas do Poder Judiciário.<sup>240</sup> A propósito, por meio da Recomendação nº 8, de 27 de fevereiro de 2007, o Conselho Nacional de Justiça recomendou a todos os tribunais brasileiros, da Justiça Estadual e Federal, o planejamento e execução de ações visando a constituição de uma comissão permanente encarregada de atividades de conciliação, além de ofertar cursos de capacitação para conciliadores, magistrados e servidores, dentre outras metas.<sup>241</sup>

O processo eletrônico pode ser apontado como outro instrumento de aproximação entre os juizados especiais e a justiça comum. Introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, o processo eletrônico se aplica, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição, como reza o § 1º, do art. 1º, da referida lei. O uso do meio eletrônico é válido para o envio de petições, recursos e a prática dos atos processuais em geral, todos admitidos mediante o uso de assinatura eletrônica, previamente credenciada no Poder Judiciário (art. 2º).

A implantação do processo eletrônico trouxe um enorme avanço na guerra contra a morosidade, também representando vantagem no tocante ao acesso à justiça,

---

<sup>239</sup> Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/terceiro\\_vice/central\\_conciliacao/](http://www.tjmg.jus.br/terceiro_vice/central_conciliacao/)>. Acesso em: 06 de outubro de 2009.

<sup>240</sup> Disponível em: <<http://www.conciliar.cnj.gov.br>>. Acesso em: 03 de outubro de 2009.

<sup>241</sup> Disponível em: <[http://cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2732&Itemid=163](http://cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2732&Itemid=163)>. Acesso em: 05 de outubro de 2009.

economia, agilidade e transparência.<sup>242</sup> A morosidade é atenuada no processo eletrônico em razão da redução e simplificação dos serviços burocráticos, com um melhor aproveitamento do tempo pelo juiz e serventuários. O acesso à justiça é facilitado na medida em que partes podem peticionar diretamente através da *web*, sendo-lhes possível acompanhar a tramitação do processo via internet, com mais comodidade e transparência. A economia é outro ponto forte do processo eletrônico. A redução dos gastos com papel, a impressão e reprodução de documentos e a manutenção de arquivos, justificam os investimentos realizados na informatização do processo.

No futuro, espera-se que o processo eletrônico possa representar a matriz de unificação das formas procedimentais dos juizados especiais e da justiça comum, permitindo ao cidadão, independentemente do valor atribuído à causa, dispor de uma prestação jurisdicional eficiente e segura.

### 6.3 AS TURMAS RECURSAIS COMO MODELO PARA A JURISDIÇÃO DE SEGUNDO GRAU

Este tópico do trabalho se destina a apresentar uma proposta para a jurisdição recursal de segundo grau da justiça comum. A finalidade é sugerir a transferência da competência recursal dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais para Turmas Recursais formadas por juízes de primeiro grau, a exemplo do modelo vigente nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, previsto no § 1º, do art. 41, da Lei 9.099/1995, com algumas diferenças.

Tenha-se claro, por primeiro, que o objetivo da proposta não é acabar com o duplo grau de jurisdição, em absoluto. O duplo grau de jurisdição é um direito previsto na

---

<sup>242</sup> BARBOSA, Hugo Leonardo Penna. Lei nº 11.419/2006: O processo eletrônico como garantia de um Judiciário efetivo. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 49, p. 79-94, abril 2007.

Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LV,<sup>243</sup> que possibilita ao jurisdicionado busca rever as decisões que lhes sejam desfavoráveis. A propósito, como lembra Nelson Nery Júnior,<sup>244</sup> a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, da qual o Brasil é signatário, e a qual já fez ingressar em seu direito interno, estabelece o seguinte em seu art. 8º, nº 2, letra *h*:

Art. 8º. Garantias judiciais:

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Convém ressaltar, contudo, que o duplo grau de jurisdição não se afigura na ordem jurídica brasileira como uma garantia constitucional, e sim como um direito contemplado na Carta Magna. Isto significa dizer que o legislador infraconstitucional tem o poder de limitar o exercício do direito recursal, como ocorre, por exemplo, na própria Lei 9.099/1995, que não contempla a previsão de recurso contra as decisões interlocutórias dos juizados especiais, somente contra a sentença (art. 41). É o caso também do art. 34, da Lei 6.830/1980, que rege as execuções fiscais, e que não admite a interposição de apelação nas causas de valor igual ou inferior a 50 OTNs. As únicas exceções a essa limitação dizem respeito aos recursos cujos requisitos estão previstos no próprio texto da Constituição Federal, como ocorre com os recursos ordinário (arts. 102, II e 105, II), extraordinário (art. 102, III) e especial (art. 105, III).<sup>245</sup>

Atualmente os tribunais de segunda instância exercem a função de revisores das decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau, sejam decisões interlocutórias ou sentenças, porém a legislação processual deveria prever que os recursos dessas decisões

---

<sup>243</sup> Art. 5º, LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>244</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 172.

<sup>245</sup> NERY JÚNIOR, op. cit, p. 170.

fossem julgados por turmas compostas por juízes de primeiro grau, em número de três, reunidos na própria sede do juízo, ou regionalmente, quando se tratasse de comarca de vara única. A opção por este modelo certamente implicaria em abreviar o julgamento dos recursos e a conclusão dos processos, além de permitir um acompanhamento mais eficiente pelas partes, que teriam facilitado o acesso aos órgãos julgadores, tanto em primeiro quanto em segundo grau.

Em um sentido de aproximação com o modelo ora proposto, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o § 6º, ao art. 125 da Constituição Federal de 1988, prevendo a descentralização territorial da jurisdição nos seguintes termos: “O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo”.

Andou bem o constituinte derivado ao permitir a descentralização territorial dos tribunais no Brasil. Para José Renato Nalini,<sup>246</sup> a medida não apenas torna a justiça de segundo grau mais próxima do cidadão, como também prestigia a idéia de descentralização como forma racional de gestão do funcionamento da prestação jurisdicional. Ao sugerir a adoção da descentralização no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde exerce o cargo de desembargador, NALINI destaca as seguintes vantagens da medida:

A instalação de Câmaras Regionais atenderia a múltiplos objetivos. Os processos submetidos à segunda instância de julgamento – os recursos – permaneceriam nas sedes regionais. Os advogados não precisariam vir a São Paulo para sustentar oralmente. Mesmo as partes, como quer o constituinte, poderiam assistir ao julgamento na própria cidade ou em outra cidade próxima. É evidente a economia gerada para os cofres públicos. Efeito não explicitado na Constituição, mas previsível, seria a redução do trânsito nesta caótica cidade dos congestionamentos. A descentralização ainda permitiria uma gestão menos complexa do Tribunal de Justiça, com delegação da burocracia a sedes regionais. (...) Difícil a implementação? Não se pode negar. Mas não impossível. As grandes cidades, consideradas pólos regionais, já possuem edifícios forenses compatíveis com a necessidade de preservar a tradição solene do julgamento colegiado.

---

<sup>246</sup> NALINI, José Renato. Descentralização do TJ-SP é a medida mais racional. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2009-fev-12/descentralizacao-tj-sp-permitiria-gestao-complexa-tribunal>>. Acesso em: 09 de outubro de 2009.

Há servidores lotados na capital que aceitariam a transferência para o interior, algo que hoje não conseguem porque sua função ainda inexistente fora da sede do tribunal.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina é o pioneiro no Brasil no processo de descentralização, com a instalação da Câmara Regional Especial de Chapecó, em 6 de fevereiro de 2009. A Câmara Regional de Chapecó, que está funcionando em caráter experimental por um ano, é composta por três desembargadores e se reúne em duas sessões quinzenais, cuja competência se estende a 27 comarcas e 117 municípios da região oeste de Santa Catarina, para o julgamento de recursos e apelações na área do direito privado.<sup>247</sup>

Mesmo reconhecendo que a criação de Câmaras Regionais se aproxima do modelo proposto neste trabalho, a descentralização dos Tribunais de Justiça apresenta alguns entraves de difícil superação, sendo possível apontar os seguintes:

Em primeiro lugar, nos Tribunais de Justiça existem sessões que exigem a reunião do Tribunal Pleno, com a participação de todos os desembargadores que integram o colegiado. A depender do número de desembargadores que compõem o Tribunal de Justiça, as sessões do Tribunal Pleno ocorrem com maior ou menor frequência. No Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, o maior do país, composto por 360 desembargadores, o Tribunal Pleno possui competência reservada à eleição do Presidente, do Vice-Presidente, do Corregedor Geral da Justiça e dos doze desembargadores integrantes do Órgão Especial e seus suplentes,<sup>248</sup> para um mandato de dois anos, o que implica dizer que o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça de São Paulo somente se reúne, ordinariamente, a cada dois anos. Já no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, composto por 15 desembargadores, o Tribunal Pleno se reúne semanalmente, às quartas-feiras. Diante de realidades tão diferentes, mostra-se inconveniente a criação de Câmaras Regionais em tribunais pequenos, uma vez que os

<sup>247</sup> Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/748531/1-camara-regional-especial-e-instalada-no-brasil>>. Acesso em: 10 de outubro de 2009.

<sup>248</sup> Conforme o art. 4º do novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <<http://gecon.tj.sp.gov.br/gcnptl/downloadNormasAbrirConsulta.do>>. Acesso em: 11 de outubro de 2009.



desembargadores integrantes dessas câmaras teriam que se deslocar à Capital do Estado semanalmente, a fim de participarem das sessões ordinárias do Tribunal Pleno. Além disso, nos tribunais pequenos, o reduzido número de desembargadores impõe a participação de todos em comissões criadas pela presidência do Tribunal, dificultando ainda mais a vida dos integrantes das Câmaras Regionais que funcionassem no interior do Estado.

Outro entrave ao desmembramento do Tribunal de Justiça está na ascensão interna dos desembargadores ao longo da carreira, situação que ocorre em todos os tribunais, independentemente do tamanho. É que com o passar do tempo, à medida que adquirem antiguidade no tribunal, os desembargadores são convocados para desempenhar novas funções, como integrantes dos órgãos de Direção e Cúpula do Tribunal, do Conselho Superior da Magistratura ou mesmo do Tribunal Regional Eleitoral. Tais funções certamente exigiriam a transferência de residência do desembargador para a sede do tribunal, comprometendo sobremaneira o funcionamento das Câmaras Regionais.

Por outro lado, qual seria o critério utilizado para a designação dos desembargadores que comporiam as Câmaras Regionais? Seria a afinidade do desembargador com a região do Estado onde a Câmara funciona, ou a antiguidade e o merecimento seriam utilizados como critério de designação? Haveria interesse de um juiz de entrância final, domiciliado na Capital, ascender ao tribunal e voltar a residir no interior do Estado, na condição de desembargador de uma Câmara Regional? E se não existisse desembargador disposto a concorrer à vaga em determinada Câmara Regional? São questionamentos para os quais não se têm respostas prontas, mas que servem para demonstrar a dificuldade da descentralização dos Tribunais de Justiça. Talvez estes motivos esclareçam o porquê do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ser o único a fazer uso da faculdade prevista no § 6º, do art. 125, da Constituição Federal de 1988, em vigor desde 2004, mesmo assim em caráter experimental.

O modelo apresentado neste trabalho, que propõe o julgamento dos recursos por Turmas Recursais, compostas por juízes de primeiro grau, certamente supera todas as dificuldades acima apontadas, contemplando a preocupação do constituinte derivado em descentralizar o julgamento dos recursos nos tribunais.

O ideal é a formação de Turmas Recursais para o julgamento de recursos em matéria criminal, de direito privado e de direito público, composta cada uma por três juízes de primeiro grau. Essas Turmas Recursais se reuniriam semanalmente para apreciar os recursos contra decisões interlocutórias e sentenças, sem a necessidade da remessa dos autos ao respectivo tribunal. Por este modelo a competência recursal dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais cessaria por completo, mantida a competência dos mesmos para o julgamento dos feitos ajuizados diretamente no tribunal e para os atos administrativos de gestão do Poder Judiciário.

São muitas as vantagens do julgamento dos recursos por Turmas Recursais formadas por juizes de primeiro grau. A redução do tempo na distribuição dos recursos representa a vantagem inicial. Como as Turmas Recursais funcionariam sempre próximas do local de tramitação do processo, no mesmo prédio do fórum ou na sede de outra comarca da região, a atividade de protocolização do recurso seria mais rápida e de menor custo para as partes, que não precisariam encaminhar suas petições e documentos à sede do tribunal.

As partes e seus advogados poderiam acompanhar a tramitação dos recursos e assistir às sessões de julgamento pessoalmente, sem a necessidade de deslocamento à sede do tribunal, muitas vezes distante e inacessível às pessoas de menor poder aquisitivo domiciliadas em outras regiões.

Os juizes de primeiro grau integrantes das Turmas Recursais, atuantes em varas criminais, em varas cíveis, especializadas ou não, e em varas de Fazenda Pública,

estariam mais familiarizados com o trato das matérias objeto dos recursos, uma vez que sobre elas decidem no seu dia-a-dia. Além disso, o que mais importante, referidos juizes são conhecedores da realidade local da comarca e da região onde atuam, logo possuem melhor condição de aquilatar o acerto e adequação da decisão posta em reexame.

A escolha dos juizes das Turmas Recursais poderia observar o critério da antiguidade, com a designação para um mandato de dois anos, estabelecido um rodízio entre todos os juizes de igual entrância. Assim, estaria assegurada a impessoalidade e a experiência como primeiros requisitos para a composição das Turmas Recursais.

A competência das Turmas Recursais seria a mesma que hoje é confiada aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, em matéria de recurso criminal, de direito privado e de direito público. Cada Turma Recursal atuaria conforme a matéria de sua competência, sendo seus membros identificados com a mesma matéria em suas respectivas varas. Assim, por exemplo, as Turmas Recursais Criminais seriam compostas por juizes de vara criminal com atuação na comarca ou na região, valendo o mesmo raciocínio para as Turmas Recursais de direito privado e de direito público.

O número de Turmas Recursais por comarca ou por região seria proporcional à demanda de processos em tramitação, sendo cada Turma Recursal presidida pelo membro mais antigo, ao qual seria confiada a função de representá-la, dirigir seus trabalhos e presidir as sessões de julgamento, delas participando com direito a voto. Perante o presidente da Turma Recursal também seriam interpostos os recursos extraordinário e especial contra as decisões do colegiado.

Às Turmas Recursais seriam dirigidas as exceções de impedimento e suspeição e os conflitos de competência entre os juizes de primeiro grau sob sua jurisdição. Já a uniformização da jurisprudência das Turmas Recursais, as reclamações relativas aos seus

acórdãos e as dúvidas e conflitos a respeito de suas decisões, poderiam ser julgados por Grupos de Turmas Reunidas, compostos pelos juízes mais antigos de cada uma delas.

Esse novo modelo de jurisdição de segundo grau, a partir do funcionamento de Turmas Recursais, impõe a adequação da competência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. Com a proposta de transferência da competência recursal dos tribunais para turmas formadas por juizes de primeiro grau, aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais seriam reservadas as funções de gestão do Poder Judiciário, sua representação institucional e o julgamento dos feitos de competência originária, como ocorre atualmente. Em outras palavras, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais abdicariam da condição de órgãos de segundo grau de jurisdição, passando à condição de julgadores em primeiro grau dos feitos de competência originária.

É importante registrar que a transferência da competência dos Tribunais de Justiça para as Turmas Recursais, independe de emenda à Constituição Federal ou da vontade do legislador federal infraconstitucional. Conforme dispõe o art. 125 e § 1º da Constituição Federal de 1998, cabe aos Estados a organização de sua justiça, sendo a competência dos tribunais definida na Constituição do Estado, com a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Vale dizer que à União compete privativamente legislar sobre direito processual, consoante o art. 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Já o art. 24, inciso XI, também da Constituição Federal, dispõe que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre procedimento em matéria processual. Ou seja, quando se tratar de processo a competência legislativa é privativa da União, porém quando a

questão estiver ligada a procedimento os entes da federação possuem competência concorrente.

Ora, se o art. 125 da Constituição Federal transfere para a Constituição dos Estados a definição da competência dos Tribunais de Justiça, cabendo a estes a iniciativa de sua organização judiciária (§ 1º, do art. 125, da Carta Magna), conclui-se que a matéria atinente à competência possui natureza procedimental e não processual. O art. 93 do Código de Processo Civil segue esse mesmo entendimento ao estatuir que: “regem a competência dos tribunais as normas da Constituição da República e da organização judiciária (...)”. É neste sentido também o posicionamento de Gelson Amaro de Souza:

As normas dos arts. 91 e 93 do CPC, atribuindo a distribuição da competência pelas normas de organização judiciária, parece estar indicando que a competência tem natureza procedimental e não processual. Fosse a competência de natureza processual, não poderia ser regida por norma estadual, visto que, para as normas processuais, a competência é exclusiva da União.<sup>249</sup>

Assim sendo, no âmbito dos Estados, a transferência da competência dos Tribunais de Justiça para as Turmas Recursais somente fica a mercê da vontade do constituinte estadual e da iniciativa do próprio Tribunal de Justiça, através da regulamentação na respectiva lei de organização judiciária. O mesmo não pode ser dito em relação aos Tribunais Regionais Federais, cuja competência encontra previsão expressa no texto da Constituição Federal de 1988, art. 108, a exigir a iniciativa do constituinte derivado.

Também haveria necessidade de intervenção do constituinte derivado para suprimir do texto da Carta Magna a denominação do cargo de “desembargador”, que deveria ser substituída pela do cargo de “juiz do tribunal”. Esta modificação é necessária para se adequar à proposta apresentada no próximo item deste trabalho, que prevê a instituição de

---

<sup>249</sup> SOUZA, Gelson Amaro. Competência: Natureza Jurídica da Norma. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre, a. VII, n. 38, p. 56-59, nov./dez. 2005.

mandato para a permanência do magistrado no tribunal, com o retorno do mesmo à primeira instância após o término do mandato, se não for o caso de aposentadoria.

Para finalizar, convém dizer que a criação das Turmas Recursais, consoante o modelo aqui apresentado, implicaria em reduzir o número de magistrados com assento nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, haja vista a subtração da competência recursal desses colegiados. Por outro lado, a redução no número dos juízes de segundo grau conduz a uma outra questão que precisa ser discutida: o tempo de permanência desses juízes no tribunal, tema que se relaciona com a gestão democrática do Poder Judiciário.

#### 6.4 O SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO E A DEMOCRATIZAÇÃO INTERNA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Falar em democratização interna do Poder Judiciário é se referir ao compartilhamento do poder de gestão entre os vários órgãos que compõem a estrutura do Judiciário brasileiro, relacionados no art. 92, da Constituição Federal de 1988.<sup>250</sup>

Na verdade, atualmente, apenas os tribunais superiores e os tribunais de segundo grau de jurisdição participam dos atos de gestão do Poder Judiciário, ficando a magistratura de primeiro grau – Juízes Federais, Juízes do Trabalho, Juízes Eleitorais, Juízes Militares e Juízes de Direito – totalmente alijada do processo de decisão administrativa, em que pese ostentar a idêntica condição de órgãos integrantes do Poder Judiciário.

Mas a que se atribui o distanciamento dos órgãos de primeiro grau dos atos de gestão do Poder Judiciário? A resposta a este questionamento reside no modelo autocrático e hierarquizado do Judiciário brasileiro, que sempre reservou aos membros dos tribunais a participação exclusiva no processo de planejamento e execução das políticas administrativas,

---

<sup>250</sup> Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I – O Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

além de monopolizar o processo de escolha dos juízes que devem ser promovidos, sem qualquer espaço para a participação ou mesmo a opinião da magistratura de primeiro grau. Esta última sempre ocupou uma posição subalterna na estrutura do Judiciário brasileiro, sendo os juízes de primeiro grau tratados como se fossem de categoria inferior, ignorando-se que a única diferença entre os órgãos do Poder Judiciário se refere àquelas derivadas da diversidade de competência.<sup>251</sup>

Para demonstrar o autocratismo do Judiciário brasileiro, basta referir que os juízes de primeiro grau não gozam do direito de participar do processo de escolha dos dirigentes dos tribunais. São os próprios membros do tribunal que se auto-elegem para provimento dos órgãos diretivos, tornando defesa a participação dos juízes de inferior instância. A vedação à participação dos juízes de primeiro grau advém da interpretação do art. 96, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que confere competência privativa aos tribunais para “eleger seus órgãos diretivos”. Daí o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2012-9-SP, entender pela invalidade da Emenda de nº 7 à Constituição do Estado de São Paulo, que introduziu a participação política dos juízes de primeira instância no processo eletivo.<sup>252</sup>

Na carreira do Ministério Público estadual a situação é diferente. Consoante prevê a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, art. 9º e § 1º, os membros do Ministério Público dos Estados formarão lista tríplice, mediante voto plurinominal de todos os integrantes da carreira, para a escolha de seu Procurador-Chefe, que será nomeado pelo chefe do Poder Executivo para mandato de dois anos, permitida a recondução. Ainda que esse modelo necessite de aperfeiçoamento, pois o chefe do Executivo estadual detém a discricionariedade de optar por qualquer um dos integrantes da lista tríplice,

---

<sup>251</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 89.

<sup>252</sup> SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Poder Judiciário democrático-constitucional**. Uma apreciação política de sua estrutura. 1999. 301 f. Dissertação (Mestrado Interinstitucional em Direito – UFPE-UFRN) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Natal/RN, 199, p. 247.

mesmo que não tenha sido o mais votado,<sup>253</sup> não há como negar o perfil mais democrático do Ministério Público em relação à magistratura, bastando lembrar que qualquer integrante da carreira, ainda que não seja Procurador de Justiça, poderá ocupar o cargo de Procurador-Geral. Ressalte-se, ainda, que o processo eleitoral, por si só, já democratiza a instituição, uma vez que os candidatos à Procurador-Geral são levados a apresentar propostas, assumir compromissos e discutir os projetos com o conjunto dos integrantes da carreira.

A criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, trouxe muitas mudanças no tocante à gestão do Poder Judiciário, ainda que não tenha ocorrido alteração no modelo autocrático do poder. Além do planejamento estratégico, visando a unificar a política judicial em todo o país, o CNJ passou a exercer a fiscalização dos atos administrativos dos tribunais, coibindo práticas abusivas seculares como a do nepotismo, que foi proibido no âmbito do Poder Judiciário através da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005. Também partiu do CNJ a iniciativa de regulamentar a aquisição, locação e uso de veículos no âmbito do Poder Judiciário; assim como a obrigatoriedade de todos os tribunais brasileiros de garantir o livre acesso da sociedade às informações relacionadas à administração financeira e orçamentária, fixando o prazo até 1º de janeiro de 2010 para os tribunais disponibilizarem as informações financeiras em seus sites, em um campo denominado “transparência”.<sup>254</sup>

A importância do CNJ igualmente se revela no espaço conferido à atuação das associações de magistrados. Como o CNJ possui, dentre outras atribuições, a de receber e conhecer as reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário (art. 103-B, § 4º,

<sup>253</sup> Atualmente tramitam no Congresso Nacional duas Propostas de Emenda à Constituição – PEC, referentes à escolha do chefe do Ministério Público: I) a PEC 307/2008, do Dep. Eduardo Valverde (PT/RO), que propõe a modificação do art. 128 da Constituição Federal, alterando a redação de seus parágrafos 2º, 3º e 4º, para permitir a nomeação do Procurador-Geral da República dentre os quatro ramos que compõem o Ministério Público da União e dá outras providências; II) a PEC 31/2009, do Sen. Expedito Júnior (PR/RO), que dá nova redação ao § 3º, do art. 128, da Constituição Federal, para dispor que os Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal sejam escolhidos pelos integrantes dos respectivos Ministérios Públicos. Disponíveis em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=415588](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=415588)> e <<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/default.asp>>, respectivamente. Acesso em: 16 de outubro de 2009.

<sup>254</sup> Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 16 de outubro de 2009.



inciso III, da Constituição Federal de 1988), as associações de magistrados de todo o país passaram a dispor de uma instância para questionar os atos dos tribunais ofensivos às prerrogativas dos magistrados de primeiro grau. Antes do CNJ, as associações de magistrados tinham muito pouco a fazer diante dos atos dos tribunais em desacordo com a Constituição Federal, com a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN) – Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, ou com as leis de organização judiciária dos Estados, uma vez que eventuais reclamações eram processadas e julgadas no âmbito dos próprios tribunais.

Para ilustrar a abertura trazida pelo CNJ, a Associação dos Magistrados do Rio Grande do Norte – AMARN, no período de março de 2008 a outubro de 2009, apresentou nada menos que 10 procedimentos junto ao Conselho Nacional de Justiça, dentre Pedidos de Providência (PP) e Pedidos de Controle Administrativo (PCA), obtendo importantes resultados em favor da magistratura de primeiro grau do Rio Grande do Norte, a saber:<sup>255</sup>

a) no PCA nº 2008.10000010140, autuado em 09/05/2008, a AMARN obteve decisão favorável no sentido de tornar sem efeito o Provimento nº 027/2007, da Corregedoria da Justiça do Rio Grande do Norte, que instituiu o controle e fiscalização da frequência dos magistrados por meio de ligações telefônicas;

b) no PCA nº 2008.10000010310, autuado em 13/05/2008, o CNJ determinou ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte a observância da alternância entre antiguidade e merecimento nas remoções, com a respectiva alteração da Resolução nº 14/2006-TJRN;

c) no PP nº 2008.10000023509, autuado em 25/09/2008, onde a AMARN questionou o procedimento utilizado para a escolha, por merecimento, de juízes concorrentes à promoção, remoção e acesso ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, o CNJ julgou o pedido parcialmente procedente e determinou ao tribunal que, nos concursos de promoções

---

<sup>255</sup> Disponível em: <[https://cnj.jus.br/consulta\\_eproc.php](https://cnj.jus.br/consulta_eproc.php)>. Acesso em: 18 de outubro de 2009.

doravante realizados, sejam os dados que irão embasar as promoções previamente publicados e/ou disponibilizados a todos os magistrados concorrentes;

d) no PP n° 2009.1000008355, autuado em 03/03/2009, a AMARN pugnou pela elaboração de lista de antiguidade nos concursos de promoção por merecimento dos juízes substitutos, com a formação da quinta parte, a exemplo do que ocorre nas demais promoções por antiguidade. O CNJ julgou procedente o pedido da associação, entendendo que o fato do juiz substituto não integrar qualquer entrância e ter, quase sempre, o mesmo tempo de serviço na jurisdição, não impede ou desobriga a aplicação do comando expresso no art. 92, II, “b”, da Constituição Federal de 1988;

e) no PCA n° 2009.10000034640, autuado em 24/07/2009, a AMARN obteve decisão do CNJ determinando ao Tribunal Justiça a observância do critério da impessoalidade na escolha de magistrados de primeiro grau em substituição aos desembargadores, conforme dispõe a Resolução n° 17/2006 do referido Conselho. Em cumprimento a essa decisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte editou a Resolução n° 051, de 30/09/2009, que define parâmetros para escolha de magistrado para substituição dos membros do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.<sup>256</sup>

Como se vê, as conquistas advindas da criação do CNJ são inegáveis, mas ainda existe um longo caminho a ser percorrido rumo à democratização interna do Poder Judiciário. Sem dúvida o grande e decisivo passo neste sentido é a participação dos juizes de primeiro grau na eleição dos dirigentes dos tribunais. “Isso aproxima os juízes de todas as instâncias da carreira judicante criando campo propício para que seja definida, desenvolvida e posta em prática uma política judiciária que congregue o pensamento eclético dos seus componentes”.<sup>257</sup>

<sup>256</sup> Disponível em: <<http://www.diario.tjm.jus.br/djonline/goto/jsf>>. Acesso em: 18 de outubro de 2009.

<sup>257</sup> SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. op. cit., p. 248.

As três maiores associações de magistrados do Brasil: AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, AJUFE – Associação dos Juízes Federais e ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, estão empenhadas em incluir no texto da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 358/2005, que dá continuidade à Reforma do Poder Judiciário, a participação de todos os magistrados, notadamente os de primeiro grau, na eleição dos órgãos dirigentes dos tribunais (Presidente, Vice-Presidente, Corregedor, Vice-Corregedor, Diretor de Escola, Diretor de Revista e demais funções). A proposta apresentada pela ANAMATRA sugere a seguinte redação ao art. 96, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988:

Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos, por maioria absoluta e voto secreto dos juízes a ele vinculados, inclusive os de primeira instância, vedada a reeleição, e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a criação, a competência, a composição e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Para a ANAMATRA, a proposta supra garante o necessário debate sobre as prioridades administrativas que devam ser adotadas no âmbito de cada órgão judicial. Ademais, com a participação dos juízes de primeiro grau na eleição dos dirigentes dos tribunais, será alargado o controle sobre a gestão administrativa dos órgãos do Poder Judiciário, já que serão ampliados os participantes desse processo, o que certamente contribuirá para o aperfeiçoamento do atual modelo de organização administrativa do Judiciário, excessivamente verticalizado e hierarquizado, eliminando inúmeras falhas.<sup>258</sup>

A eleição dos dirigentes dos tribunais pelo conjunto da magistratura certamente reforçaria a idéia do orçamento participativo. Os juízes de primeiro grau precisam ser ouvidos por ocasião da elaboração do orçamento do respectivo tribunal, uma vez que

---

<sup>258</sup> Disponível em: <[http://www.anamatra.org.br/downloads/rj\\_documento\\_pec358.pdf](http://www.anamatra.org.br/downloads/rj_documento_pec358.pdf)>. Acesso em: 19 de outubro de 2009.

conhecedores das necessidades de suas comarcas e varas. Se hoje os juízes se mantêm alheios ao orçamento dos tribunais, e se não dispõem de recurso para gerir as unidades judiciárias sob sua administração, esse quadro poderia mudar se os membros dos tribunais se aproximassem dos juízes para discutir suas carências e dificuldades, sendo o processo eleitoral uma oportunidade adequada a essa aproximação.

O mandato para os integrantes dos tribunais é outro aspecto decisivo à democratização do Poder Judiciário. A considerar o princípio republicano da alternância do poder, é inadmissível que um membro de tribunal permaneça no cargo por tempo indeterminado, dificultando, além do razoável, o acesso dos demais magistrados integrantes da carreira. Ademais, a permanência no tribunal por tempo indeterminado não condiz com uma sociedade em constantes transformações, a exigir o arejamento do poder com novas idéias jurídicas, sociais e políticas.

Ressalte-se que a proposta de mandato para os integrantes dos tribunais não conflita com a garantia constitucional da vitaliciedade, prevista no art. 95, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Por força da vitaliciedade, o magistrado no exercício de suas funções após dois anos somente perderá o cargo em decorrência de sentença judicial transitada em julgado.<sup>259</sup> No preciso dizer de José Afonso da Silva, a vitaliciedade “não se trata de um privilégio, mas de uma condição para o exercício da função judicante que exige garantias especiais de permanência e definitividade no cargo. É assim prerrogativa da instituição judiciária, não da pessoa do juiz”.<sup>260</sup>

O mandato nos tribunais e a vitaliciedade na carreira não se agridem, pois o magistrado poderia retornar à judicatura de primeiro grau após o término do seu mandato no

---

<sup>259</sup> Tramita na Câmara dos Deputados a PEC n° 178/2007, de autoria do Dep. Raul Jungmann (PPS/PE), que dá nova redação aos arts. 93, 95 e 103-b, da Constituição Federal, para vedar a aposentadoria compulsória como pena disciplinar aos magistrados, impondo a perda do cargo para atos que atentem contra a dignidade, a honra e o decoro de suas funções. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=372695](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=372695)>. Acesso em: 20 de outubro de 2009.

<sup>260</sup> SILVA, José Afonso da. op cit., p. 575.

colegiado. Também haveria a possibilidade da aposentadoria, caso o magistrado contasse tempo de serviço suficiente para tanto. Em qualquer desses cenários a garantia da vitaliciedade estaria preservada, bem assim a segurança jurídica e a necessidade de renovação dos tribunais. A segurança jurídica decorreria da estabilidade da jurisprudência do tribunal por certo tempo, enquanto mantida a composição no interregno de determinado mandato; a renovação, por seu turno, adviria da saudável mudança de paradigmas, sempre esperada com a nova formação do colegiado.

A estipulação de mandato nos tribunais é uma prática corrente em muitos países do mundo, podendo ser tomada como referência as seguintes Corte Constitucionais: Corte Alemã, mandato de 12 anos; Corte Italiana, Conselho Francês, Tribunal Espanhol e Corte Húngara, mandato de 09 anos; Tribunal Português, mandato de 06 anos; Corte Russa, mandato de 12 anos; Corte Polonesa, mandato de 08 anos.<sup>261</sup> No Equador e em Honduras os juízes do Supremo Tribunal cumprem mandato de 04 anos; na Corte Constitucional da Colômbia e na Costa Rica 08 anos; em El Salvador e na Venezuela 09 anos; na Nicarágua 06 anos; no Panamá e na Bolívia 10 anos. Convém assinalar, ainda, que são várias as Constituições que fixam mandatos para juízes de “menor hierarquia”: 04 anos na Bolívia e no Equador; 05 anos no Paraguai; 06 anos na Nicarágua e no México.<sup>262</sup>

A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB computou o tempo médio de permanência dos ministros nos tribunais superiores do Brasil, considerando a regra atual de aposentadoria aos 70 anos de idade, chegando aos seguintes números: no Supremo Tribunal Federal, a média de permanência dos ministros na Corte é de 17 anos; no Superior Tribunal de Justiça, 16 anos; no Tribunal Superior do Trabalho, 19 anos. Caso passe a vigorar a PEC nº 457/2005, que eleva a idade de aposentadoria compulsória no serviço público para 75 anos, a

---

<sup>261</sup> Disponível em: <[http://www.amb.com.br/portal/docs/publicacoes/cartilha\\_compulsoria2.pdf](http://www.amb.com.br/portal/docs/publicacoes/cartilha_compulsoria2.pdf)>. Acesso em: 21 de outubro de 2009.

<sup>262</sup> ZAFFARONI, op. cit., p. 121, 122 e 126.

média de permanência dos ministros do Supremo Tribunal Federal saltará para 22 anos; do Superior Tribunal de Justiça para 21 anos e do Tribunal Superior do Trabalho para 24 anos, sendo que neste último tribunal um dos atuais ministros permanecerá no cargo por 37 anos.<sup>263</sup>

A solução mais viável seria estabelecer um mandato de onze anos para todos os membros de tribunais no país, a exemplo da proposta apresentada pelo Dep. Flávio Dino (PCdoB/MA), autor da PEC nº 342/2009, que prevê um mandato de onze anos para os ministros do Supremo Tribunal Federal. Para justificar o mandato com duração de onze anos para os demais tribunais do país, valem os mesmos argumentos utilizados para o Supremo Tribunal Federal, uma vez que se trata de um tempo que não é muito curto, a ponto de gerar instabilidade institucional, nem demasiadamente longo capaz de frustrar a temporariedade.<sup>264</sup>

Fixar um mandato de permanência nos tribunais significa democratizar o Poder Judiciário, acabando de uma vez por todas com a estrutura hierarquizada da magistratura brasileira. Por este modelo um maior número de juízes teria acesso aos tribunais, conferindo a esses magistrados mais experiência no exercício da judicatura e, ao mesmo tempo, oxigenando a jurisprudência das cortes. Por outro lado, sabendo o magistrado que retornaria à instância inferior depois de cumprido o mandato de onze anos no tribunal, se não fosse o caso de aposentar-se, a distância que hoje separa os juízes de primeiro e segundo grau certamente deixaria de existir.

Um Judiciário democrático reclama, ainda, a definição de critérios objetivos para a ocupação das várias funções jurisdicionais. É inadmissível, por exemplo, que não existam critérios impessoais para a designação de Juízes Substitutos ou para a escolha dos membros integrantes das turmas recursais dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dos Tribunais Regionais Eleitorais. A simpatia por esse ou aquele magistrado, ou a sua

---

<sup>263</sup> Disponível em: <[http://www.amb.com.br/portal/docs/publicacoes/cartilha\\_compulsoria2.pdf](http://www.amb.com.br/portal/docs/publicacoes/cartilha_compulsoria2.pdf)>. Acesso em: 21 de outubro de 2009.

<sup>264</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras641368.pdf>>. Acesso em: 21 de outubro de 2009.

proximidade com os dirigentes dos tribunais, não pode figurar como fator determinante das nomeações. A independência do magistrado se vincula à igualdade de tratamento dispensada a todos os integrantes da carreira, o que fica a mercê da definição de regras claras e objetivas, válidas para todos, e fundadas nos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, como sói acontecer num Judiciário verdadeiramente democrático.

Em artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, edição de 23 de outubro de 2009, intitulado “O juiz e o direito de associação”, Joaquim Falcão<sup>265</sup> destaca a importância das associações de magistrados no processo de democratização do Poder Judiciário e resume a relação verticalizada entre desembargadores e juízes de primeiro grau:

O protagonismo na reforma da Justiça caracteriza imensa maioria das associações. Elas têm apoiado nova legislação, dialogado sobre novos processos de fiscalização, mobilizado e difundido iniciativas individuais inovadoras. Agilizam a Justiça de conciliação. Muitas participam de audiências públicas da Corregedoria Nacional. Seus presidentes trabalham pela macroeficiência do Judiciário. Conscientes de que essa é tarefa maior de todas. Nenhum outro Poder está tão comprometido com sua reforma quanto o Judiciário. Proibiu nepotismo, limitou uso de automóveis de serviço, impôs transparência na concessão de diárias para viagens de desembargadores, reduziu excesso de juízes auxiliares. Neste contexto de mudança, algumas associações se chocam com direções de tribunais detentores do poder local, que não o querem diminuído. Estas se defendem sob a doutrina da autonomia dos tribunais e alianças com Assembleias Legislativas. Alegam que procedimentos administrativos do passado são direitos individuais. Mas o Supremo e o CNJ têm repetidamente dito que é tempo de mudança. Fiscalizar não fere autonomia. Poderes administrativos não são privilégios intocáveis nem geram direitos adquiridos (...) A atual estrutura administrativa dos tribunais é hierárquica e centralizada. É deformação cultural, derivada do princípio da hierarquia das leis. Ou seja, o Estado Democrático de Direito exige que a Constituição prevaleça sobre lei, lei sobre decreto, decreto sobre resolução, resolução sobre portaria, e por aí vai. Mas doutrina jurídica é água, modelo de gestão é vinho. Hierarquia jurisdicional é diferente de hierarquia gerencial. Uma boa gestão não significa que desembargador mais antigo seja melhor que desembargador mais novo. Nem que juízes sejam excluídos de participar da discussão do orçamento dos tribunais. Não pressupõe somente desembargadores na direção dos tribunais. Ao contrário. A excessiva centralização hierarquizada é uma das causas da lentidão da administração da justiça. Que não se resolve por tentativas de limitar o direito de se associar dos juízes. A maioria dos tribunais caminha para mudança cultural de suas direções. Um jovem juiz caracterizou

---

<sup>265</sup> Joaquim Falcão é professor da Fundação Getúlio Vargas – Direito/Rio de Janeiro e ex-conselheiro do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

as direções recalcitrantes como uma aristocracia de duques, condes e viscondes com um rei mutante de dois em dois anos.<sup>266</sup>

Resta demonstrado o forte componente cultural que mantém a estrutura hierarquizada do Poder Judiciário. Os membros dos tribunais se portam como militares de alta patente, enquanto os juízes de primeiro grau se colocam em posição de obediência inquestionável, sem nenhuma participação nas decisões de comando. Contudo, há de ser lembrado que as páginas da história são escritas a cada dia. O caminho para a democratização do Judiciário é longo, mas as mudanças estão acontecendo paulatinamente, e com o passar do tempo novas conquistas neste campo certamente serão alcançadas.

---

<sup>266</sup> Disponível em <[http://www.amb.com.br/index.asp?secao=artigo\\_detalhe&art\\_id=1380](http://www.amb.com.br/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=1380)>. Acesso em 25 de outubro de 2009.



## 7 CONCLUSÃO

Com a superação do sistema juspositivista, o fenômeno jurídico passou a conviver com a idéia do direito como um sistema axiológico aberto. O sistema jurídico aberto permite a incorporação ao direito das transformações históricas, dos valores e dos princípios. Essa abertura, porém, somente foi possível graças à idêntica abertura porque passaram as Constituições dos Estados Democráticos da atualidade.

Dentre os princípios que integram a ordem constitucional atual, o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa uma posição central no rol dos direitos civis, políticos, econômicos e culturais ofertados aos indivíduos e à coletividade. Assim, é fundado na dignidade da pessoa humana em primeiro lugar, e nos demais valores e princípios que emanam da Constituição Federal, que a ordem jurídica se legitima, devendo não somente as normas, mas a organização da própria sociedade, ser interpretada na conformidade de tais valores e princípios, interessando essa atividade interpretativa não apenas aos juristas, senão também ao conjunto da sociedade.

Nesse panorama, o importante para o intérprete é fazer uso racional dos princípios e dos direitos fundamentais, sempre atento à necessidade de uma fundamentação capaz de legitimar a escolha realizada. Desse modo, é preciso ter um Judiciário capaz de fazer cumprir os compromissos assumidos pelo pacto constitucional com os direitos fundamentais, o que é possível por meio de uma interpretação identificada com a abertura constitucional e devidamente fundamentada.

O acesso à justiça se inclui no rol dos direitos fundamentais, posto que dotado de fundamentalidade social e fundamentalidade jurídica. A fundamentalidade social advém do fato de ser imprescindível ao exercício da cidadania e ao equilíbrio institucional do país; a fundamentalidade jurídica decorre da previsão contida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim como o acesso à justiça, o direito à tutela jurisdicional adequada também há de ser concebido como direito fundamental. Não basta assegurar ao cidadão a possibilidade de demandar em juízo, sendo necessário, igualmente, garantir-lhe a satisfatividade do direito material pretendido, o que somente se atinge com o manuseio dos instrumentos processuais pertinentes com a situação em conflito.

No tocante à legitimidade do exercício da jurisdição, o poder de decisão jurídica encontra legitimidade quando se conforma com os valores e normas abstraídas da Constituição, ou seja, os juízes e tribunais atuam legitimamente quando decidem em conformidade com a Constituição Federal, fundamentadamente. Essa legitimidade, de caráter constitucional, não conflita com a legitimidade majoritária, emanada do voto popular. A democracia não se resume ao princípio majoritário, haja vista que a vontade da maioria muitas vezes se move por interesses de ocasião, ignorando os valores permanentes que inspiram o Estado democrático. É neste sentido que se destaca o papel do Poder Judiciário que, mesmo sem contar com o voto popular, é responsável por interpretar a Constituição e fazer valer seus valores e direitos fundamentais, ainda que contra a vontade da maioria.

O ativismo judicial encontra sua base de legitimidade na teoria do realismo jurídico, sendo o juiz ativista necessariamente um juiz pragmatista, cuja decisão reflete a preocupação de sempre intervir na realidade social, criando políticas públicas visando a um resultado benéfico à coletividade.

O valor de verdade que se confere às decisões da cúpula do Judiciário, em detrimento às decisões dos juízes de primeiro grau, advém da vinculação que existe entre a verdade e o poder por intermédio do direito, ou seja, é através do direito que a sociedade se sente compelida a aceitar a verdade que emana do poder. É por essa razão que quanto mais se sobe na escala de hierárquica do poder, mais força o direito passa a possuir como instrumento de convencimento da verdade. Daí advém o pensamento da verdade residir nas decisões dos tribunais e não nas emanadas dos juízes de primeiro grau.

Contudo, a magistratura de primeiro grau é mais habilitada para o acerto do que para o erro. Aliado à independência no modo de recrutamento e ao bom preparo técnico dos juízes, a vantagem da jurisdição de primeiro grau em relação aos tribunais se justifica por sua maior proximidade em relação às partes e aos fatos. É o juiz singular que dialoga com as partes, que conduz a produção das provas e que se encontra inserido no contexto social da demanda, conhecendo suas nuances. Diante de tais elementos, desde que assegurada a independência e imparcialidade, a decisão do juiz singular se revela sempre mais próxima da justiça do caso, apresentando razões de convicção que jamais poderão ser captadas por nenhum membro de tribunal.

São várias as vantagens do sistema coletivo de jurisdição: a) permitir a socialização e democratização do processo, atuando o Poder Judiciário de maneira preventiva ou ressarcitória, homogênea e célere no interesse de um número ilimitado de pessoas; b) amplificar o acesso à justiça, uma vez que facilita a defesa dos direitos de pessoas ou grupos hipossuficientes, que teriam dificuldade de fazer valer seus direitos individualmente, como é o caso de crianças, idosos, enfermos, trabalhadores, consumidores etc; c) reduzir os custos com a utilização da máquina judiciária, porquanto proporciona a economia de tempo, esforços e despesas para se alcançar a uniformidade da jurisprudência; d) favorecer a igualdade material

entre os litigantes, na medida em que são neutralizadas as vantagens que determinada parte poderia ter em razão de sua superioridade financeira e organizacional.

Dentre as ações coletivas existentes no Brasil, a ação civil pública se destaca em importância na jurisdição de primeiro grau. Isso se deve ao fato da mesma servir como instrumento capaz de assegurar a efetivação dos direitos transindividuais, seja no plano preventivo, repressivo ou ressarcitório. Com provocações que em sua maior parte emanam do Ministério Público, a ação civil pública propicia ao juiz de primeiro grau intervir em matérias de largo alcance social, sendo possível, com suas decisões, transformar a realidade local, melhorando a vida das pessoas e garantindo-lhes a dignidade prometida pela Constituição Federal.

Há que se registrar, contudo, a existência de muitos entraves burocráticos e processuais que dificultam a concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário. Como o Judiciário não dispõe de uma estrutura que permita acompanhar de perto o desenrolar do cumprimento de suas decisões; e como o juiz não consegue despachar com brevidade todos os requerimentos que lhe são dirigidos na fase de execução, o cumprimento da decisão judicial acaba ficando pela metade, com toda a carga de frustração advinda dessa situação, conforme restou demonstrado nas duas ações civis públicas analisadas no item 5.3 do presente trabalho.

Os juizados especiais representam uma inestimável contribuição à melhoria da prestação jurisdicional no Brasil, ampliando o acesso à justiça e agilizando a solução dos conflitos de menor expressão econômica. Ao dispor de técnicas mais simplificadas de ajuizamento, tramitação e julgamento dos processos, o sistema dos juizados especiais serve de paradigma às transformações que devem ocorrer na justiça comum, mormente em sede de segundo grau de jurisdição.

A proposta de modelo jurídico que se apresenta neste trabalho consiste no julgamento dos recursos por Turmas Recursais, compostas por juízes de primeiro grau. Tal proposta contempla a preocupação do constituinte derivado em descentralizar o julgamento dos recursos nos tribunais, como faculta o § 6º, do art. 125, da Constituição Federal de 1988. Dentre as vantagens do modelo ora proposto destacam-se as seguintes: a) redução do tempo na distribuição dos recursos; b) as partes e seus advogados podem acompanhar a tramitação dos recursos e assistir às sessões de julgamento pessoalmente, sem a necessidade de deslocamento à sede do tribunal; c) os juizes de primeiro grau integrantes das Turmas Recursais estão mais familiarizados com o trato das matérias objeto dos recursos, uma vez que sobre elas decidem no seu dia-a-dia. Além disso, o que é mais importante, referidos juizes são conhecedores da realidade local da comarca e da região onde atuam, logo possuem melhor condição de aquilatar o acerto e adequação da decisão posta em reexame.

Com a proposta de transferência da competência recursal dos tribunais para turmas formadas por juizes de primeiro grau, aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais ficariam reservadas as funções de gestão do Poder Judiciário, sua representação institucional e o julgamento dos feitos de competência originária, como ocorre atualmente.

É notório o distanciamento dos juizes de primeiro grau dos atos de gestão do Poder Judiciário. Esse distanciamento se deve ao perfil autocrático do Judiciário brasileiro, que se expressa nos seguintes aspectos: a) os juizes de primeiro grau não gozam do direito de participar do processo de escolha dos dirigentes dos tribunais; b) os juizes de primeiro grau não são ouvidos por ocasião da elaboração do orçamento do respectivo tribunal; c) os membros dos tribunais permanecem no cargo por tempo indeterminado, dificultando o acesso dos demais magistrados integrantes da carreira, em afronta ao princípio republicano da alternância do poder; d) faltam critérios objetivos para a ocupação de várias funções

jurisdicionais, a exemplo da designação de Juízes Substitutos ou para a escolha dos membros integrantes das turmas recursais dos juizados especiais e dos Tribunais Regionais Eleitorais.

Em sendo assim, a construção de um Judiciário democrático passa pela eleição dos dirigentes dos tribunais, com a participação dos juízes de primeiro grau. Também se propõe como novo modelo administrativo para o segundo grau de jurisdição a fixação de um mandato de onze anos para a permanência do magistrado no tribunal, devendo o mesmo retornar à jurisdição de primeiro grau ao término do mandato ou aposentar-se se preenchidos os requisitos para tanto. Por fim, a independência do magistrado se vincula a igualdade de tratamento dispensada a todos os integrantes da carreira, o que fica a mercê da definição de regras claras e objetivas para a ocupação de determinadas funções jurisdicionais.

Para concluir, vale registrar que as posições assumidas nesta dissertação não representam verdade absoluta, nem nutrem a pretensão de esgotar o assunto abordado. Na realidade são contribuições e provocações visando a instigar o debate, com origem na reflexão pessoal e na vivência prática no âmbito do Poder Judiciário e no movimento associativo da magistratura. Resta a convicção de que o tema ainda comporta abordagens diversas, como a reforma do sistema recursal; o reflexo das decisões vinculantes nas instâncias inferiores; o papel do Conselho Nacional de Justiça frente à autonomia dos demais órgãos do Poder Judiciário; a interferência do Conselho Nacional de Justiça na seara das decisões judiciais; a questão envolvendo o quinto constitucional nos tribunais, dentre outras. Oxalá que a discussão desses temas possa aparecer em oportunidade futura.

## 8 REFERÊNCIAS

### Livros:

ALVIM, J. E. Carreira. **Alterações do Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

\_\_\_\_\_. **Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do direito** (Teorias da Argumentação Jurídica – Perelman, Toulmin, MacCormicck, Alexy e outros). Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

ARENDT, Hanna. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar**. Trad. César Augusto R. de Almeida, Antônio Abranches e Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

AZAMBUJA, Carmen Luiza Dias e LIMA, José Jerônimo de Menezes. **Judiciário qualidade total**. Canoas: Ed. Ulbra, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas**: parâmetros objetivos e tutela coletiva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem; TEIXEIRA, Bruno Consta; MIGUEL, Paula Castello (coord.). **Uma homenagem aos 20 anos da Constituição brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **El positivismo jurídico**. Madri: Editora Debate, 1993.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 33.

\_\_\_\_\_. **Thomas Hobbes**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria do estado**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição**: garantia constitucional. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 26.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.



BUENO, Cássio Scarpinella. **O poder público em juízo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

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

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário – fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, vol. 3, 1ª ed., Campinas: Bookseller, 1998.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo – direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CUNHA, Luciana Gross Siqueira. **Juizado especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**: teoria e casos práticos. São Paulo: Madras, 2004.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **O Império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. 2. ed. Madrid: Editorial Trota, 1997.

FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. **O princípio da função social do contrato e o seu controle jurisdicional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado, 25. ed. São Paulo: Graal, 1979.

GARAPON, Antoine. **O juiz e da democracia**: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCIA, André Almeida. **Prova civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Efetividade do processo e cognição adequada**. São Paulo: MP Ed., 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **A Dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito**: independência judicial, controle judiciário, legitimidade da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESS, Heliana Coutinho. **Acesso à justiça por reformas judiciais**: comparativo entre as reformas judiciais do Brasil e da Alemanha. Campinas, São Paulo: Millennium Editora, 2004.

HESS, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. Leviatã. In: MORRIS, Clarence (org.), **Os grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Mônica 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.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso à justiça na perspectiva dos direitos humanos. In: SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem; TEIXEIRA, Bruno Consta; MIGUEL, Paula Castello (coord.), **Uma homenagem aos 20 anos da Constituição brasileira**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

LOCKE, John. Dois Tratados sobre o Governo, livro II, cap. II. In: MORRIS, Clarence (org.), **Os grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUCAS, John Randolph. **Democracia e participação**. Trad. Cairo Paranhos Rocha. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 139.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARQUES, Franciane de Fátima. **A Justiça na Constituição**: conceito e sua concretização pela prática judicial. São Paulo: Método, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**, 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **Introdução aos Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsia**. 2. ed. Brasília: CACB/SEBRAE/BID, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, 2. ed., tomo IV: Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan. **Dos direitos sociais aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tema de direito processual**, 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O novo Processo Civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Interpretações e concepções atuais dos direitos do homem**. Trad. P. Naumann. Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Foz do Iguaçu, 1994.

\_\_\_\_\_. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PASSOS, J. J. Calmon de. Administração da justiça no Brasil. Visão para além do imediato. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques**. São Paulo: Saraiva, 1982.

ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri/SP: Manole, 2005.

ROCHA, Leonel Severo; SCHAWARTZ, Germano e CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

RODRIGUES, Mádson Ottoni de Almeida. A prestação jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (coord.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivismo: Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROUANET, Bárbara Freitag. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempos Brasileiros, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. In: MORRIS, Clarence (org.), **Os grandes filósofos do direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTOS, Moacir Amaral Santos. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v. 2, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais e estado**

**constitucional**: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Otacilio Paula. **Ética do magistrado à luz do direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. 1, 37. 3e. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VERDU, Pablo Lucas. **La constitución abierta y sus enemigos**. Madrid: Ediciones Beramar S.a., 1990.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELLO, Manuel Palácios Cunha & BURGOS, Marcelo Baumam. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Carlos de Andrade. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

#### **Trabalhos acadêmicos:**

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. **A missão política do Supremo Tribunal Federal: Análise de sua importância como corte constitucional para o controle do poder no Brasil**. 2006. 124. Dissertação (Mestrado Programa de Pós-graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006.

MORAES, Voltaire de Lima. **Alcance e Limites da Atividade Jurisdicional na Ação Civil Pública**. 2007. 184f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em [http://tede.pucrs.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=550](http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=550). Acesso em 7 de setembro 2009.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Poder judiciário democrático-constitucional**. Uma apreciação política de sua estrutura. 1999. 301 f. Dissertação (Mestrado Interinstitucional em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco/Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal/RN, 1999.

#### **Artigos:**



BARBOSA, Hugo Leonardo Penna. Lei nº 11.419/2006: O processo eletrônico como garantia de um Judiciário efetivo. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 49, p. 79-94, abril 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/user/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 11 de maio 2009.

FERRAJOLI, Luigi. “O direito como sistema de garantias”. Trad. E. M. Costa. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 94. Cf. tb. MAIA, Alexandre da. “O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares”. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>. Acesso em 3 de agosto 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O Realismo Jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr. **Revista de Informática Legislativa**, Brasília, ano 43, n. 171, p. 91-105, jul./set. 2006. Disponível em <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf\\_171/R171-07.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_171/R171-07.pdf)>. Acesso em 21 de maio 2009.

HÄBERLE, Peter. Recientes aporte sobre los derechos fundamentales em Alemania. Revista Pensamiento Constitucional, Lima, ano 1. v.1, 1994 apud LOPES, Ana Maria D’Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 164, p. 7-15, out./dez. 2004. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/lopes2.pdf>>. Acesso em 20 de agosto 2009.

LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 153 apud MORAES, Voltaire de Lima. **Alcance e Limites da Atividade Jurisdicional na Ação Civil Pública**. 2007. 184f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em [http://tede.pucrs.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=550](http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=550). Acesso em 7 de setembro 2009.

LOPES, Ana Maria D’Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 41, n. 164, p. 7-15, out./dez. 2004.

Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/lopes2.pdf>>. Acesso em 20 de agosto 2009.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002.

NALINI, José Renato. Descentralização do TJ-SP é a medida mais racional. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2009-fev-12/descentralizacao-tj-sp-permitiria-gestao-complexa-tribunal>>. Acesso em 9 de outubro de 2009.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. Juizados Especiais nos países das famílias da Common Law e da Civil Law. Disponível em <<http://www.imag-df.org.br/Files/Conteudo/49/upload.pdf>> Acesso em 25 de setembro de 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o debate contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade, revista do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 120-143, ago/dez de 2000.

SOUZA, Gelson Amaro. Competência: Natureza Jurídica da Norma. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**. Porto Alegre, a. VII, n. 38, p. 56-59, nov./dez. 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A audiência preliminar como fato de otimização do processo: o saneamento “compartilhado” e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, v.1, n. 2, outubro de 2006. Disponível em: [http://www.http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20730/1/audiencia\\_preliminar\\_fator\\_o\\_timizacao.pdf](http://www.http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20730/1/audiencia_preliminar_fator_o_timizacao.pdf). Acesso em 26 de julho 2009.

#### **Revista eletrônica consultada:**

Juris Síntese IOB – maio/junho de 2008.

#### **Sites consultados na internet:**

<[http://pt.wikipedia.org/wiki/Jean\\_Bodin](http://pt.wikipedia.org/wiki/Jean_Bodin)>. Acesso em 03 junho de 2009.

<<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em 12 de agosto de 2009.

<<http://www.leonardi.adv.br/blog/sentença-jfrn-20078400007969-5/>>. Acesso em 22 de junho 2009.

<<http://www.direito2.com.br/tjrn/2006/out/30/juiz-apoia-decisao-da-mae-de-donar-os-orgaos-de-feto-com-anencefalia>>. Acesso em 22 de junho 2009.

<<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/641368>>. Acesso em 3 de julho 2009

<<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 5 de julho 2009.

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em 19 de julho 2009.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 24 de julho 2009.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência>>. Acesso em 22 de agosto 2009.

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Outros/IIpacto.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm)>. Acesso em 26 de agosto 2009.

<[www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso em 26 de setembro de 2009.

<<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em 28 de setembro de 2009.

<[http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/pesquisas\\_judiciarias/tjrn.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/pesquisas_judiciarias/tjrn.pdf)>. Acesso em 28 de setembro de 2009.

<[http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=167&id=4523&option=com\\_content&task=view](http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=167&id=4523&option=com_content&task=view)>. Acesso em 3 de outubro de 2009.

<[http://www.amb.com.br/index.asp?sacao=campanha\\_juridiques](http://www.amb.com.br/index.asp?sacao=campanha_juridiques)>. Acesso 3 de outubro de 2009.

<<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/748531/1-camara-regional-especial-e-instalada-no-brasil>>. Acesso em 10 de outubro de 2009.

<<http://gecon.tj.sp.gov.br/gcnptl/downloadNormasAbrirConsulta.do>>. Acesso em 11 de outubro de 2009.

<[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=415588](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=415588)>. Acesso em 16 de outubro de 2009.

<<http://www.senado.gov.br/sf/atividade/default.asp>>. Acesso em 16 de outubro de 2009.

<<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em 16 de outubro de 2009.

<[https://ecnj.cnj.jus.br/consulta\\_eproc.php](https://ecnj.cnj.jus.br/consulta_eproc.php)>. Acesso em 18 de outubro de 2009.

<<http://www.diario.tjrj.jus.br/djonline/goto/jsf>>. Acesso em 18 de outubro de 2009.

<<http://www.diario.tjrj.jus.br/djonline/goto/jsf>>. Acesso em 18 de outubro de 2009.

<[http://www.anamatra.org.br/downloads/rj\\_documento\\_pec358.pdf](http://www.anamatra.org.br/downloads/rj_documento_pec358.pdf)>. Acesso em 19 de outubro de 2009.

<[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=372695](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=372695)>. Acesso em 20 de outubro de 2009.

<[http://www.amb.com.br/portal/docs/publicacoes/cartilha\\_compulsoria2.pdf](http://www.amb.com.br/portal/docs/publicacoes/cartilha_compulsoria2.pdf)>. Acesso em 21 de outubro de 2009.

<[http://www.amb.com.br/portal/docs/publicacoes/cartilha\\_compulsoria2.pdf](http://www.amb.com.br/portal/docs/publicacoes/cartilha_compulsoria2.pdf)>. Acesso em 21 de outubro de 2009.

<<http://www.camara.gov.br/sileg/integras641368.pdf>>. Acesso em 21 de outubro de 2009.

<[http://www.amb.com.br/index.asp?secao=artigo\\_detalhe&art\\_id=1380](http://www.amb.com.br/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=1380)>. Acesso em 25 de outubro de 2009.