



**Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP
Mestrado em Direito Constitucional**

**O cidadão como fator real de poder na pós-
modernidade: a hermenêutica jurídica popular e a
construção jurisdicional dos direitos das minorias no
Brasil**

MÁRCIO BARBOSA MAIA

**BRASÍLIA - DF
2010**

IDP - BIBLIOTECA	
Tombo:	013202
Data de Aquisição:	27/4/11
Forma de Aquisição:	



**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Mestrado em Direito Constitucional**

**O cidadão como fator real de poder na pós-
modernidade: a hermenêutica jurídica popular e a
construção jurisdicional dos direitos das minorias no
Brasil**

MÁRCIO BARBOSA MAIA

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado do Instituto Brasiliense de
Direito Público - IDP como parte dos
requisitos para obtenção do título de
mestre.

Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires
Coelho

BRASÍLIA - DF
2010

IDP - BIBLIOTECA

Maia, Márcio Barbosa.

O cidadão como fator real de poder na pós-modernidade: a hermenêutica jurídica popular e a construção jurisdicional dos direitos das minorias no Brasil. / Márcio Barbosa Maia. – Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.

164 f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Mestrado Acadêmico em Direito, Área de Concentração “Constituição e Sociedade”, 2008.

1. Hermenêutica popular 2. Hermenêutica jurídica 3. Democracia participativa 4. Direito das minorias 5. Cidadão 6. Pós-modernidade I. Título

CDD
341.2

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**O cidadão como fator real de poder na pós-
modernidade: a hermenêutica jurídica popular e a
construção jurisdicional dos direitos das minorias no
Brasil**

Márcio Barbosa Maia

Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho, docente do Instituto
Brasiliense de Direito Público – IDP

Banca examinadora:

Agradeço ao inestimável apoio de minha família, em especial de meus pais, Neiva e Gilberto, de meus irmãos e do meu filho Matheus; ao carinho e à paciência de Fabiana Bandeira de Faria; ao apoio intelectual do grande mestre da hermenêutica brasileira Professor Doutor Inocêncio Mártires Coelho; à humildade e à humanidade do Professor e Magnífico Reitor da Universidade de Brasília José Geraldo, ao zelo profissional de Vanessa Barbosa da Silva e de Flávia Beatriz; ao eterno incentivo dos amigos Francis, Marrara, Marco Túlio, Nilton, Pedro, Roberto Sobral, Vanar e Wagner e ao valeroso auxílio dos ilustres colegas docentes da Universidade de Uberaba, em especial às professoras Andréa, Mara e Thaísa.

Dedico o presente estudo à inigualável população brasileira, com sua gente humana, simples, tolerante, solidária, sofrida, criativa, combativa, multiétnica e pluricultural.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar um conjunto de idéias e de aportes doutrinários que sustentam o entendimento de que o cidadão na pós-modernidade tem sido um protagonista no processo de construção discursivo-participativa do direito. A partir da combinação das concepções de Constituição de Lassalle, Hesse e Häberle, passamos a visualizar o cidadão, no espaço da pós-modernidade, como fator real de poder e a sua pedra de toque é a função jurisdicional do Estado. A cidadania não se esgota com o exercício do voto, dada a manifesta insuficiência do modelo representativo de democracia e a consagração constitucional de inúmeros instrumentos de participação do cidadão na vida pública. A hermenêutica popular do direito se insere dentro do conceito de democracia participativa e decorre da circunstância de que as leis são destinadas aos partícipes da vida social e não somente aos juristas em especial. A jurisprudência constitui o grande laboratório social da dialeticidade da experiência jurídica, tendo em vista o seu caráter discursivo-participativo e a sua compleição inovadora da ordem jurídica, em virtude da dialeticidade de complementaridade entre a função jurisdicional e a função legislativa, da qual resulta os fenômenos da legalização da jurisprudência, da contraposição legislativa da jurisprudência, da contraposição jurisdicional da legislação, da inibição legislativa da atividade jurisdicional e da correção pedagógico-jurisdicional da legislação. O direito de ação é uma manifestação da soberania popular, pois a função jurisdicional do Estado, que constitui uma das formas de democracia participativa, confere poder ao cidadão, na medida em que deflagra o processo judicial-criativo do direito e co-participa da construção jurisprudencial e dos sucessivos modelos legais, ao lado dos interlocutores da cidadania (advogados, defensores, membros do MP), pela construção das "normas jurídicas interpretadas". A legitimidade democrática da função jurisdicional decorre da aptidão técnica dos profissionais do Direito; do amplo controle social de sua conduta; da motivação das decisões judiciais, da humanização do discurso jurídico e da democratização do processo de construção hermenêutica das decisões judiciais. A morosidade desarrazoada do Judiciário, a linguagem jurídica distante, o sucateamento da

Defensoria Pública e o abuso do direito de ação são fatores que bloqueiam o seu caráter democrático. Apesar disso, a função jurisdicional tem sido uma das maiores responsáveis pelas conquistas jurídicas históricas das minorias no Brasil, tais como os trabalhadores rurais, homossexuais, concubinos, índios, idosos, deficientes, portadores de HIV e as pessoas carentes em geral.

Palavras-chave: Cidadão. Fator real de poder. Pós-modernidade. Democracia participativa. Hermenêutica popular. Hermenêutica jurídica. Relação dialética. Jurisprudência. Inovação jurídica. Legalização. Direito de ação. Soberania popular. Fatores bloqueantes. Linguagem jurídica. Acesso à jurisdição. Direito das minorias.

ABSTRACT

The present work has as its objective to demonstrate that the citizen in post-modernity plays the role of a supreme main character in the process of construction of the Law in a discursive and participative way. Starting from the combination of conceptions of Lassale, Hesse and Häberle's Constitution, we have come to visualize the citizen, within the space of post-modernity as a factor of real power and its touch stone is the jurisdictional function of the State. Citizenship does not run out with the exercise of voting given the clear insufficiency of the representative model of democracy and the constitutional consecration of countless instruments of participation of the citizenship in public life. The popular hermeneutics of Law is inserted into a concept of participative democracy and follows the circumstance that the laws are for participants of the social life and not only for jurists in particular. The jurisprudence constitutes the great social laboratory of the juridical experience called dialectic, given its discursive-participative character and its innovating temperament of the juridical order, due to the dialectic of complementarity between the jurisdictional function and the legislative function, from which results the phenomena of jurisprudence legislation, the legislative counter position of the jurisprudence and the jurisdictional counter position of the legislation, as well as the legislative inhibition of the jurisdictional activity and the pedagogic jurisdictional correction of the legislation. The right to action is an expression of popular supremacy, once the jurisdictional function of the State, which constitutes one of the forms of participative democracy, gives the citizen power, as well as outbreaks the judicial-creative process of the right and co-participates on the jurisprudential construction and on the successive legal models, aside from the speakers of citizenship (lawyers, defenders, members of the DA), by the construction of the "interpreted juridical rules". The democratic legitimacy of the jurisdictional function comes from the technical aptitude of Law professionals, from the wide social control of their behavior, the motivation of their juridical decisions, the humanization of the juridical speech and the democratization of the process of hermeneutical construction of the judicial decisions. The rootless slowness of the Judiciary, the distant juridical language, the poor approach of the Public

Defenders and the abuse of the right to action are factors that block the democratic character of it. The jurisdictional function has been the biggest responsible for the historic juridical conquests of the minorities in Brazil, such as rural workers, homosexuals, concubines, Indians, elders, handicaps, HIV carriers and needy people in general.

Keywords: Citizen. Factor Of Real Power. Post-Modernity. Participative Democracy. Popular Hermeneutics Of Law. Juridical Hermeneutics. Dialectic Of Complementarity. Jurisprudence. Juridical Innovation. Jurisprudence Legislation. Right To Action. Citizen Power. Factors That Block. Juridical Language. Construction. Jurisdiction Access. Right To Minorities.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação cível
Ag	Agravo
AGU	Advocacia-Geral da União
AR	Ação Rescisória
CC	Código Civil
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CPC	Código de Processo Civil
CTN	Código Tributário Nacional
DJ	Diário da Justiça
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
UnB	Universidade de Brasília

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 COMBINANDO ELEMENTOS DE LASSALE, HESSE E HÄBERLE: O CIDADÃO COMO FRAGMENTO CONSTITUCIONAL EFICAZ OU FATOR REAL DE PODER	20
2 A DEMOCRACIA CIDADÃ: A GESTÃO PÚBLICA PLURAL E A HERMENÊUTICA POPULAR DO DIREITO	29
2.1 A INSUFICIÊNCIA DO SISTEMA REPRESENTATIVO E OS NOVOS MOVIMENTOS DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: A NECESSIDADE DE “DEMOCRATIZAR A DEMOCRACIA”.....	29
2.2 O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: CATÁLOGO DE PRERROGATIVAS PARTICIPATIVAS DO CIDADÃO NA VIDA PÚBLICA.....	35
2.3 A HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO POPULAR DO DIREITO.....	38
2.4 PARADIGMAS DE HERMENÊUTICA POPULAR DO DIREITO.....	43
2.4.1 <i>Hermenêutica popular do direito ambiental</i>	43
2.4.2 <i>Hermenêutica popular dos direitos humanos</i>	47
2.5 O PROBLEMA DA HERMENÊUTICA POPULAR DO DIREITO DIANTE DA LINGUAGEM TÉCNICA DA CONSTITUIÇÃO.....	53
3 O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO POPULAR-JUDICIAL DOS DIREITOS E O FENÔMENO DA LEGALIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA	56
3.1 A JURISPRUDÊNCIA COMO O GRANDE LABORATÓRIO SOCIAL DA DIALETICIDADE DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA.....	56
3.2 A DIALETICIDADE DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE A FUNÇÃO LEGISLATIVO-NORMATIVA E A FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	58
3.3 GRAUS DA CRIATIVIDADE JUDICIAL: MODELOS JURISDICIONAIS SUBORDINADOS E AUTÔNOMOS.....	62
3.4 O DESENVOLVIMENTO DOS MODELOS JURÍDICOS JURISDICIONAIS.....	68
3.4.1 <i>A estrutura dinâmica dos modelos jurisdicionais</i>	68
3.4.2 <i>Os modelos jurídicos jurisdicionais autônomos e a evolução do direito no Brasil</i>	71
3.4.3 <i>Aplicação jurisdicional dos princípios jurídicos e a inovação na ordem jurídica</i>	74

3.4.3.1	<i>O processo de densificação jurisprudencial dos princípios fundamentais</i>	74
3.4.3.2	<i>A Súmula Vinculante nº. 13 do STF como marco paradigmático do pós-positivismo brasileiro</i>	77
3.5	OS FENÔMENOS DA LEGALIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DA CONTRAPOSIÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA	78
3.5.1	<i>O intercâmbio e os atritos entre a função legislativa e a função jurisdicional</i>	78
3.5.2	<i>A legalização da jurisprudência</i>	80
3.5.3	<i>O problema da vinculatividade da jurisprudência enquanto fonte do direito</i>	89
3.5.4	<i>A contraposição legislativa da jurisprudência</i>	90
3.6	OS ASPECTOS ESSENCIAIS DA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL	93
3.6.1	<i>O caráter discursivo-cooperativo da jurisprudência</i>	93
3.6.2	<i>A jurisprudência como resultante do intercâmbio dialético entre a hermenêutica popular do direito e a hermenêutica dos profissionais jurídicos</i>	99
4	O DIREITO DE AÇÃO COMO MANIFESTAÇÃO DA SOBERANIA POPULAR	108
4.1	O EXERCÍCIO DIRETO DO PODER PELO POVO POR INTERMÉDIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: NOVA LEITURA DO ARTIGO 2º, § ÚNICO, DA CF/88	108
4.2	OS INTERLOCUTORES LEGÍTIMOS DA CIDADANIA: A ADVOCACIA, A DEFENSORIA PÚBLICA E O MINISTÉRIO PÚBLICO	116
4.3	A ADVOCACIA PRIVADA COMO O GRANDE CELEIRO DE PRODUÇÃO DE TESES JURÍDICAS DO PAÍS	117
4.4	A ADVOCACIA PÚBLICA E O SEU RELEVANTE PAPEL DE CONTROLE DE LEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E NA DEFESA DO ESTADO	118
4.5	MINISTÉRIO PÚBLICO: A SOCIEDADE VIVA E ATIVA POR INTERMÉDIO DE UM DOS MAIORES LEGADOS DEMOCRÁTICOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	118
4.6	A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO	120
4.7	O DIÁLOGO CONSERTADO E EQUILIBRADO ENTRE JURISDIÇÃO DIFUSA E JURISDIÇÃO CONCENTRADA NA CF/88: GARANTIA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO	127

5 CONDIÇÕES PARA A EFETIVIDADE DO CARÁTER DEMOCRÁTICO DO PODER JUDICIÁRIO E FATORES BLOQUEANTES: A NECESSIDADE DE UM ACESSO QUALITATIVO À FUNÇÃO JURISDICIONAL	130
5.1 FATORES BLOQUEANTES E ACESSO À JURISDIÇÃO.....	130
5.2 A MOROSIDADE DESARRAZOADA DO PODER JUDICIÁRIO E A NECESSIDADE DE UMA MAIOR RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA JURISDICIONAL ATUAL.....	131
5.3 A DISTÂNCIA ENTRE O JUDICIÁRIO E A POPULAÇÃO: O PROBLEMA DA CONSTRUÇÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA.....	133
5.4 O SUCATEAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA: A DESIGUALDADE REAL INVIABILIZA A PARIDADE DAS ARMAS.....	141
5.5 LIMITES CONSTITUCIONAIS DA CIDADANIA: O PROBLEMA DO ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO.....	145
6 O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO JUDICIAL DO DIREITO DAS MINORIAS NO BRASIL	148
6.1 O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO COMO UM DOS MECANISMOS MAIS EFICIENTES PARA A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DAS MINORIAS	148
6.2 A TUTELA JURISDICIONAL DOS ÍNDIOS.....	150
6.3 A INCLUSÃO PREVIDENCIÁRIA DA MAIOR PARTE DOS TRABALHADORES RURAIS BRASILEIROS POR INTERMÉDIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO.....	156
6.4 A TUTELA JURISDICIONAL DOS HOMOSSEXUAIS.....	158
6.5 OS DEFICIENTES FÍSICOS E OS IDOSOS PERANTE A ASSISTÊNCIA SOCIAL: A EXTENSÃO DO CONCEITO LEGAL DE VULNERABILIDADE ECONÔMICO-SOCIAL.....	160
CONSIDERAÇÕES FINAIS	162
REFERÊNCIAS	166

INTRODUÇÃO

Embora seja cada vez mais visível a importância dos cidadãos no processo de construção das decisões fundamentais da sociedade e do Estado, ainda existem sérias distorções quanto à compreensão da forma pela qual a participação cidadã se desenvolve e se aperfeiçoa no contexto sócio-político moderno.

Tais distorções, dentre outros fatores, são frutos da hegemonia da concepção do modelo democrático-representativo, o qual, a par do seu indiscutível valor e de sua manifesta funcionalidade, vem embaçando a visão em relação às luzes de um fenômeno quase imperceptível do ponto de vista de sua importância político-constructiva, mas eloqüente em sua dimensão social: a dialética dos conflitos hermenêuticos em torno das normas de direito, seja campo da realidade da vida, seja na esfera jurisdicional.

É preciso, em tal contexto, reavaliar as concepções clássicas acerca do modo pelo qual o direito é socialmente produzido, interpretado e aplicado e submetê-las ao crivo de um estudo crítico e analítico sobre os intensos movimentos participativos que ocorrem no interior da sociedade brasileira moderna, sob o calor das disputas jurídicas em prol da ampliação ou da manutenção de espaços de poder de grupos e de segmentos cada vez mais autônomos e díspares entre si, marca indelével da modernidade.

Sob tais diretrizes e na senda segura do magistério de grandes nomes da hermenêutica jurídica, tais como Inocêncio Mártires Coelho, Miguel Reale e Peter Häberle, levantaremos dados teóricos fundamentais para um exame mais aprofundado acerca da ideologia político-democrática dominante em torno da criação do direito e para uma redimensão, em termos superlativos, do papel que o cidadão exerce na modernidade, a partir da conjugação sistemática de importantes premissas doutrinárias, tais como: i) as respostas aos novos problemas sociais advêm precipuamente da atividade do intérprete-aplicador do direito e não do legislador, consoante Inocêncio Mártires Coelho¹; ii) o destinatário da norma que vive a sua realidade é o seu legítimo intérprete ou

¹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 26.

co-intérprete, segundo Peter Häberle²; iii) a regra de direito tende cada vez mais a despersonalizar e transpersonalizar o poder e este, à sua vez, tende a ser a expressão da integração progressiva de círculos sociais, com a concomitante garantia de campos autônomos de ação para indivíduos e grupos, segundo o magistério de Miguel Reale³.

De outro lado, investigaremos os fenômenos materiais subjacentes à criação e ao desenvolvimento formal dos modelos jurídicos e adentrar o terreno de sua matriz jurídico-sociológica com ênfase no viés interpretativo-popular do direito. Nesse sentido, passaremos a analisar o direito como resultante dos intensos conflitos jurídicos hermenêuticos e das oposições vivenciadas entre os mais variados e antagônicos grupos sociais e das grandes batalhas travadas entre os cidadãos na arena discursiva da esfera pública. O direito, sob tal perspectiva, é avaliado, interpretado, aplicado, construído e reconstruído todos os dias pelos cidadãos a partir das vivências cotidianas das categorias jurídicas e os conflitos sociais são o grande palco responsável pelo seu constante desenvolvimento, principalmente por intermédio da função jurisdicional do Estado, tendo em vista a natureza potencialmente aberta, dialética, discursiva e participativo-contraditória dos processos judiciais. Vejam-se as palavras de Roberto Lyra Filho quanto à concepção do direito legítimo:

nem a sociedade justa, nem a Justiça corretamente vista, nem o Direito mesmo, o legítimo, nascem dum berço metafísico ou são presente generoso dos deuses: eles brotam nas oposições, no conflito, no caminho penoso do progresso, com avanços e recuos, momentos solares e terríveis eclipses.⁴

As palavras iluminadas do grande jusfilósofo nos remetem a uma série de indagações acerca da construção hermenêutica dos direitos das minorias, figurando entre elas: i) as conquistas jurídicas dos afro-descendentes ao longo da história são conseqüências de uma ação generosa de políticos ou da argúcia interpretativa isolada de juízes ou são fruto também da luta dos próprios negros em prol de sua dignidade humana e da efetividade do princípio

² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 13.

³ REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 56.

⁴ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008. p. 99.

da igualdade? ii) o reconhecimento do direito à identidade étnica dos índios e do respeito às suas tradições, usos e costumes são desdobramentos da ação isolada de um quase divino poder constituinte originário ou do processo de sua aplicação por juízes e Tribunais ou remontam às atividades exegéticas dos próprios indígenas e dos estudiosos de sua causa, inclusive por intermédio de sangrentas e históricas batalhas que quase resultaram em sua completa dizimação?; iii) o reconhecimento de alguns direitos dos homossexuais, quase exclusivamente na esfera jurisdicional, resulta da ação isolada dos intérpretes oficiais do sistema jurídico ou, antes de tudo, refletem também as perspectivas hermenêuticas dos direitos fundamentais exercidas pelos próprios homossexuais no contexto da preconceituosa e excludente realidade social?

A partir de tais perspectivas, percebemos a importância de uma pesquisa mais profunda no sentido de investigar a forma pela qual o afazer hermenêutico diuturno dos cidadãos em torno do direito, sob o pressuposto dos intensos conflitos de interesses com ênfase nas minorias sociais, colabora decisivamente para a construção dos modelos jurídicos jurisdicionais e legais. Assim, a partir dessa dimensão político-jurídica da cidadania e do singular pluralismo que permeia a pós-modernidade, figura como um dos grandes objetivos desse estudo a reavaliação do papel do cidadão no que concerne à construção das grandes decisões da sociedade, sob os ditames da democracia participativa, principalmente no campo jurisprudencial e no campo político-legislativo. A reavaliação do papel dos profissionais jurídicos – juízes, membros do Ministério Público, da advocacia privada e pública, dos defensores públicos, etc. – configura um importante desdobramento da perspectiva ora delineada.

O Capítulo 01 será dedicado ao estudo do revolucionário perfil da cidadania na modernidade, a partir da fusão das concepções de Constituição de Ferdinand Lassale, Konrad Hesse e Peter Häberle e o Capítulo 02 examinará as perspectivas singularmente inovadoras trazidas pela Constituição da República Federal do Brasil de 1988 em prol da cidadania e os instrumentos de participação democrática do cidadão na vida pública e comunitária consagrados por essa nova ordem constitucional. Nesse contexto, discorreremos sobre as linhas gerais da hermenêutica popular do direito.

No Capítulo 03 dedicaremos especial atenção ao processo de construção da jurisprudência e o seu papel de inovação da ordem jurídica

[modelos jurisdicionais autônomos], a partir, principalmente, de aspectos concernentes à dialeticidade da complementaridade entre função legislativa e função jurisdicional e o processo de densificação normativa dos princípios constitucionais. Neste tópico, também examinaremos as construções jurisprudenciais como resultante do processo de fusão dialética entre a hermenêutica popular e a hermenêutica dos intérpretes jurídicos do sistema normativo-legal. Tal aspecto é de fundamental importância para o redelineamento da força propulsora da soberania popular na criação do direito não só no âmbito jurisdicional, mas também no plano legislativo, por intermédio do interessante fenômeno da legalização da jurisprudência.

O paradigma de democracia participativa desenvolvido no presente estudo envolve, além de outros aspectos importantes que serão retratados no Capítulo 04: i) a reconstrução da concepção clássica do direito de ação, onde passamos a visualizá-lo como manifestação da soberania popular ou mecanismo de exercício direto do poder pelo povo; ii) a redimensão político-jurídica do papel da função jurisdicional do Estado e a sua peculiar legitimidade democrática; iii) o papel e a legitimidade democrática dos agentes responsáveis pelas funções essenciais à jurisdição [advogados privados e públicos, defensores públicos e membros do Ministério Público].

O Capítulo 05 versará sobre fatores bloqueantes das virtualidades democráticas da função jurisdicional, tais como a morosidade desarrazoada do Poder Judiciário, o problema da construção da linguagem jurídica e do acesso efetivo e qualitativo à jurisdição, o sucateamento da Defensoria Pública promovido por descaso político, dentre outros aspectos que contribuem para a inefetividade da função jurisdicional do Estado.

O Capítulo 06 versará sobre as paradigmáticas inovações jurídicas proporcionadas pela jurisprudência brasileira em prol de inúmeras minorias sociais. Neste tópico, apesar da incidência de inúmeros fatores bloqueantes do caráter democrático da função jurisdicional, retrataremos alguns avanços significativos das minorias no Brasil perante o Poder Judiciário, espaço no qual importantes debates vêm sendo travados e inúmeros direitos têm sido pioneiramente criados. Muitas vezes, os direitos judicialmente construídos contam com o sucessivo aval legislativo através do processo de legalização da jurisprudência, numa demonstração concreta de que o direito de ação vem se

consolidando como um dos mais eficientes mecanismos da soberania popular na conjuntura democrática brasileira.

1 COMBINANDO ELEMENTOS DE LASSALE, HESSE E HÄBERLE: O CIDADÃO COMO FRAGMENTO CONSTITUCIONAL EFICAZ OU FATOR REAL DE PODER

No contexto das memoráveis aulas do Prof. Inocêncio Mártires Coelho tivemos oportunidade de fazer uma apresentação da “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” de Peter Häberle⁵ e a sua inter-relação com as obras “A Essência da Constituição” de Ferdinand Lassalle⁶ e “A Força Normativa da Constituição” de Konrad Hesse⁷. Naquela altura do programa de mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público ainda existia indecisão quanto ao tema da dissertação, mas quando se descortinaram as luzes teóricas proporcionadas pela conexão entre as três concepções de Constituição, a partir das intuições provocadas pelas leituras dos textos e pelas profícuas reflexões lançadas pelo Prof. Inocêncio sob o influxo das aulas de Hermenêutica Constitucional, foram concebidos os preparativos iniciais que resultaram no presente estudo.

A menção ao cidadão como “fator real de poder” é uma referência simbólica à grande evolução que a cidadania experimentou desde o contexto histórico que marcou o conhecido discurso de Ferdinand Lassalle, “A Essência da Constituição”, que a reduziu a uma mera folha de papel fruto dos fatores reais de poder que lhe são subjacentes, até a conjuntura constitucional moderna contextualizada pela pluralidade das fontes interpretativas das normas fundamentais, principalmente a partir da publicação da célebre obra de Peter Häberle “A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, que, nas palavras do Prof. Gilmar Mendes, exterioriza “um dos textos mais instigantes do Direito Constitucional moderno”.⁸

Apesar da curta distância em termos históricos entre a mais antiga e a mais recente obra, vale dizer, um pouco mais de cem anos que se transcorreu

⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

⁶ LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Júrís, 1988.

⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

⁸ HÄBERLE, op. cit., p. 09. Prefácio de Gilmar Ferreira Mendes.

entre a conferência de Ferdinand Lassalle, pronunciada em 1863, e a publicação inaugural do texto de Peter Häberle, ocorrida em 1975, operou-se um significativo avanço tanto no campo das perspectivas teóricas quanto no seio da realidade social acerca das idéias que iluminam a grande instituição jurídico-política da atualidade: a Constituição do Estado.

Pode-se dizer que o discurso de Ferdinand Lassalle foi marcado por um momento em que o Direito Constitucional não era concebido como sistema social autônomo e, na ótica marxista, que gozava de significativo fastígio naquela ocasião histórica, era visto como mero reflexo da superestrutura. Eis o contexto no qual Lassalle visualizou a Constituição como o somatório dos fatores reais de poder [Constituição real] subjacentes à folha de papel [Constituição escrita]. O Direito, por assim dizer e principalmente no campo constitucional, configurava instrumento retórico dos detentores do poder, que o manipulavam em prol de seus interesses e como meio de sua legitimação [fática]. As Constituições poderiam até ser vistas como “proclamações políticas importantes”, mas não eram consideradas normas jurídicas vinculantes, ao contrário do que ocorria com a legislação civil codificada, que ocupava lugar de destaque no cenário jurídico, inclusive como viés interpretativo das demais normas do ordenamento legal, a partir do Código de Napoleão.⁹

O estudo de Konrad Hesse, “base de sua aula inaugural na Universidade de Freiburg – RFA, em 1959”, desenvolveu-se em circunstâncias

⁹ Sobre o papel do Código Civil como centro do ordenamento jurídico e referência de interpretação das demais normas legais em determinada conjuntura histórica, convém transcrever a seguinte lição de Ana Cândida de Mello Carvalho Mukai, *verbis*: “A Constituição é norma jurídica. Tal afirmativa, embora pareça óbvia no contexto atual, nem sempre o foi. Com exceção da experiência norte-americana, onde a Constituição já surge como norma jurídica vinculante, inclusive, do legislador, a concepção prevalecente no ‘mundo constitucionalizado’ até meados do século XX era a de que as Constituições eram proclamações políticas importantes, mas não autênticas normas jurídicas, o que as impedia de ser aplicadas de forma direta pelos juízes e de gerar direitos subjetivos para os cidadãos. Normas jurídicas, nessa época, eram apenas as leis, que imperavam absolutas na regulação da vida social, regida basicamente pelos códigos civis que, por sua vez, eram fundamentais na proteção da propriedade e da autonomia da vontade – valores herdados da Revolução Francesa. Estes valores foram inicialmente refletidos pelo Código Civil francês de 1804, marco importante da história do direito que influenciou grande parte dos ordenamentos jurídicos do mundo. Durante muito tempo, portanto, o Código Civil serviu de parâmetro de interpretação para as demais normas, ocupando o lugar da Constituição como centro dos ordenamentos”. MUKAI, Ana Cândida de Mello Carvalho. Breve Estudo sobre a linguagem da Constituição: a linguagem como via de acesso ao conteúdo da Constituição pelos cidadãos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 62, p. 10-11, jan./mar. 2008.

históricas marcadas por uma ampla preocupação em se afirmar o Direito como sistema social autônomo, principalmente a partir da publicação da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen em 1934, cuja pretensão foi a de emprestar ao Direito maiores delineamentos metodológicos e contornos científicos mais precisos a partir da autonomia e da especificidade de seu objeto. De tal sorte que o próprio Konrad Hesse, sem afastar o caráter sedutor e sempre presente das idéias de Lassale, afirma que a “idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica”. Mais adiante, assinala que essa “negação do direito constitucional importa na negação de seu valor enquanto ciência jurídica”. Assim, Konrad Hesse ao propugnar que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado, desde que ocorrentes os pressupostos realizáveis, pretende submeter o conceito de Constituição jurídica aos postulados de uma “Ciência do Direito Constitucional enquanto ciência normativa”.¹⁰

As idéias de Peter Häberle, concebidas em estágio complexo da tessitura social e política pós-moderna, vêm trazer a lume relevantes reflexões acerca da legitimidade democrática do processo de leitura hermenêutica da Constituição a partir da sociedade aberta de seus intérpretes cujos componentes, além de profissionais da área jurídica [juízes, advogados, membros do Ministério Público, dentre outros], congregam também os demais destinatários das normas constitucionais [cidadãos em geral, entidades representativas, associações, sindicatos, partidos políticos, entidades religiosas, etc]¹¹.

A genialidade alemã, na linha das perspectivas ora traçadas, nos congratulou com três ícones simbólico-doutrinários que, além de refletirem as circunstâncias político-jurídicas vigentes no seu contexto histórico, funcionaram, ao mesmo lanço, como importantes vetores para fecundas e acirradas discussões, ricos questionamentos e debates, que culminaram com a evolução da folha de papel fruto dos fatores reais de poder que lhe são

10 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 11-12.

11 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 13.

subjacentes [Lassalle], para a folha de papel dotada de eficácia [Hesse] e, finalmente, para a folha de papel dotada de eficácia e resultante da vontade plural da sociedade aberta dos seus intérpretes [Häberle]. Obviamente, as mudanças que ocorrem no campo político-jurídico não são automáticas do ponto de vista histórico, pois sempre dependem de uma complexa confluência de fatores e da maturidade das instituições e de sua natural evolução no contexto das idiosincrasias de cada país, e não são necessariamente eliminatórias das perspectivas anteriores. Ao revés, a cada nova etapa de mudança um elemento novo é dialeticamente agregado, o que resulta na seqüência aglutinadora de perspectivas constitucionais:

Folha de Papel – Folha de Papel Eficaz – Folha de Papel Eficaz e Plural.

Veja-se que a manutenção da expressão “folha de papel”, externadora da concepção de constituição escrita defendida por Lassalle¹², em todas as perspectivas retratadas, é para enfatizar os eternos “conflitos entre a Constituição escrita e a Constituição real” passíveis de ocorrer em qualquer conjuntura histórica, política e jurídica.

É diante de tais diretrizes que fazemos a leitura do instigante texto de Inocência Mártires Coelho intitulado “Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder”, em que o jurista registra “a impressão de que os fatores reais de poder – independentemente das crenças dos seus moradores – perambulam como fantasmas por todos os cômodos do edifício constitucional” e assevera que “as lições de Lassalle têm o singular efeito de estimular os seus discípulos, confessos ou não, a procurarem saídas para aqueles impasses”.

Por sua consistência crítica e alto grau de perspicácia, merece transcrição o seguinte excerto do artigo citado, *verbis*:

A esse propósito, quem se detiver no exame de duas obras contemporâneas da maior importância – A Força Normativa da Constituição, de Konrad Hesse, e A Sociedade Aberta dos Intérpretes

¹² Vejam-se as palavras do próprio Lassalle: “Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas constituições de um país: essa constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e essa outra constituição escrita à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar de folha de papel”. LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Júrís, 1988. p. 25.

da Constituição, de Peter Häberle –, haverá de concluir, sem maior esforço, que as fórmulas apresentadas por esses juristas como soluções modernas para aqueles antigos problemas, embora de fabricação recente, são as mesmas chaves das mesmas e velhas prisões.

Por isso, o sucesso que eventualmente possam ter alcançado ao empreender a sua fuga parece ter decorrido muito mais da identidade das fechaduras do que da astúcia dos que lograram escapar daquelas prisões. É que, embora seguindo caminhos diversos, e não muito diferentes, o que Hesse e Häberle fizeram, ao fim e ao cabo, foi constitucionalizar os fatores reais de poder, no que se mostraram sensatos e competentes.¹³

Exatamente, neste ponto, reside o cerne de nosso estudo, a partir da síntese das três concepções de Constituição levada a efeito por Inocêncio Mártires Coelho, vale dizer, os fatores reais de poder na generalidade das constituições modernas estão constitucionalizados e que as “chamadas mutações constitucionais” configuram “a expressão hermenêutica dos fatores reais de poder”.¹⁴

Por outro lado, para alcançar a premissa básica de nossas investigações, indaga-se: os fatores reais de poder, na modernidade, são os mesmos de que cogita Lassale na segunda metade do século XIX?

Dentro de nossa ótica, a resposta negativa se impõe e, diante da grande evolução que o conceito de cidadania alcançou hodiernamente, bem como de sua práxis no campo político, jurídico e social, o cidadão se afigura, atualmente e sob a nossa percepção, como um autêntico “fator real de poder”.

A presente afirmação é reforçada por subsídios fornecidos pelo próprio Ferdinand Lassale e, por isso, partiremos da mesma premissa fundamental lançada em suas famosas reflexões, porém situada e datada na realidade brasileira atual: o legislador brasileiro, completamente livre no alvorecer do Século XXI diante de uma extraordinária situação de completo vazio normativo “poderia fazer leis de capricho ou de acordo com o seu próprio modo de pensar”, inclusive passando por cima das conquistas históricas alcançadas pela cidadania?

¹³ COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998.

¹⁴ COELHO, op.cit., p.145.

Antes de responder à indagação dentro da realidade brasileira, convém assinalar que Lassalle, em seu contexto histórico, depois de afirmar que o Rei, o Exército, a grande burguesia e os grandes banqueiros são partes da Constituição, lança a seguinte abordagem sobre “a pequena burguesia e a classe operária”, *verbis*:

Imaginemos agora que o Governo, querendo proteger e satisfazer os privilégios da nobreza, dos banqueiros, dos grandes industriais e dos grandes capitalistas, tentasse privar das suas liberdades políticas a pequena burguesia e a classe operária.

Poderia fazê-lo?

Infelizmente, sim; mesmo que fosse transitoriamente; os fatos nos demonstram que poderia.¹⁵

Será que a conclusão de Lassalle quanto à “pequena burguesia” e à “classe operária” prevaleceria nos tempos atuais, principalmente no âmbito geográfico-político em que escreveu seu estudo, vale dizer, em pleno contexto europeu-ocidental? Afora a incidência de circunstâncias extraordinariamente excepcionais, não conseguimos visualizar a operatividade da conclusão de Lassalle, especificamente quanto ao campo das liberdades políticas dos mencionados sujeitos históricos, no contexto da realidade europeia moderna. Aliás, vigorava ao tempo em que foi redigida a sua obra “Essência da Constituição”, a lei eleitoral das “três classes” que vigorou na Prússia de 1849 até 1918, conforme expressamente consignada em seu conteúdo [“O Sistema Eleitoral das Três Classes”]. Por meio de tal sistema eleitoral, segundo estatística oficial organizada em 1849, na Prússia “existiam 153.808 pessoas riquíssimas que possuíam tanto poder político como os 2.691.950 cidadãos modestos, operários e camponeses juntos”.¹⁶ Mais adiante assinala Lassalle: “o opulento terá o mesmo poder político que 17 cidadãos comuns, ou melhor, nos destinos políticos do país o capitalista terá uma influência 17 vezes maior que um simples cidadão sem recursos”. E o pior: vigorava antes da promulgação da lei eleitoral das três classes [até 1848], “o sufrágio universal, que garantia a

¹⁵ LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Jûris, 1988. p. 18.

¹⁶ LASSALE, op. cit., p. 20-21.

todo cidadão, fosse rico ou pobre, o mesmo direito político, as mesmas atribuições para intervir na administração do Estado.”¹⁷

É, realmente, inimaginável uma tal situação político-eleitoral como a versada por Lassalle vicejar no contexto dos povos livres da generalidade dos países modernos, principalmente os que experimentaram um alto grau de evolução das instituições democráticas. E sob tais perspectivas que calham as palavras de Konrad Hesse, lastreado nas idéias de Humboldt, quando afirma que a “norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente”.¹⁸

Da mesma forma, também não conseguimos vislumbrar o vilipêndio e o achincalhe legiferante na situação hipoteticamente retratada acima em desfavor das conquistas cidadãs no Brasil sob circunstâncias normais e sob as premissas delineadas por Lassalle em seu inquietante texto, ao menos no atual estágio evolutivo em que se encontra e em que pese o longo caminho que ainda resta a ser trilhado para a sua plena efetividade.

Mais uma vez, na linha de pensamento de Inocêncio Mártires Coelho, deparamos com “as mesmas chaves das mesmas e velhas prisões” deixadas por Ferdinand Lassalle. Entretanto, apesar de o “eterno fantasma dos fatores reais de poder” continuar rondando em torno das estruturas constitucionais existentes, não se nos afigura assustadora a atual veste político-jurídica do cidadão, como um dos “agentes conformadores da realidade constitucional”, verdadeiro “fragmento da Constituição” e partícipe soberano de sua “essência”.

A nosso sentir, o grande mérito de Konrad Hesse e de Peter Häberle foi um esforço no sentido de *ampliar o rol dos fatores reais de poder*, principalmente na linha teórica traçada na “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, e compatibilizá-los ao paradigma democrático atual.

Tal constatação não passou despercebida por Inocêncio Mártires Coelho que, em outro ensaio sobre a temática intitulado “As Idéias de Peter Harbele e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro”, enfatizou que as propostas de Häberle para a construção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição são “essencialmente idênticas às

¹⁷ Ibid., p. 21.

¹⁸ Ibid., p. 16.

incômodas e sempre atuais reflexões de Fernando Lassalle sobre a presença dos fatores reais de poder na vida das Constituições”.¹⁹

Sem embargo, diante do extenso rol dos agentes que Häberle reputa igualmente legitimados a interpretar a Constituição, Inocêncio Mártires Coelho “aponta, desde logo, para a necessidade de se racionalizar o processo de auscultação daquilo que têm a dizer esses novos protagonistas da interpretação constitucional”.²⁰

De qualquer sorte, diante do caráter pluralista e participativo das democracias modernas, existe uma tendência sempre crescente no sentido da ampliação dos fatores reais de poder ou dos “agentes conformadores da realidade constitucional”.

Um ótimo exemplo pode ser retirado do último artigo citado de Inocêncio Mártires Coelho, quando destaca a circunstância de que existem inúmeros dispositivos constitucionais cujo conteúdo só pode ser revelado a partir da ajuda hermenêutica de intérpretes não-jurídicos, “como é o caso dos direitos das populações indígenas nos termos em são reconhecidos pelo artigo 231 da Constituição Federal.”²¹ Dentro dessa linha de pensamento, não é difícil chegar à conclusão de que as populações indígenas e os índios, *de per si*, são fatores reais de poder no âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois as conquistas que alcançaram são incontestes e vêm ganhando progressiva efetividade no Poder Judiciário. Em face de sua relevância, o presente tema mereceu um tópico dentro do Capítulo 06 [“A tutela jurisdicional dos índios”].

Aliás, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ficou conhecida como a Constituição cidadã diante da notória consagração de um número singularmente expressivo de instrumentos de participação de todos na vida pública e de prerrogativas concernentes à efetividade das liberdades constitucionais, conforme veremos no Capítulo 02.

¹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. As Idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 137, p. 160, jan./mar. 1998.

²⁰ COELHO, op. cit., p. 160.

²¹ Op. cit., p. 158. O art. 231 da CF/88 está vazado nos seguintes termos: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

Por outro lado, para que o cidadão se afirme como fator real de poder a sociedade precisa ser verdadeiramente democrática, não só do ponto de vista representativo, mas principalmente do ponto de vista participativo-constutivo dos direitos constitucionalmente reconhecidos, inclusive por intermédio da hermenêutica popular do sistema jurídico-constitucional e de sua articulação com a interpretação e aplicação dos profissionais jurídicos e dos órgãos oficiais.

Realmente, a função jurisdicional do Estado configura um instrumento singularmente relevante para que as prerrogativas cidadãs consignadas na Constituição não corram o risco de se tornarem medidas carentes de efetividade, até mesmo como fruto de uma retórica político-estatal vazia, demagógica e meramente simbólica, dentro da terminologia empregada por Marcelo Neves.²²

Nessa ordem de considerações cumpre invocar a lição de Konrad Hesse, segundo a qual muito embora a "Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição se transforma em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas."²³

Por isso que o cidadão só pode ser considerado um fator real de poder ou se revestir da qualidade de um "agente conformador da realidade constitucional" se contar com instrumentos conducentes à efetividade das prerrogativas constitucionais consignadas em seu prol, *até mediante o emprego legítimo da violência*, caso restem injustamente frustradas por particulares ou pelo próprio Estado. A atividade estatal que, por excelência, pode emprestar a sua força ao cidadão, desde que demonstre uma agressão juridicamente injusta em sede de processo dialético, é a função jurisdicional do Estado, inclusive com a adoção de coação direta, se tal medida se revelar necessária, conforme abordaremos no Capítulo 04.

No próximo Capítulo examinaremos o novo perfil constitucional brasileiro da cidadania, os novos caminhos da democracia participativa traçados pela CF/88 e a hermenêutica popular do direito.

²² NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

²³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 19.

2 A DEMOCRACIA CIDADÃ: A GESTÃO PÚBLICA PLURAL E A HERMENÊUTICA POPULAR DO DIREITO

2.1 A INSUFICIÊNCIA DO SISTEMA REPRESENTATIVO E OS NOVOS MOVIMENTOS DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: A NECESSIDADE DE "DEMOCRATIZAR A DEMOCRACIA"

A democracia moderna vem sendo marcada muito mais pela fiscalização, pela cobrança e pela participação do cidadão no processo político, econômico e social do que necessariamente pela sistemática do voto, do processo eleitoral, do sistema representativo e de outros instrumentos da concepção restritiva da soberania popular, como a iniciativa popular de lei, o referendo e o plebiscito.

É interessante notar que as freqüentes denúncias de corrupção do sistema eleitoral, a polêmica e complexa forma de financiamento das respectivas campanhas, a pouca ou quase nula participação popular no processo legislativo, além do excesso de normas vagas e abertas que demandam concretização por intermédio do processo de interpretação e de aplicação, colocam em xeque ou pelo menos mitigam, sobremaneira, a supremacia do Parlamento e do Poder Executivo como emanções da verdadeira vontade popular em face da propalada legitimidade democrática direta dos respectivos membros de tais funções estatais básicas.

Não deixamos de reconhecer que a democracia representativa consubstancia um avanço histórico e um sistema dotado de indiscutível funcionalidade e racionalidade na gestão política da atual configuração estatal. Mas diante da complexidade do pluralismo da sociedade moderna, o sistema representativo, por si só, não tem mais o condão de conferir respaldo democrático aos governantes, eis que se constata a necessidade, cada vez mais crescente, de sua agregação aos elementos da democracia verdadeiramente participativa.

Peter Häberle adverte para a circunstância de que o "Povo" não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que,

enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão”. Prossegue o notável jurista alemão afirmando que: “Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.”²⁴

Com efeito, muito mais relevante do que o mero exercício do voto ou de outros instrumentos do sistema representativo se afigura a ação diuturna dos cidadãos no que tange à fiscalização da conduta dos governantes eleitos e dos agentes públicos responsáveis pela burocracia estatal por intermédio de inúmeros instrumentos colocados à sua disposição pelo sistema jurídico, como a ação popular, o mandado de segurança, a ação civil pública, o mandado de injunção, a deflagração de medidas preparatórias como a consulta a procedimentos administrativos de licitações, de concursos públicos e outros desdobramentos do direito constitucional de petição; a participação em órgãos colegiados do Poder Executivo tais como o CONAMA, o CRPS, etc; a participação de audiências públicas promovidas pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo e por outras instituições democráticas; as reclamações diante dos órgãos de defesa do consumidor, das ouvidorias da Polícia, dos órgãos estatais ou dos empreendimentos privados prestadores de serviços públicos; denúncias ou reclamações diante dos Tribunais de Contas, da Controladoria-Geral da União [ou dos órgãos similares nos Estados e nos Municípios], das agências reguladoras da saúde pública, das telecomunicações, das atividades de petróleo, das águas, das atividades de energia elétrica, dos serviços de seguro, dos transportes terrestres, etc. Representações junto ao Ministério Público, aos órgãos de defesa do meio ambiente, à Defensoria Pública, aos meios de imprensa, às organizações não governamentais, organizações sociais, etc.

Pode-se afirmar, sem nenhum exagero, que no atual estágio de conquistas democráticas os cidadãos são os co-responsáveis pelo Governo ao lado dos representantes eleitos.

²⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 36.

Boaventura de Souza Santos e Leonardo Avritzer, em interessante estudo sobre os novos paradigmas democráticos, em cujo título já se sugere que a própria concepção de democracia seja democratizada²⁵, nos fornece valiosos elementos de reflexão para a construção de uma sociedade verdadeiramente participativa e politicamente ativa.

Dentro da visão formulada por Boaventura de Souza Santos e Leonardo Avritzer, a partir da superação das formas hegemônicas [liberal-democracia – sistema representativo e democracia marxista], a democracia passa a ser entendida como uma gramática de organização social e da relação entre Estado e sociedade. Por intermédio dessa concepção contra-hegemônica ou alternativa, a democracia deixa de ser uma mera construção teórica utilizada pelos governantes para legitimar o poder e passa a ser entendida como real possibilidade de inovação social a partir do processo de participação do cidadão na vida política.

O estudo destaca a importância do pensamento de Jürgen Habermas na construção do modelo democrático contra-hegemônico, pois esse autor abriu espaço para que o procedimentalismo passasse a ser pensado como prática social e não como mero método de constituição de governos. Merece registro, dentro desse propósito, o seguinte excerto do estudo, *verbis*:

Habermas ampliou o procedimentalismo, reintroduzindo a dimensão social originalmente ressaltada por Kelsen, ao propor dois elementos no debate democrático contemporâneo: em primeiro lugar, uma condição de publicidade capaz de gerar uma gramática societária. Para Habermas, a esfera pública é um espaço no qual indivíduos – mulheres, negros, trabalhadores, minorias raciais – podem problematizar em público uma condição de desigualdade na esfera privada. As ações em público dos indivíduos permitem-lhes questionar a sua exclusão de arranjos políticos através de um princípio de deliberação societária que Habermas denomina de princípio D: 'apenas são válidas aquelas normas-ações que contam com o assentimento de todos os indivíduos participantes de um discurso racional.'²⁶

Aspecto singularmente importante do estudo de Boaventura de Souza Santos e de Leonardo Avritzer é o papel que o Brasil vem desempenhando

²⁵ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo (Orgs.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

²⁶ SANTOS, op. cit., p. 51.

dentro dessas novas perspectivas democrático-participativas, conforme se extrai da seguinte passagem:

Desse modo, a recuperação de um discurso argumentativo associado ao fato básico do pluralismo e às diferentes experiências é parte da reconexão entre procedimentalismo e participação. Nesse caso, mostram-se patentemente insuficientes os procedimentos de agregação próprios à democracia representativa e aparecem em evidência as experiências de procedimentalismo participativo de países do Sul, como o orçamento participativo no Brasil.²⁷

Importante consignar que as conclusões de Boaventura de Souza Santos e de Leonardo Avritzer apontam para uma necessidade de se aprofundar as relações de diálogo entre democracia representativa e democracia participativa, dada a insuficiência da solução proposta pela teoria hegemônica, uma vez que “deixa intocado o problema das gramáticas sociais, e oferece uma resposta simplista, exclusivamente geográfica, ao problema da combinação entre participação e representação”.²⁸ Os autores vislumbram duas formas possíveis de combinação entre democracia representativa e democracia participativa: coexistência e complementaridade. Sob tal ótica, a coexistência implica uma convivência, em níveis diversos, das diferentes formas de procedimentalismo, organização administrativa e variação de desenho institucional, ao passo que a complementaridade implica uma decisão da sociedade política de ampliar a participação através da transferência para formas participativas de deliberação de prerrogativas decisórias a princípio detidas pelos governantes.²⁹

Transportando-se tais paradigmas para a realidade constitucional brasileira, principalmente no que concerne à idéia de complementaridade entre democracia representativa e democracia participativa, não é difícil constatar que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, uma das mais democráticas do mundo, conferiu aos cidadãos um plexo de

²⁷ Boaventura de Souza Santos, nesta mesma obra da qual é coordenador, desenvolveu o ensaio “Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva” [p. 455-559], em que analisa profundamente o modelo de participação democrática do orçamento da capital gaúcha implantado em 1989, orientado para a redistribuição dos recursos da cidade em favor de grupos sociais mais vulneráveis. (BOAVENTURA, 2002, p. 53).

²⁸ SANTOS, op. cit., p. 75.

²⁹ SANTOS, op. cit., p. 77.

prerrogativas participativas na vida pública nunca antes vista na história político-jurídica do país, conforme veremos no próximo tópico.

Assinale-se que a idéia de participação popular também ostenta um fundamento ético: a solidariedade social. O homem, enquanto ser social, deve ser também solidário. Como explica Leonardo Boff, em seu *Ethos Mundial*, todos os seres estão relacionados entre si e por isso são reciprocamente solidários. Segundo o autor, esta é a lei do universo, mas não só: a solidariedade é também uma categoria política, e foi, em toda a história humana, condição essencial de desenvolvimento e sobrevivência. Ao mesmo tempo, o homem, enquanto ser de um planeta – parte de um todo –, é diretamente responsável por tudo aquilo que lhe diz respeito e, para sobreviver no meio em que vive, tem o dever de ser solidário para com os outros.³⁰

Dessa forma, responsabilidade de todos e solidariedade entre todos estão intrinsecamente ligadas ao novo modelo democrático, a democracia participativa. Calcada na ética da solidariedade, a concepção democrática moderna possibilita uma efetiva e real participação do povo na gestão do Estado.

No contexto do exame de novos modelos paradigmáticos de democracia participativa, não podemos deixar de fazer menção ao artigo dos juristas alemães Jochen Abr. Frowein e Roland Bank intitulado “A Participação das Minorias nos Processos de Tomada de Decisões”, que foi baseado em um relatório preparado como um estudo encomendado pelo Comitê de Especialistas em Questões Relacionadas à Proteção das Minorias Nacionais [DH-MIN] do Conselho da Europa. O artigo aborda a crescente preocupação dos países europeus em aperfeiçoar mecanismos que garantam a representação parlamentar de minorias, bem como a sua representação perante órgãos governamentais e uma maior valorização de canais informais de participação, como as mesas-redondas.³¹

³⁰ BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letraviva, 2000. p. 109-111.

³¹ FROWEIN, Jochen Abr.; BANK, Roland. A Participação das Minorias nos Processos de Tomada de Decisões. Tradução de Fábio César dos Santos Oliveira. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia (Coords.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 78. Os autores indicam as medidas adotadas para a representação parlamentar das minorias: i] diminuição do coeficiente eleitoral a ser obtido para

A propósito do fortalecimento do modelo participativo de democracia, digna de registro se afigura a lição de Miguel Reale quando aborda a progressiva despersonalização do poder na atualidade e a sua absorção pela regra de direito. Segundo Reale, o paradoxal e o impressionante é que a norma *iuris* não surge sem a interferência do poder, mas não subsistiria em toda a sua objetividade e legitimidade se não o “engolissem” no ato mesmo de sua criação, como ocorre com o nascimento de certos animais, como o caranguejo, “cuja fêmea devora o macho tão logo por ele fecundada”. Daí “a progressiva jurifação do poder”, ou sua “progressiva institucionalização objetiva” com sua “despersonalização e transpersonalização.” Em conclusão, Miguel Reale acentua que o poder tende cada vez mais: i] ser a expressão da idéia de direito; ii] ser objetivo, despersonalizado e transpessoal; iii] ser a expressão da integração progressiva de círculos sociais, com a concomitante garantia de campos autônomos de ação para os indivíduos e os grupos; iv] ser fundado no consentimento dos governados, como expressão das liberdades que se compõem em unidade.³²

Ora, se é verdade que a regra de direito traz embutido em sua estrutura o poder, ou nas palavras de Miguel Reale “o dever ser do poder”, também é certo afirmar que as pessoas que vivenciam a regra de direito, conferindo-lhe colorido social, interpretando-a e aplicando-a ao mundo da vida ou, na hipótese de conflito, mediante a sua efetiva participação em processo judicial, externam, em seu cotidiano ou na seara jurisdicional, o poder que lhe é imanente.

Assim, e dentro das perspectivas ora delineadas, trazemos para o contexto da democracia participativa dois desdobramentos da soberania popular em sentido constitucionalmente adequado, quais sejam, a hermenêutica popular das normas jurídicas e o direito de ação, dois elementos de suma importância para a construção dialética e para a ampliação criativa das prerrogativas cidadãos, inclusive na seara jurisdicional. Por sua importância,

ingresso no parlamento; ii] reserva de assentos; iii] redução das filiações necessárias para registro de um partido; iv] delimitação favorável das circunscrições eleitorais, especialmente no caso de votação majoritária, e v] financiamento privilegiado a partidos de minorias. (FROWEIN; BANK, 2008, p. 82).

³² REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 56-57.

dedicaremos, em tópico apartado, um estudo pormenorizado da hermenêutica popular do direito [itens 2.3, 2.4 e 2.5 *infra*] e, no Capítulo 04, abordaremos o direito de ação como manifestação da soberania popular e discorreremos sobre a complexa temática referente à legitimidade democrática da função jurisdicional do Estado.

2.2 O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: CATÁLOGO DE PRERROGATIVAS PARTICIPATIVAS DO CIDADÃO NA VIDA PÚBLICA

Dignas de registro, por seu valor histórico, político e social, as seguintes palavras de Ulysses Guimarães, proferidas em momento sensível dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte que antecederam à promulgação da atual Constituição brasileira:

Essa será a Constituição cidadã porque recuperará, como cidadão, milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria.

Cidadão é o usuário de bens e serviços de desenvolvimento. Isso hoje não acontece com milhões de brasileiros, segregados nos guetos da perseguição social.

Esta Constituição, o povo me autoriza a proclamá-la, não ficará como bela estátua inacabada, mutilada ou profanada.

O povo nos mandou aqui para fazê-la, não para ter medo.

Viva a Constituição de 1988!

Viva a vida que ela vai defender e semear.³³

As palavras de um dos grandes artífices da atual Constituição do Brasil exteriorizam o imenso significado que foi conferido à expressão cidadania depois de 05 de outubro de 1988. Em recente solenidade de posse dos Defensores Públicos da União, o orador da turma dos empossados declarou que aquela ocasião era apenas mais uma continuidade do processo iniciado

³³ Discurso pronunciado pelo Presidente Ulysses Guimarães, na Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, em 27 de julho de 1988. Disponível em: <http://www.fugpmdb.org.br/c_cidada.htm>. Acesso em: 2 jul. 2008. O assinalado discurso, em realidade, foi uma reação de Ulysses Guimarães em ofensiva a uma declaração do então Presidente da República José Sarney no sentido de que a nova Constituição Federal, nos termos em que estava sendo discutida e aprovada, poderia comprometer, seriamente, a governabilidade do país.

em 05 de outubro de 1988³⁴. A sábia manifestação do jovem profissional de uma das instituições mais importantes para a concretização da cidadania em nosso país [item 5.4 *infra*], – principalmente se considerarmos o papel que a Defensoria Pública ostenta para o resgate dos “milhões de brasileiros segregados nos guetos da perseguição social” –, destaca relevo para a circunstância de que a chama constituinte está viva todos os dias, pois o processo de efetividade da Constituição brasileira, apesar dos inúmeros percalços que já enfrentou e do longo caminho que ainda resta para ser trilhado, encontra-se em estágio de paulatino e de firme avanço.

A Constituição brasileira de 1988 não concebeu apenas um cidadão detentor de inúmeros direitos e o Estado como o seu único garantidor. A Carta Magna também exige um cidadão politicamente ativo e participativo, que saiba exigir a quem de direito o cumprimento de suas prerrogativas constitucionais.

Não basta o cidadão exercer o voto, mas também deve cobrar o cumprimento das promessas eleitorais dos representantes eleitos. A Constituição, assim, permite ao cidadão a fiscalização das contas públicas [art. 31, § 3º]³⁵, a denúncia de irregularidades perante os Tribunais de Contas [art. 70, § 2º]³⁶, a deflagração de ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público [art. 5º, LXXIII]³⁷, a impetração de mandado de injunção para afastar a omissão legislativa no que concerne à efetividade das prerrogativas cidadãs

³⁴ Conforme trecho do discurso do Defensor Público Pedro Paulo por ocasião da solenidade de posse dos Defensores Públicos da União no dia 17 de novembro de 2008 ocorrida no auditório do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na cidade de Brasília/DF [3º Concurso Público/DPU].

³⁵ Art. 31, § 3º - “As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.” (BRASIL. Constituição, 1988).

³⁶ Art. 74, § 2º - “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”. (BRASIL. Constituição, 1988).

³⁷ Art. 5º, LXXIII – “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a 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, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.” (BRASIL. Constituição, 1988).

[art. 5º, LXXI]³⁸, o exercício do direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder [art. 5º, XXXIV]³⁹.

A educação será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade visando ao preparo de todos para o exercício da **cidadania** [art. 205]⁴⁰. O ensino público deverá ser norteado pelo princípio da gestão democrática [art. 206, VI]⁴¹.

A política assistencial, por mandamento constitucional, além das prestações estatais, também abrange a participação da população, por meio de organizações representativas, tanto no que se refere à formulação das políticas públicas, quanto no que concerne ao controle das ações desenvolvidas pelo Estado [art. 204, II].

A preservação e a defesa do meio ambiente é um dever do Estado e da coletividade, pois a Constituição tem preocupações específicas com a educação ambiental com vistas à conscientização de todo cidadão com as questões relativas ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo [art. 225, *caput*, e § 1º, VII]⁴².

³⁸ Art. 5º, LXXI – “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.” (BRASIL. Constituição, 1988).

³⁹ Art. 5º, XXXIV – “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal” (BRASIL. Constituição, 1988).

⁴⁰ Art. 205 – “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”; (BRASIL. Constituição, 1988).

⁴¹ Art. 206 - O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei. (BRASIL. Constituição, 1988).

⁴² “Art. 225 – “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”;

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente” (BRASIL. Constituição, 1988).

A segurança pública configura dever do Estado, mas é de responsabilidade de todos [art. 144]⁴³. As ações e serviços públicos de saúde devem assegurar a participação da comunidade [art. 198, III]⁴⁴.

Cumpra assinalar, por fim, que a própria Constituição tem interesse que o seu conteúdo seja conhecido por todos os cidadãos, pois o texto magno prescreve os meios para que cada cidadão brasileiro seja contemplado com um exemplar da Constituição do Brasil [ADCT, art. 64]⁴⁵.

2.3 A HERMENÊUTICA E APLICAÇÃO POPULAR DO DIREITO

Um importante ponto de partida para a compreensão de uma “hermenêutica popular” do direito é a circunstância de que as leis e as demais normas jurídicas são destinadas a todos os partícipes da vida social e não somente aos juristas em especial. A patologia social dos conflitos legais não pode converter a exceção [intermediação de profissionais jurídicos como condição de interpretação e aplicação oficial do direito] em regra.

Eduardo Bittar enfatiza que “se se pensar em uma discussão sobre os signos, o discurso e os sistemas de significação, dever-se-á imediatamente abrir caminho para uma discussão hermenêutica”. Assim, toda temática semiótica importa numa apelação ao estudo hermenêutico. No mundo do direito, existe uma relação comunicativa a partir do texto jurídico, ou que possui o texto como mediador [destinador-texto-destinatário]. Em suma, “onde há

⁴³ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (BRASIL. Constituição, 1988).

⁴⁴ Art. 198. as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] iii – participação da comunidade. (BRASIL. Constituição, 1988).

⁴⁵ “A Imprensa Nacional e demais gráficas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, promoverão edição popular do texto integral da Constituição, que será posta à disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil.”

textos jurídicos há interpretação. Porém não só. Onde há comunicação há interpretação; onde há conhecimento, há interpretação.”⁴⁶

Gregório Robles, catedrático da Universidade de Palma de Majorca e o “grande nome da Teoria Comunicacional do Direito”, nas palavras de Paulo de Barros Carvalho⁴⁷, ensina que o direito não é uma coisa, mas um meio de comunicação social e um subsistema social cuja função consiste na organização total da sociedade por meio da verbalização das instituições e por meio da expressão lingüística dos conteúdos normativos. Por sua relevância, passa-se a transcrever o seguinte excerto de seu valioso estudo:

O direito existe como fenômeno social real na medida em que os membros da sociedade acatam suas normas, o que evidentemente requer sua prévia produção verbalizada [alguém tem que emitir a mensagem: a autoridade] e a prévia compreensão desta [os membros da sociedade devem estar dispostos a entender].⁴⁸

É sob tal enfoque que situamos a memorável passagem de Peter Häberle: “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la.”⁴⁹ Interessante notar que Häberle, além de mencionar a expressão “co-interpretação”, também qualifica a atuação do destinatário da norma como “pré-interpretação” e os indivíduos ou grupos interessados como “intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo”.⁵⁰

Embora se reconheça nos conflitos sociais em torno do direito uma condição *sine qua* para o desenvolvimento e aperfeiçoamento dos modelos jurídicos, até mesmo em face da dialeticidade que lhe é inerente, é indubitável, em contrapartida, que a missão magna do direito é um grau satisfatório de conformação da vida em sociedade, sob pena, aliás, da eclosão de esferas de juridicidade extra-estatais como fruto da desconfiança no poder do Estado e na legalidade como mecanismos de emancipação social.

⁴⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Linguagem Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 93-94.

⁴⁷ ROBLES, Gregório. *O Direito como Texto: Quatro Estudos de Teoria Comunicacional do Direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves e Prefácio de Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Manole, 2005.

⁴⁸ ROBLES, op. cit., p. 78-79.

⁴⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 13.

⁵⁰ HÄBERLE, op. cit., p. 24.

Maria Garcia assinala que a “Constituição e as leis são feitas para diferentes destinatários, contudo ela se dirige, especificamente, para o cidadão comum, a unidade social, compondo o Povo.”⁵¹ Diante de tal circunstância, a renomada professora da PUC/SP conclui que a “Constituição, como lei, dirige-se precipuamente ao comum dos cidadãos, pretendendo ser entendida, interpretada e aplicada às circunstâncias humanas, no transcorrer social”⁵²

No pensamento de Hans Kelsen, a transação jurídica entre os particulares configura um ato criador e aplicador do direito, nestes termos:

A transação jurídica é um ato pelo qual os indivíduos autorizados pela ordem jurídica regulam juridicamente certas relações. É um fato criador de Direito, pois produz os deveres e direitos jurídicos das partes que participam da transação. Mas, ao mesmo tempo, é um ato de aplicação de Direito, e, desse modo, tanto cria quanto aplica Direito. As partes fazem uso das normas gerais que tornam as transações jurídicas possíveis. Ao firmarem uma transação jurídica, elas aplicam essas normas jurídicas gerais. Ao dar aos indivíduos a possibilidade de regular a sua conduta recíproca através de transações jurídicas, a ordem jurídica garante aos indivíduos certa autonomia jurídica.⁵³

Com efeito, a forma ordinária e natural do cumprimento das leis votadas e aprovadas pelo Parlamento é a sua *observância* pelos membros da sociedade sem a atuação de agentes estatais intermediários. Assim, também é natural que os cidadãos procedam, diuturnamente, à interpretação das leis afetas ao seu dia-a-dia, seja no trabalho, no campo acadêmico, no âmbito doméstico, no lazer, nas transações comerciais e nas demais instâncias da esfera pública ou privada em que atuam. Seria inimaginável e absolutamente intolerável a judicialização ou intermediação profissional extrajudicial como pressuposto para a aplicação das normas jurídicas em prol de seus destinatários.

Realmente, como não existe “norma jurídica” senão “norma jurídica interpretada” e toda interpretação pressupõe um intérprete, é forçoso concluir que a ordinária conduta de observância das leis por parte da sociedade leva à inarredável conclusão de que os cidadãos comuns interpretam as normas

⁵¹ GARCIA, Maria. A Interpretação da Lei como a Interpretação da Lei pelo Cidadão Comum. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 52, p. 106, jul./set. 2005.

⁵² GARCIA, op. cit., p. 107.

⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 199.

jurídicas no horizonte do agir e do vivenciar. As experiências imanentes às categorias do direito não ocorrem de forma autômata pelos membros do corpo social e pressupõem, no mínimo, um processo abreviado de interpretação jurídica, *ainda que sem o manejo consciente ou consistente dos métodos hermenêuticos.*

A necessidade do método em matéria de interpretação jurídica decorre, muitas vezes, do problema da linguagem técnica e fechada adotada por muitas leis, o que pode dificultar o processo de sua inteligibilidade pelo cidadão comum, conforme retrataremos no item 2.5 *infra*.

Inocência Mártires Coelho sustenta a necessidade de um grau mínimo de compreensibilidade geral do sistema jurídico, pois o direito é uma coisa que interessa a todos e a adoção de uma linguagem comum por parte do legislador possibilitará aos destinatários das leis o entendimento acerca de suas ordens e instruções.⁵⁴ À vista da natureza da maioria dos seus destinatários, abordaremos no item 2.5 a temática atinente à necessidade de uma linguagem compreensível por parte das normas jurídicas.

O ilustre Professor José Geraldo de Sousa Jr. faz uma importante advertência que será retomada no Capítulo 05 “Condições para a efetividade do caráter democrático do Poder Judiciário”, consubstanciada no fechamento democrático do Poder Judiciário, “na medida em que o seu conceito de acesso mina possibilidades de participação popular na interpretação de direitos”⁵⁵

Sobre a questão metodológico-científica da hermenêutica jurídica, Peter Häberle faz um importante esclarecimento prévio sobre a tese da Sociedade Aberta dos Intérpretes, dando conta de que existe um conceito estrito de interpretação, o qual se restringe à “atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma [de um texto]”, sendo-lhe imanente o manejo do método. O grande constitucionalista alemão adverte, contudo, que para “uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica”, alargando-se o seu raio de ação

⁵⁴ COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 42-43.

⁵⁵ SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. Por uma concepção alargada de Acesso à Justiça. *Revista Jurídica* Brasília, v. 10, n. 90. Ed. Esp. p. 01-14. abr./maio 2008. Disponível em: <www.Planalto.gov.br/revistajurídica>. p. 7.

para abranger o cidadão e outras “potências públicas”, pois “representam forças produtivas de interpretação” e, por isso, são “intérpretes constitucionais em sentido lato”.⁵⁶

Se, por um lado, boa parte da população ao interpretar as normas jurídicas o faz sem uma metodologia organizada e conscientemente direcionada, também é verdade que uma gama considerável de cidadãos, diretamente ou por intermédio de entidades representativas, adotam, ao revés, procedimentos hermenêuticos consistentes e com metodologia pré-direcionada, muitas vezes com mais habilidade do que a generalidade dos profissionais do direito, seja pela notória experiência adquirida pelo *vivenciar a realidade das normas interpretadas*, seja em face de uma especialização adquirida pelo exercício de determinadas funções públicas ou atividades privadas.

Sindicalistas experientes e ambientalistas engajados, ainda que sem formação jurídica, normalmente dominam aspectos legais ligados à liberdade de associação sindical e às categorias dogmáticas do direito ambiental. Um agente estatal sem formação jurídica que se dedicou durante toda uma vida à carreira militar, normalmente reúne condições técnicas e um arcabouço de experiências que o credenciará a interpretar e aplicar o direito castrense com muito mais manejo e razoabilidade do que profissionais jurídicos sem vivência e específicos conhecimentos nessa área.

Stephen Golub, um dos coordenadores dos projetos de promoção e defesa de direitos apoiados pela Fundação Ford no mundo, aborda os relevantes trabalhos realizados por profissionais paralegais, que são leigos que desenvolvem atividades jurídicas comunitárias em vários países como Quênia, Namíbia e África do Sul⁵⁷ Por sua relevância, a contribuição dos paralegais será examinada no item 2.4.2.

No próximo tópico examinaremos dois paradigmas da hermenêutica jurídica popular (direito ambiental e direitos humanos). Antes, porém, não

⁵⁶ HÄBERLE, op. cit., p. 14.

⁵⁷ GOLUP, Stephen. Paralegais como Apoio Jurídico para suas Comunidades. In: GOLUB, Stephen; McCLYMONT, Mary (Coords.). *Caminhos para a Justiça: Projetos de Promoção e Defesa de Direitos Apoiados pela Fundação Ford no Mundo*. Rio de Janeiro: Renovar: Fundação Ford, 2003.

podemos deixar de fazer menção à pioneira criação do Observatório da Jurisdição Constitucional no sítio virtual do Instituto Brasiliense de Direito Público, o qual trará inestimável colaboração em prol do processo de democratização da hermenêutica constitucional, a partir da participação dos componentes da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cuja página inicial traz a seguinte informação:

O **Observatório da Jurisdição Constitucional**, do Instituto Brasiliense de Direito Público, constitui um espaço aberto à comunidade de intérpretes da Constituição. A interpretação constitucional não é tarefa cometida apenas aos juízes, e muito menos está restrita às Cortes Constitucionais. Todo aquele que vive a Constituição é, em verdade, seu legítimo intérprete. A democratização do processo interpretativo torna impensável uma hermenêutica da Constituição sem a participação do cidadão ativo e da esfera pública pluralista⁵⁸ (grifo nosso)

2.4 PARADIGMAS DE HERMENÊUTICA POPULAR DO DIREITO

2.4.1 *Hermenêutica popular do direito ambiental*

Existem ramos do direito cuja realização prática é tão importante que a Constituição proclama mecanismos conducentes à atuação interpretativa dos cidadãos como elemento indispensável para sua efetividade.

O direito ambiental afigura-se como um eloqüente exemplo, tendo em vista que um meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida e a sua preservação por todos é uma condição para a sobrevivência do próprio planeta [salvaguarda constitucional das futuras gerações – CF/88, art. 225, *caput*]. Tanto que a Constituição do Brasil prescreve no parágrafo 1º. Que “para assegurar a *efetividade* desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

⁵⁸ OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007-. Anual. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/index>>. Acesso em: 14 nov. 2008.

Muitos ambientalistas, ainda que sem formação jurídica, desempenham um papel fundamental para a efetividade do direito ambiental. As lutas travadas em prol da defesa e da preservação do meio ambiente, via atuação engajada e corajosa em locais de sangrentos conflitos, não raro custam a própria vida desses verdadeiros “conformadores da realidade constitucional”, como no caso de Chico Mendes.

Artistas e compositores da música popular brasileira fazem um importante trabalho de divulgação e de conscientização popular da causa e do direito ambiental, como Vital Farias, em sua educativa composição “Saga da Amazônia”⁵⁹ e Sá e Guarabyra, na profética poesia ambiental e clássico da Música Popular Brasileira “Sobradinho”.⁶⁰

⁵⁹ **Saga Da Amazônia - Geraldo Azevedo**

Composição: Vital Farias

Toda Mata Tem Caipora Para A Mata Vigiar
Veio Caipora De Fora Para A Mata Definhar
E Trouxe Dragão-de-ferro, Prá Comer Muita Madeira
E Trouxe Em Estilo Gigante, Prá Acabar Com A Capoeira.

Fizeram Logo O Projeto Sem Ninguém Testemunhar
Prá O Dragão Cortar Madeira E Toda Mata Derrubar:
Se A Floresta Meu Amigo Tivesse Pé Prá Andar
Eu Garanto Meu Amigo, Com O Perigo Não Tinha Ficado Lá.

O Que Se Corta Em Segundos Gasta Tempo Prá Vingiar
E O Fruto Que Dá No Cacho Prá Gente Se Alimentar??
Depois Tem Passarinho, Tem O Ninho, Tem O Ar
Icarapé, Rio Abaixo, Tem Riacho E Esse Rio Que É Um Mar.

Mas O Dragão Continua A Floresta Devorar
E Quem Habita Essa Mata Prá Onde Vai Se Mudar??
Corre Índio, Seringueiro, Preguiça, Tamanduá
Tartaruga, Pé Ligeiro, Corre-corre Tribo Dos Kamaiura

No Lugar Que Havia Mata, Hoje Há Perseguição
Grileiro Mata Posseiro Só Prá Lhe Roubar Seu Chão
Castanheiro, Seringueiro Já Viraram Até Peão
Afora Os Que Já Morreram Como Ave-de-arribação
Zé Da Nana Tá De Prova, Naquele Lugar Tem Cova
Gente Enterrada No Chão:

Pois Mataram Índio Que Matou Grileiro Que Matou Posseiro
Disse Um Castanheiro Para Um Seringueiro Que Um Estrangeiro
Roubou Seu Lugar

⁶⁰ **Sobradinho - Sá e Guarabyra**

Composição: Sá e Guarabyra

O Homem Chega, Já Disfaz A Natureza

A linguagem cinematográfica de penetração mundial e de índole informativa também tem prestado um relevante papel na interpretação do direito ambiental e na conscientização popular em prol da defesa e da preservação do meio ambiente. O documentário “Uma Verdade Inconveniente”, de Al Gore, é um exemplo bem sucedido de divulgação global da causa ambiental e de interpretação do direito do ambiente e o seu conteúdo instigante e profundo tem despertado o interesse acadêmico no contexto da disciplina direito ambiental, até em nível de pós-graduação *stricto sensu*.⁶¹

Leonardo Boff, no contexto da necessidade de uma ética eco-centrada em nível planetário, invoca os princípios ambientais fundamentais consignados na “Carta da Terra” como um roteiro prático de significado duradouro e, de forma similar à Declaração Universal dos Direitos Humanos, sustenta que tal documento solene da ONU está sendo utilizado como um código universal de conduta no sentido de guiar os povos na direção de um futuro ecologicamente sustentável.⁶²

Édis Milaré acentua que a comunidade, através de instituições, movimentos populares e organizações intermediárias, envolvem-se cada vez

Tira Gente, Põe Represa, Diz Que Tudo Vai Mudar
 O São Francisco Lá Pra Cima Da Bahia
 Diz Que Dia Menos Dia Vai Subir Bem Devagar
 E Passo A Passo Vai Cumprindo A Professia Do Beato Que Dizia
 Que O Sertão Ia Alagar
 O Sertão Vai Virar Mar, Dá No Coração
 O Medo Que Algum Dia O Mar Também Vire Sertão
 Vai Virar Mar, Da No Coração
 O Medo Que Algum Dia O Mar Também Vire Sertão

Adeus Remanso, Casa Nova, Sento-sé
 Adeus Pilão Arcado Vem O Rio Te Engolir
 Debaixo D'água Lá Se Vai A Vida Inteira
 Por Cima Da Cachoeira O Gaiola Vai, Vai Subir
 Vai Ter Barragem No Salto Do Sobradinho
 E O Povo Vai-se Embora Com Medo De Se Afogar.

Remanso, Casa Nova, Sento-sé
 Pilão Arcado, Sobradinho
 Adeus, Adeus ...

⁶¹ O ilustre Professor Paulo José Leite Farias, em sua disciplina de Direito Ambiental do Programa de Mestrado do Instituto Brasileiro de Direito Público, utilizou o mencionado documentário de Al Gore como ferramenta pedagógica e de férteis debates no contexto de sua disciplina. UMA VERDADE inconveniente. Intérprete: Al Gore. Direção de Davis Guggenheim. Produção: Lawrence Bender; Laurie David; Lesley Chilcott; Scott Z. Burns. EUA: Paramount Home Entertainment, 2006. 100 min.

⁶² BOFF, op. cit., p. 93-94.

mais com a problemática ambiental e tal circunstância é uma decorrência do amadurecimento político das instituições e dos cidadãos em geral. O grande nome do direito ambiental brasileiro faz uma afirmação muito importante dentro das perspectivas teóricas traçadas em nossa linha de estudo: "Nenhum processo político-administrativo pode ser desencadeado sem a participação comunitária se quiser obter legitimidade e eficácia."⁶³

A pesquisa encomendada pelo Ministério do Meio Ambiente ao IBOPE/SER, realizada em janeiro de 1997 com duas mil pessoas, ainda que aponte dados preocupantes no sentido da necessidade de ampliação do nível de informação dos brasileiros sobre o meio ambiente, revelou uma tendência de seu crescimento, principalmente no que concerne a conceitos técnicos de direito ambiental, em que 21% dos entrevistados consideram-se bem informados a respeito da "perda de biodiversidade"; 28% dos entrevistados compreendem o fenômeno da "desertificação de solos" e 48% sabem o que é "efeito estufa".⁶⁴

Edis Milaré destaca três formas de participação e atuação popular em prol do direito do ambiente: i) participação comunitária nos processos de criação do direito do ambiente; ii) participação popular na formulação e execução de políticas ambientais e participação em órgãos colegiados dotados de poderes normativos, como o CONAMA; iii) participação popular através do Poder Judiciário.⁶⁵

Passaremos a fornecer exemplos dos três níveis de participação popular sobre o direito ambiental propostas por Edis Milaré.

A criação legislativa do direito com a participação popular ganhou um colorido especial com a instituição, no âmbito do Congresso Nacional, da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, em cujo raio ocorrem importantes debates com segmentos sociais diversos e suas entidades representativas. Em virtude de sua repercussão no direito ambiental, destacamos a reunião realizada perante a Comissão de Direitos Humanos e

⁶³ MILARÉ. Edis. *Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em Foco*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 184.

⁶⁴ MILARÉ. Edis. *Direito do Ambiente: A Gestão Ambiental em Foco*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Dados divulgados na nota 138 do Título II.

⁶⁵ MILARÉ, op. cit., p 185-187.

Legislação Participativa do Senado Federal para debater o conflito entre o Consórcio CESTE e as populações atingidas pela construção da usina hidroelétrica de Estreito. Dentre outras pessoas e entidades, participaram representantes de associações indígenas, membros do Ministério Público Federal e Senadores da República.⁶⁶

Edis Milaré defende a tese de que a presença de representantes da comunidade, indicados livremente pelas associações civis, nos conselhos e órgãos de defesa do meio ambiente enseja a atuação efetiva na “criação do Direito tutelar ambiental”⁶⁷. É o que ocorre no âmbito do CONAMA, órgão colegiado de âmbito nacional que tem como competência, entre outras, estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais.⁶⁸

O exemplo mais contundente de participação cidadã na tutela jurisdicional do meio ambiente é a previsão constitucional da ação popular, cujo objeto foi ampliado pela Constituição Federal de 1988 [art. 5º, LXXIII] e abrange, expressamente, a anulação de ato lesivo ao meio ambiente.

2.4.2 Hermenêutica popular dos direitos humanos

Talvez em nenhum outro ramo jurídico a interpretação popular assumira uma importância tão nítida quanto na seara dos direitos humanos, em razão de sua própria essência e de suas peculiaridades históricas, políticas, jurídicas e sociais.

⁶⁶ Programa veiculado pela TV Senado no dia 07.05.2008. Dentre outros integrantes da mesa de debates, participaram da reunião: Antônio Veríssimo e Gercília Krao, representantes de associações indígenas; a Excelentíssima Subprocuradora-Geral da República, Dra. Deborah Machado e o excelentíssimo Senador José Nery [PSOL/PA].

⁶⁷ MILARÉ, op. cit., p. 185-186.

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. art. 8º, VII. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 set 1981. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L6938org.htm>>. Acesso em: 07 mar 2008.

Os direitos humanos, sob a nossa ótica, são uma categoria jurídica com fortes ingredientes políticos e a sua afirmação advém, paradoxalmente, de sua negação no campo das realidades sociais refratárias a conquistas históricas da humanidade.

Embora tenhamos consciência da pertinência da crítica levantada por Inocêncio Mártires Coelho no sentido de que os direitos humanos estão situados em um “dos terrenos mais férteis para a demagogia e a superficialidade teórica”⁶⁹, principalmente quando utilizados como instrumentos de mera retórica por governantes e políticos, por outro lado acreditamos nas virtualidades dessa categoria como um dos mecanismos suscetíveis de provocar inúmeras e profundas transformações na realidade social, cultural e jurídica de uma nação a partir de seu manejo hermenêutico pela própria população atingida por um regime de extraordinária negação de direitos.

Marcelo Neves, em profundo estudo crítico sobre os direitos humanos, reconhece a ambivalência de sua força simbólica, a qual, por um lado, aponta para um certo grau de falta de força normativa dos correspondentes atos, discursos, declarações ou textos. Mas o caráter denotativo de declarações, discursos, atos ou textos simbólicos nem sempre serve à manutenção do *status quo* de carência dos respectivos direitos, pois a dimensão simbólica do normativo pode exatamente servir como elemento de superação de situações concretas de negação dos direitos. Em suma, a força simbólica dos direitos humanos pode servir tanto à manutenção de sua carência normativa ou, ao revés, pode conduzir a um processo de mobilização social que contribua para a sua concretização normativa e efetivação. Marcelo Neves, seguindo lição de Friedrich Muller, acentua que “não se estatuem impunemente normas e textos constitucionais que foram concebidos com pré-compreensão insincera. Os textos podem revidar”.⁷⁰

⁶⁹ COELHO, Inocêncio. Sobre a Federalização dos Crimes contra os Direitos Humanos. *Direito Público*, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v.2, n. 8, p. 146, 2005.

⁷⁰ NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, p. 05, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

O discurso dos direitos humanos eclode, ordinariamente, em contextos sócio-políticos de exceção com grande repercussão negativa à imagem do país em que se localizam as respectivas tensões e conflitos.

A maior parte dos direitos humanos está *formalmente* constitucionalizada no Brasil, inclusive por intermédio dos processos de densificação normativa do princípio da dignidade humana operados pela lei e pela jurisprudência.⁷¹ Sob tal prisma, a Constituição os denomina como direitos e garantias individuais ou direitos fundamentais.

Por outro lado, quando a Constituição Federal de 1988 menciona expressamente a categoria “direitos humanos” está se referindo ao Brasil no plano internacional ou à preservação de sua imagem em tal contexto, até mesmo para assegurar a observância de tratados internacionais de que seja parte, como se depreende da leitura do parágrafo 5º do art. 109, que foi acrescentado pela EC 45/2004, que versa sobre a possibilidade de deslocamento da competência para a Justiça Federal nas hipóteses de grave violação de direitos humanos “com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte”.

Inocência Mártires Coelho apesar de formular estudo crítico acerca da inovação constitucional atinente à federalização dos crimes contra os direitos humanos, aduz, no entanto, que o deslocamento de competência estatuído no parágrafo 5º do art. 109 da CF/88, acrescentado pela EC 45/2004, configura mecanismo menos drástico do que a intervenção federal nos Estados-membros para resguardar os direitos da pessoa humana, nos termos do art. 37, VII, *b*, da CF/88.⁷²

⁷¹ O Capítulo 03, item 3.3, versará sobre os processos de densificação normativa dos princípios fundamentais pela jurisprudência.

⁷² Inocência Mártires Coelho, apesar de tecer críticas à EC 45/2004 no que se refere à federalização dos direitos humanos, principalmente no que concerne ao enfraquecimento do princípio federativo e ao desprestígio das instituições estaduais, aponta que os trabalhos constituintes restringiram o alcance inicial da proposição legislativa do deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal apenas aos casos de “grave violação dos direitos humanos”. Destaca a circunstância de que a alteração constitucional sob exame é bem menos agressiva ao princípio federativo do que a previsão constitucional de intervenção federal nos Estados para resguardar os direitos da pessoa humana, fazendo depender essa medida extrema, do provimento, pelo STF, de representação do Procurador-Geral da República. Merece integral registro a seguinte passagem do artigo: “Analisada sob essa

Aliás, a previsão constitucional de intervenção federal para resguardar a observância dos direitos humanos parece justificar a tese segundo a qual tal categoria jurídico-política está indissociavelmente ligada à idéia de um extraordinário quadro social de negação ou exclusão de direitos.

Assim, dentro das perspectivas ora lançadas, a hermenêutica popular dos direitos humanos é fundamental, eis que a sua violação ocorre em contextos sociais que buscam legitimar, fática ou até mesmo do ponto de vista legal, estruturas estatais ou sociais refratárias à observância de conquistas jurídicas históricas, decorrentes de regimes ditatoriais, de singular desigualdade sócio-econômica ou de marcantes instabilidades institucionais. Por isso que no contexto de regimes militares, em grandes favelas ou em presídios mal administrados, o discurso dos direitos humanos ecoa com mais força do que em locais onde vicejam um estado menos insatisfatório de normalidade democrático-constitucional.

Em suma, a idéia de direitos humanos está intimamente ligada à necessidade de inclusão jurídica, conforme, aliás, argutamente observou Marcelo Neves no seu mencionado estudo, *in verbis*:

Podem-se definir os direitos humanos, nessa perspectiva, como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade [mundial] e, portanto, acesso universal ao direito enquanto subsistema social [autônomo]. Ao passo que, no conceito de justiça, a noção de igualdade assume o primeiro plano, no conceito de direitos humanos é a idéia de *inclusão jurídica* como acesso ao direito que é central, embora não só a primeira pressuponha a segunda, como esta se orienta no sentido daquela. A exclusão jurídica de amplos grupos humanos apresenta-se exatamente como a dimensão negadora dos direitos humanos, que, paradoxalmente, fortifica a sua semântica e também as expectativas normativas correspondentes.⁷³

perspectiva, pode-se dizer que, apesar do seu vício de concepção – que apontaremos mais adiante – essa fórmula intermediária acabará funcionando como indutora de equilíbrio, na medida em que, podendo o mais, que é pedir a intervenção federal, porém dispendo igualmente do menos, que a tanto equivale à prerrogativa de suscitar o incidente de deslocamento de competência, o Chefe do Ministério Público da União, certamente, optará pelo procedimento que menos agrida o organismo federativo.” COELHO, Inocência. Sobre a Federalização dos Crimes contra os Direitos Humanos. *Direito Público*, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v.2, n. 8, p. 148-149, 2005.

⁷³ NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, p. 08, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

Em tais circunstâncias, principalmente diante de regimes ditatoriais e de estruturas legais legitimadoras desses retrocessos jurídicos, os intérpretes e aplicadores oficiais do sistema sofrem um grau significativo de restrição no exercício de suas funções, muitos dos quais, não raro, são objeto de perseguições políticas. Daí a razão pela qual se avulta o papel do cidadão como elemento de singular importância para o processo de concretização e de afirmação dos direitos humanos.

Exemplo marcante de conduta estatal que buscou legitimar legalmente estrutura refratária à observância de conquistas jurídicas históricas foi o regime do *apartheid* instalado na África do Sul.

Neste último país, os paralegais [item 2.3 *supra*], segundo Stephen Golub, desenvolveram um importante trabalho adaptado do modelo americano de *Street Law* em prol de jovens que lidavam com as situações brutais de repressão do *apartheid*, a partir de encenações teatrais e outros elementos inovadores para ensinar a seu público questões legais encontradas na vida cotidiana. O programa também incluiu leis internacionais de direitos humanos, que eram destoantes numa sociedade cujo sistema jurídico buscou legitimar o racismo.⁷⁴

Stephen Golub, em outro artigo, demonstra a fundamental importância que a educação jurídica da população sul-africana exerceu como forma de efetivo combate ao *apartheid*, inclusive por intermédio dos escritórios de assistência jurídica, tendo como um dos objetivos primordiais, além da educação jurídica popular, o estímulo e a ampliação do número de profissionais jurídicos negros.⁷⁵

Os direitos humanos, principalmente as liberdades públicas, foram amplamente debatidos no Brasil no período do regime militar implantado a partir de 1964 e o cerceamento das liberdades políticas culminaram com o movimento popular das "Diretas Já".

⁷⁴ GOLUB, Stephen. Paralegais como Apoio Jurídico para suas Comunidades. In: GOLUB, Stephen; McCLYMONT, Mary (Coords.). *Caminhos para a Justiça: Projetos de Promoção e Defesa de Direitos Apoiados pela Fundação Ford no Mundo*. Rio de Janeiro: Renovar: Fundação Ford, 2003.

⁷⁵ GOLUB, Stephen. Combatendo o Apartheid, Construindo uma Nova África do Sul, op. cit., p. 50.

Exemplos de hermenêutica popular dos direitos humanos sobejam a partir de uma importante publicação levada a efeito pelo Ministério da Justiça [Secretaria de Direitos Humanos], pela UNESCO e pela Universidade de São Paulo intitulada “Direitos Humanos no Cotidiano”. Em realidade, o referido manual, que analisa, interpreta e aponta vivências concretas da população em relação a cada um dos dispositivos articulados da Declaração Universal dos Direitos Humanos afigura-se como uma verdadeira “sociedade aberta dos intérpretes dos direitos humanos”, pois conforme nota prévia da Coordenação Geral, contribuíram para a confecção do seu conteúdo, além dos profissionais jurídicos:

[...] jovens e idosos, portadores de deficiência, representantes de diferentes etnias e religiões, diferentes posições políticas, diferentes regiões do Brasil. Artistas, representantes das diversas linguagens, manifestações e expressões [...] Personalidades de diversos campos de atuação social.

Aliás, é muito interessante notar que cada capítulo da mencionada obra tem por objeto a análise e a interpretação de cada um dos artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos a partir de um “olhar artístico”, como o de Athos Bulcão, Chico Buarque de Hollanda e Rubem Fonseca; da contribuição e da experiência de instituições como “Anistia Internacional”, “Juizes para a Democracia” e “Sociedade Viva Cazuza”; da contribuição da visão humanística dos indígenas e, finalmente, um espaço aberto dedicado à interpretação do cidadão-leitor do manual em questão. De tal sorte que no seu prefácio consta que “nela estão expressos os valores inerentes aos direitos humanos por meio da arte, da palavra e da ação de pessoas de grande talento artístico, detentoras de forte sentimento de responsabilidade social”.⁷⁶

Aspecto de real significado do manual é a conclamação de todos os partícipes dos direitos humanos à leitura da legislação regente de seu conteúdo e de sua regulamentação. No contexto da análise das vivências cotidianas do art. 9º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”, o manual exorta os leitores a “conhecer a legislação referente à proteção de todo cidadão contra o arbítrio e

⁷⁶ O prefácio do manual “Direitos Humanos no Cotidiano” foi elaborado pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. *Direitos Humanos no Cotidiano*: manual. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001.

procurar desenvolver meios de informar outras pessoas a respeito. Afixar cópias de legislação em murais de escolas, de igrejas, de repartições públicas, no interior de transportes coletivos, nos locais destinados a anúncios, etc.”⁷⁷

Por fim, cumpre invocar um dado significativamente relevante de recente pesquisa de opinião que foi encomendada pela Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República, realizada pela Criterium Avaliação de Políticas Públicas, no sentido de que a família, antes do Estado, foi apontada como o principal fator para a garantia dos direitos humanos, numa demonstração insofismável de que a hermenêutica popular é essencial para a efetividade social dos direitos da pessoa humana.⁷⁸

2.5 O PROBLEMA DA HERMENÊUTICA POPULAR DO DIREITO DIANTE DA LINGUAGEM TÉCNICA DA CONSTITUIÇÃO

Pelo papel de destaque que ocupa no cenário normativo moderno e na condição de fonte-matriz de todos os direitos contemplados no ordenamento jurídico, a Constituição, inegavelmente, deve adotar uma linguagem acessível, clara e objetiva, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais, até mesmo para facilitar o seu entendimento social e o conseqüente processo de compatibilização das condutas dos cidadãos em face dos enunciados magnos.

Ana Cândida de Mello Carvalho Mukai, em interessante trabalho sobre a linguagem da Constituição como via de acesso ao seu conteúdo pelos cidadãos, faz uma importante advertência quanto à importância dessa temática para a concretização da cidadania, nestes termos:

Estudar a linguagem da Constituição tomando a inteligibilidade desta pelo povo [em contraposição à linguagem técnica do direito] como pressuposto do exercício dos direitos e deveres nela consubstanciados é, de certa forma, estudar e perquirir acerca da

⁷⁷ In: *Direitos Humanos no Cotidiano*: manual. [prefácio de Fernando Henrique Cardoso]. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado de Direitos Humanos, 2001. p. 109.

⁷⁸ PINHO, Ângela. Direitos humanos dependem mais da família, diz brasileiro. *Folha OnLine*, São Paulo, 12 dez. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u478443.shtml>>. Acesso em: 13 dez. 2008.

própria efetividade da cidadania e do Estado Democrático de Direito.⁷⁹

Com apoio na lição de Celso Ribeiro Bastos, segundo a qual “Em certo sentido, pode-se afirmar que a Constituição não tolera o vocabulário técnico”, Ana Cândida de Mello faz uma importante observação no sentido de que é praticamente inadmissível a utilização de linguagem estritamente científica para estabelecer comandos normativos que deverão ser compreendidos e cumpridos por toda uma sociedade. Uma linguagem hermética e demasiadamente científica distancia – e pode até mesmo isolar – o direito do seu destinatário final, o povo e a sociedade como um todo.⁸⁰

Inocência Mártires Coelho, depois de abordar a lição de Karl Larenz quanto à prevalência do significado emergente da linguagem técnica adotada em alguns enunciados normativos, partindo-se da premissa de que o legislador a adotou intencionalmente, visto que os objetivos legais poderiam não ser alcançados a partir da linguagem vulgar, adverte que:

Ainda assim, como o direito é uma coisa que interessa a todos e, por isso, não pode renunciar a um mínimo de compreensibilidade geral, mesmo essa linguagem técnica, para se tornar acessível, deve apoiar-se na linguagem comum – uma espécie de *esparanto* jurídico – a fim de que os destinatários das leis, entendendo as suas ordens, possam guiar-se por elas e delas receber instrução.⁸¹

Ora, não existe democracia sem consciência democrática, assim como não existe consciência democrática sem o prévio conhecimento por parte dos cidadãos dos direitos e das garantias inscritas na própria Constituição. Por isso mesmo, o art. 64 do ADCT prescreve os meios e as condições para que “cada cidadão brasileiro possa receber um do Estado um exemplar da Constituição do Brasil.”

Sem embargo do esforço da Constituição cidadã, o dispositivo constitucional em tela, além de não ter sido formalmente implementado, até mesmo diante das naturais dificuldades materiais em se distribuir exemplares

79 MUKAI, Ana Cândida de Mello Carvalho. Breve estudo sobre a linguagem da Constituição: a linguagem como via de acesso ao conteúdo da Constituição pelos cidadãos. *Revista de direito constitucional e internacional*, v. 16, n. 62, p. 12-13, jan./mar., 2008.

⁸⁰ MUKAI, op. cit., p. 19.

⁸¹ COELHO, op. cit. p. 42-43.

atualizados da Constituição a milhões de brasileiros, depende de pesados investimentos em educação jurídica popular como condição de efetividade dos desígnios magnos da regra constitucional transitória.

Entendemos, assim, que a compreensibilidade popular das normas jurídicas, principalmente das que estão contempladas em linguagem técnica na Constituição Federal, está intimamente ligada ao problema de investimentos na área de educação, pois um dos seus principais objetivos, segundo o art. 205 da CF/88, é o preparo das pessoas para o exercício da cidadania. Da educação em geral destacamos, por seu singular relevo aos desígnios magnos do atual sistema constitucional brasileiro, a importância da educação jurídica popular, como instrumento imprescindível para a outorga de efetividade aos cânones da democracia participativa tão caros ao constituinte de 1988.

3 O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO POPULAR-JUDICIAL DOS DIREITOS E O FENÔMENO DA LEGALIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

3.1 A JURISPRUDÊNCIA COMO O GRANDE LABORATÓRIO SOCIAL DA DIALETICIDADE DA EXPERIÊNCIA JURÍDICA

Até a presente altura de nossas reflexões, constatamos que o novo desenho constitucional brasileiro instaurado pela Constituição Federal de 1988, ao menos em linha teórica, erige os cidadãos em geral ao patamar magno de verdadeiros protagonistas e partícipes dos processos decisórios inerentes à vida pública, com a instituição de inúmeros mecanismos conducentes à efetividade da cidadania (Capítulo 02, item 2.3).

Abordamos também o relevante papel dos cidadãos como um dos maiores responsáveis pela (re)construção do sistema jurídico a partir das vivências cotidianas do direito e na qualidade de destinatários e de intérpretes diretos das leis e da Constituição.

De qualquer sorte, conforme apontamos no Capítulo 01, a configuração do cidadão como fator real de poder ou como fragmento eficaz da Constituição é suscetível de ganhar maiores coloridos de efetividade a partir da função jurisdicional do Estado em face de suas peculiaridades (inércia da jurisdição, papel meramente representativo dos profissionais jurídicos que atuam na esfera jurisdicional, ampla descentralização geográfica, caráter essencialmente participativo e aberto do processo judicial, pluralidade de partícipes da relação processual, etc).

É que as interpretações do direito levadas a efeito no âmbito jurisdicional, desde que consagradas pelo órgão julgador, têm força coativa e, a depender do grau de vinculatividade, operam mudanças no campo oficial-legal, desde um micro-cosmos jurídico, como uma sentença prolatada em processo subjetivo (regra jurídica concreta e individual), ampliando-se sua abrangência em sede de processos coletivos (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) e assumindo uma maior dimensão com a jurisprudência (reiteração de julgados no mesmo sentido) até a sua expressão máxima por

intermédio de sua consagração pelo Supremo Tribunal Federal, que pode, inclusive, emprestar vinculatividade geral aos seus julgados (súmulas vinculantes).

As decisões judiciais, dessa forma, assumem um especial relevo no contexto do presente estudo, em especial a jurisprudência, dado o seu caráter conformador da realidade social, de sua abrangência e do seu papel inovador da ordem jurídica estatal, conforme veremos no curso do presente capítulo.

O professor da Universidade de Brasília José Pereira-Lira, em sua “apresentação escusada” consignada como prefácio da obra “Direito Sumular” de Roberto Rosas, invocando os legados deixados pela Escola Realista Americana, principalmente a partir dos trabalhos de Oliver Wendell Holmes, anotou que “deve o jurista, antes de tudo, observar o comportamento dos juízes, dos Tribunais e dos cidadãos, para examinar a sua atividade no sentido do que fazem, e não do que deveriam fazer.” De tal sorte, que o ilustre docente afirma que a invocada lição o levou “a inscrever, no pórtico do ‘Laboratório de Jurisprudência’, na Universidade de Brasília: ‘A Lei é o Direito prometido; a Jurisprudência, o Direito realizado’”.⁸²

Importa registrar que o principal aspecto da jurisprudência não reside, necessariamente, na sua dimensão inovadora do mundo jurídico, mas, sobretudo, na forma dialética e participativa pela qual tal inovação é implementada, conforme abordaremos no último item deste Capítulo (“Os Aspectos Essenciais da Construção Jurisprudencial” – item 3.6 *infra*). Muitos regulamentos e atos administrativos normativos do Poder Executivo e de seus desdobramentos autárquicos e fundacionais, principalmente os de natureza organizativa e regimental, criam direitos e inovam na seara jurídica, mas não são implementados com a participação dos administrados, o que lhes confere alto grau de déficit democrático, principalmente quando são expedidos por autoridades administrativas não eleitas pelo povo.

É sob tais diretrizes que, no presente capítulo, serão examinados o significado, as características, o papel e a importância da jurisprudência como modelo jurídico e como fonte do direito. Depois abordaremos o processo de

⁸² ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. Prefácio de José Pereira-Lira. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 08.

construção social da jurisprudência e de sua conexão dialética com a hermenêutica popular do direito, pois os cidadãos, sob o influxo dos conflitos sociais, em cujo âmago reside o termômetro indicativo das mudanças do mundo jurídico, ao mesmo tempo em que vivenciam, interpretam e recriam as categorias jurídicas no campo da realidade social, irão também fornecer os elementos necessários aos profissionais jurídicos para a sua transformação no âmbito estatal, inclusive no plano legislativo (legalização da jurisprudência), por intermédio da função jurisdicional.

Assim, tentaremos demonstrar que a jurisprudência configura o grande laboratório da dialeticidade da experiência jurídica.

3.2 A DIALETICIDADE DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE A FUNÇÃO LEGISLATIVO-NORMATIVA E A FUNÇÃO JURISDICIONAL

Sob a inestimável influência de Miguel Reale e de Inocêncio Mártires Coelho, dedicaremos especial atenção a um aspecto singularmente importante para o desenvolvimento de nossas reflexões, ou seja, o papel que a jurisprudência desempenha no âmbito do sistema jurídico-normativo e no campo político-social.

Diante de tal enfoque, a jurisprudência ostenta um caráter de complementaridade da ordem jurídico-normativa. A complementaridade, aqui retratada, não se reporta tão-só à necessidade de completude do ordenamento jurídico em razão de situações lacunosas. A complementaridade da jurisprudência, de viés dialético, hermenêutico-criativo e sob o pressuposto da dinâmica dos conflitos sociais diante do direito, diz respeito à continuidade do procedimento complexo de efetividade das normas jurídicas, iniciado, no caso das leis, pelo processo legislativo indo até o colorido de sua aplicação jurisdicional.

Inocêncio Mártires Coelho preleciona que não existe interpretação sem intérprete e o conhecimento do objeto jamais é igual ao objeto do conhecimento, então, é de se admitir, pelo menos no plano gnosiológico, que o

conhecer e o criar não são atos contrapostos e sim complementares.⁸³ Seguindo lição de Radbruch, Inocêncio registra que “a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro.”⁸⁴

Miguel Reale destaca a circunstância de que somente a dialética de complementaridade, com vigência crescente no pensamento contemporâneo, logra explicar a correlação existente entre fenômenos que se sucedem no tempo, em função de elementos e valores que ora contrapostamente se polarizam, ora mutuamente se implicam, ora se ligam segundo certos esquemas ou perspectivas conjunturais, em função de variáveis circunstâncias de lugar e de tempo. O que distingue, pois, a dialética de complementaridade é que, nela, seus fatores se mantêm distintos uns dos outros, sem se reduzirem ou se identificarem a qualquer deles, sendo múltiplas as hipóteses desse correlacionamento ao longo do processo.⁸⁵ Em outra passagem, o mestre paulista ensina que a exigência trina de validade (vigência) de eficácia (efetividade) e de fundamento (motivação axiológica) milita em favor da compreensão da vida jurídica em termos de modelos jurídicos, desde a instauração da fonte normativa até a sua aplicação, passando pelo momento de interpretação, pois o ato hermenêutico é o laço de comunicação ou de mediação entre validade e eficácia.⁸⁶

O processo de aplicação do direito é tão relevante que Inocêncio Mártires Coelho chega a afirmar que “as regras de direito só entram em vigor no momento de sua aplicação”.⁸⁷ Depois de invocar a afirmação de Peter

⁸³ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 03.

⁸⁴ COELHO, op. cit., p. 15.

⁸⁵ REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 80.

⁸⁶ REALE, op. cit., p. 33.

⁸⁷ Op. cit., p. 28. Para melhor contextualizar o pensamento de Inocêncio Mártires Coelho, transcrevemos a seguinte passagem alumiada de seu grande legado de hermenêutica jurídica: “as regras de direito só entram em vigor no momento de sua aplicação, porque só então é que se aperfeiçoam os modelos jurídicos, pela fusão dialética do que neles é norma e situação normada, preceito e realidade, horizonte de produção e horizonte de aplicação do direito; em suma, naquele momento em que, num metafórico balançar de olhos entre o programa normativo e o âmbito normativo, o intérprete-aplicador estende uma ponte sobre o abismo que separa o seu mundo do mundo do legislador histórico, de modo a trazer o texto para o presente, para a situação hermenêutica – aqui e agora – em que ele há de ser aplicado.”

Häberle de que “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”, Inocêncio Mártires Coelho reconhece o caráter pioneiro, entre nós, do pensamento de Miguel Reale acerca do assunto: “o direito é norma e situação normada” e que “a norma é a sua interpretação”.⁸⁸ Nessa perspectiva, pode-se dizer que as regras de direito só entram em vigor no momento de sua concretização pelo intérprete-aplicador, porque só então é que se aperfeiçoam os modelos jurídicos pela fusão dialética do que neles é norma e situação normada, preceito e realidade.⁸⁹ Ricardo Lobo Torres, na linha do pensamento de Josef Esser, afirma que “a lei é a retroinformação do processo de aplicação”.⁹⁰

É célebre a frase de Montesquieu: “Quando vou a um país não procuro saber se as leis são boas ou más, mas se elas são aplicadas, pois boas leis há por toda parte.”⁹¹

A Constituição dos Estados Unidos, que se resume em poucas linhas genéricas, em realidade, é fruto do trabalho diuturno de seus intérpretes e dos órgãos aplicadores, que lhe emprestam sentido, atualidade histórica e efetividade social.⁹²

Uma importante contribuição para a dialeticidade da complementaridade, no contexto da interdependência dos métodos de interpretação e da necessidade de racionalidade no processo da produção e da

⁸⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. As Idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 137, p. 159, jan./mar. 1998.

⁸⁹ COELHO, op. cit., p. 43.

⁹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. A integração entre a lei e a jurisprudência em matéria tributária. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 03, p. 18, abr./jun. 1993.

⁹¹ MONTESQUIEU, Barão de. *O Espírito das Leis*. Livro V, Capítulo II. 2. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995. p. 127.

⁹² Inocêncio Mártires Coelho transcreve uma memorável passagem doutrinária de Alexander Pekelis acerca da natureza aberta e sintética da Constituição dos Estados Unidos em função do relevante papel desempenhado pelos órgãos aplicadores, nestes termos: “Devemos recordar em certo sentido os Estados Unidos não têm uma Constituição escrita. As grandes cláusulas da Constituição americana, assim como as disposições mais importantes das nossas leis fundamentais, não contêm senão um apelo à honestidade e à prudência daqueles a quem é confiada a responsabilidade de sua aplicação. Dizer que a compensação deve ser justa; que a proteção da lei de ser igual; que as penas não devem ser nem cruéis nem inusitadas; que as cauções e as multas não devem ser excessivas; que as investigações ou as detenções não devem ser motivadas; e que a privação da vida, da liberdade ou da propriedade não se pode determinar sem o devido processo legal, tudo isso outra coisa não é senão autorizar a criação judicial do direito, e da própria Constituição, pois a tanto equivale deixar que os juizes definam o que seja cruel, razoável, excessivo, devido ou talvez igual.” COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 08.

aplicação do direito, é fornecida por Inocêncio Mártires Coelho, a partir de sua leitura do art. 4.1 do Código Civil Espanhol.⁹³ Por sua importância, merece ser transcrito o seguinte excerto:

Em síntese, interdependência e complementaridade, sob a mesma e necessária racionalidade, não apenas entre os diferentes métodos, momentos ou espécies de interpretação, mas também entre legislação e jurisdição, entre produção e aplicação do direito.⁹⁴

Ricardo Lobo Torres, em valioso artigo⁹⁵ que será examinado nos próximos tópicos, desenvolve interessante pesquisa em torno da integração entre a lei e a jurisprudência. O referido autor ensina que o processo de concretude do direito é um trabalho conjunto dos poderes do Estado dentro de uma complexa relação dialética entre as funções executivo-regulamentar, legislativa e jurisdicional. O controle de constitucionalidade das leis e o controle de legalidade dos atos da Administração Pública transformam o Judiciário no centro do equilíbrio entre os Poderes. Embora o campo de suas investigações se restrinja ao direito tributário, entendemos que as conclusões do estudo de Ricardo Lobo Torres, apoiado nas inestimáveis lições de Arthur Kaufmann⁹⁶, é plenamente aplicável a quaisquer dos seguimentos jurídicos.

A partir dessas preciosas luzes teóricas, constata-se que o caráter inovador da jurisprudência decorre da dialeticidade de complementaridade entre a função legislativa e a função jurisdicional ou entre a função normativa⁹⁷

⁹³ Inocêncio Mártires Coelho consigna que o art. 4.1 do Código Civil Espanhol "determina que as normas se interpretem segundo o sentido próprio de suas palavras, em relação com o contexto, os antecedentes históricos e legislativos e a realidade social do tempo em que devam ser aplicadas, atendendo-se, fundamentalmente, ao espírito e finalidade, regra hermenêutica que se completa com a previsão, no mesmo artigo, de que na aplicação dessas normas também se use a equidade, embora com a restrição de que decisões fundadas exclusivamente nesse critério dependem de expressa autorização legal". (COELHO, 2007, p. 48).

⁹⁴ COELHO, op. cit., p. 48-49.

⁹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A integração entre a lei e a jurisprudência em matéria tributária. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 03, p. 09, abr./jun. 1993.

⁹⁶ Ricardo Lobo Torres preleciona, na esteira do pensamento de Kaufmann, que "a decisão do caso concreto (*Rechtsentscheidung*), que é a correspondência do ser (*Sein*) e do dever ser (*Sollen*) na situação concreta e individual, representa a etapa final do processo de concretização do direito (*Rechtsverwirklichung*), em que se busca, pela legislação e jurisprudência, a correspondência entre a idéia do direito (*Rechtsidee*) e a norma (*Rechtsnorm*), de um lado, no plano do *Sollen*, e as relações de vida (*Lebenssachverhalt*), possíveis ou efetivas, de outro lado, ou seja, no plano do *Sein*." (LASSALE, 1988, p. 17).

⁹⁷ A função normativa é uma expressão cujo conceito é mais amplo do que a expressão função legislativa, tendo em vista que esta se restringe aos atos normativos primários oriundos, em regra, do Poder Legislativo e, excepcionalmente, do Poder Executivo (medidas provisórias e leis delegadas), e aquela abarca também atos normativos derivados, como os regulamentos, instruções normativas, regimentos, portarias, instruções e decisões administrativas em geral

e a função jurisdicional. Mais adiante (item 3.5 *infra*), examinaremos os diversos e interessantes fenômenos resultantes da dialeticidade de complementaridade entre as funções legislativa e jurisdicional, tais como a legalização da jurisprudência, a contraposição legislativa da jurisprudência, a inibição legislativa da atividade jurisdicional, a contraposição jurisdicional da legislação e a correção pedagógico-jurisdicional da legislação.

3.3 GRAUS DA CRIATIVIDADE JUDICIAL: MODELOS JURISDICIONAIS SUBORDINADOS E AUTÔNOMOS

Sob a regência da dialeticidade da complementaridade, passaremos a examinar os graus de criatividade da jurisprudência e a sua natureza como fonte do direito.

A função da jurisprudência, quanto ao grau de sua criatividade, pode ser visualizada de duas formas distintas. Em algumas situações, a jurisprudência confere operatividade e efetividade a uma regra normativa primária socialmente descumprida, sem, no entanto, criar direito novo.

Noutras situações conflituosas, principalmente diante das lacunas normativas, da combinação de preceitos esparsos no ordenamento jurídico ou diante da abertura semântica de certas proposições legislativas, principalmente dos princípios constitucionais, a jurisprudência pode, ao revés, inovar no cenário jurídico.

Quanto à primeira situação retratada, Mauro Cappelletti, apesar de afirmar que o resultado da interpretação jurídica nunca é inequívoco e mecanicamente predeterminado, adverte, todavia, que existe um baluarte extremo e uma fronteira do bom senso que se impõe tanto no caso da interpretação do “*case law*”, quanto no do direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm frequentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo.”⁹⁸

provenientes de quaisquer dos Poderes e de outras entidades, órgãos autônomos ou instituições independentes, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas.

⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 25-26.

Ao versar sobre os limites da interpretação, adverte Inocêncio Mártires Coelho que não é dado ao aplicador do direito, subjetivamente, criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos, tampouco ir além do seu sentido linguisticamente possível. De resto, não pode o aplicador do direito passar por cima do sentido conhecido e/ou fixado pela comunidade como limite da interpretação.⁹⁹

Miguel Reale, ao tratar da historicidade da fonte do direito, assinala que o seu conteúdo, às vezes, é formado de diretrizes normativas imutáveis, válidas para qualquer tempo e circunstância, por consagrar-se um valor tido e havido como insuscetível de mudança, fornecendo, como exemplo, a menoridade eleita no Código Civil.¹⁰⁰

A função jurisdicional, dentro de nossas reflexões, também não tem legitimidade criativa para ampliar o rol de estruturas normativo-punitivas, como as sanções penais. Também não pode invadir o postulado fundamental da reserva da lei e, por exemplo, instituir, por atividade hermenêutico-constitutiva, tributo novo ou parcela remuneratória em favor de servidor público não prevista, explícita ou implicitamente, no direito positivo estatal.

De outra banda, a jurisprudência, em muitas outras situações, pode funcionar como verdadeira fonte primária do direito. Miguel Reale acentua que a jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito.¹⁰¹

Na mesma linha de pensamento é Inocêncio Mártires Coelho quando assim se manifesta:

[...] as expressões 'considerando' e 'combinando', de que frequentemente nos utilizamos no discurso da aplicação do direito, no fundo, o que traduzem são atividades ou procedimentos de criação

⁹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 42.

¹⁰⁰ REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 22.

¹⁰¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 168.

de modelos jurídicos, até porque, sob esse ponto de vista, os preceitos 'considerados' ou 'combinados' estão dispersos no sistema jurídico e só se integram, evidenciando a sua 'conexão intrínseca', na construção hermenêutica levada a cabo pelo sujeito da interpretação.¹⁰²

Igualmente na esteira dessa lição doutrinária é o magistério de José Pereira Lira relata que, no longínquo ano de 1937, no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, presidindo à formatura dos bacharelados, procurou justificar a tese, então havida como revolucionária, segundo a qual "a Lei propõe; a Jurisprudência compõe".¹⁰³

Retomando a perspectiva de que uma regra é a sua interpretação, Miguel Reale destaca que não há como negar à jurisprudência a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser de direito no caso concreto. O magistrado, em suma, interpreta a norma legal situado numa estrutura de poder, que lhe confere competência para converter em sentença, que é uma norma particular, o seu entendimento da lei. Assim, "numa compreensão concreta da experiência jurídica, como é o da teoria tridimensional do Direito, não tem sentido continuar a apresentar a Jurisprudência ou o costume como fontes acessórias ou secundárias."¹⁰⁴

De qualquer sorte, existem graus diferenciados de criatividade jurisdicional e, por isso, adotamos o desdobramento dos modelos jurisdicionais na forma em que apresentada por Miguel Reale:

1) modelos jurídicos jurisdicionais subordinados ou de segundo grau: consistem nas "aplicações *in concreto* daquilo que *in abstracto* se configura no modelo legal."¹⁰⁵ Um bom exemplo consubstancia-se na aplicação jurisdicional das estruturas normativo-punitivas contempladas no ordenamento jurídico, principalmente na seara penal (princípio da tipicidade). Isso não implica dizer que não possa existir certo grau de criatividade jurisdicional quanto a alguns aspectos das estruturas punitivas. De mais a mais, não se pode olvidar que por

¹⁰² COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 04.

¹⁰³ ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. Prefácio de José Pereira-Lira. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 08.

¹⁰⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 169.

¹⁰⁵ REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 70.

trás de toda estrutura normativo-punitiva existe, também, em tensão dialética, o *ius libertatis* do cidadão e as cláusulas assecuratórias do devido processo legal, que também são objeto de inestimável atividade jurisdicional hermenêutico-criativa.

2) modelos jurídicos jurisdicionais autônomos: na visão de Reale são os modelos jurisdicionais por excelência, cuja existência decorre da correlação de dois princípios fundamentais, a saber: “a) o juiz não pode deixar de sentenciar a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei; b) quando a lei for omissa, o juiz procederá como se fora legislador.”¹⁰⁶ O próprio Miguel Reale fornece, como exemplo, a consagração, pelo Supremo Tribunal Federal, da tese, sustentada por Rui Barbosa, do emprego do *habeas corpus* para defesa da “posse de direitos pessoais” violados por abuso ou desvio de poder, numa época em que tais direitos ainda não eram salvaguardados por mandado de segurança. Outro exemplo citado por Reale diz respeito à disciplina das relações entre concubinos, dada a inexistência de disposições legais sobre a espécie, preservando os direitos de quem houvesse, por seu trabalho, contribuído para a formação de uma sociedade de fato, merecedora de amparo.¹⁰⁷

Em realidade, a tipologia ora examinada deve ser orientada, implicitamente, pelo critério da predominância – modelos jurisdicionais predominantemente subordinados e modelos jurisdicionais predominantemente autônomos –, na medida em que, de um lado, não conseguimos vislumbrar atividade jurisdicional sem certo grau de criatividade hermenêutica e, por outro lado, também não conseguimos visualizar construções jurisprudenciais completamente divorciadas de um substrato normativo primário mínimo, pois, afinal de contas, a explicitação dos fundamentos jurídicos constitui um dos requisitos de qualquer petição inicial.

Assim, tendo em vista a compreensão de que toda decisão jurisdicional redundante, ao menos, em um grau mínimo de atividade criativa, reputamos que os modelos jurisdicionais subordinados não guardam correlação com o brocardo *in claris cessat interpretatio*. É realmente difícil imaginar, no contexto das lides

¹⁰⁶ REALE, op. cit., p. 70.

¹⁰⁷ REALE, op. cit., p. 71.

forenses, a ausência de um grau mínimo de atividade criativo-interpretativa dos agentes diretamente envolvidos em tais conflitos.

Abordando a enorme literatura acerca do conceito de interpretação, Mauro Cappelletti menciona que o resultado principal desta ampla discussão foi o demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade e, pois, de criatividade mostra-se inerente a toda interpretação. Em realidade, prossegue o jurista italiano, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e, no caso do juiz, reproduzi-los, aplicá-los e realizá-los em novo e diverso contexto de tempo e lugar.¹⁰⁸

Em realidade, os modelos jurisdicionais predominantemente subordinados revelam que muitas leis, adotadas como fundamentos das causas judiciais, trazem em si um elenco completo e suficiente para a incidência dos elementos constitutivos das faculdades, prerrogativas, responsabilidades e deveres contemplados em seu conteúdo normativo, ainda que demandem certo grau de atividade criativo-interpretativa. A resolução dessas questões pelo Poder Judiciário não operam *inovação* na ordem jurídica de forma primária, mas, de qualquer sorte, *complementam* o procedimento complexo de efetividade das normas jurídicas sob o pressuposto do conflito. É uma espécie de complemento criativo em menor grau da norma de direito por intermédio da função jurisdicional, que completa seu ciclo de perfeição no âmbito e com o colorido da realidade social. A aplicação jurisdicional de normas impositivas de tributos, de faltas administrativas e de tipos penais cerrados normalmente rende ensejo a modelos jurisdicionais predominantemente subordinados.

Dependendo da estrutura da norma jurídica abstrata, também conseguimos visualizar modelos jurisdicionais híbridos (com parcelas subordinadas e outras parcelas autônomas), como sói acontecer em alguns tipos penais abertos ou determinadas faltas administrativas genéricas externadas em conceitos jurídicos indeterminados ou noções jurídicas vagas empregados pela legislação.

¹⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 21.

Um exemplo pode iluminar essa última idéia. A Lei Federal 8.112/90, em seu art. 132, V, contempla a “incontinência pública e conduta escandalosa” como falta grave para fins de cominação da penalidade administrativa de demissão ou cassação de aposentadoria do servidor público da União, conforme o caso. A expressão normativa “incontinência pública e conduta escandalosa”, adotada como fundamento da demissão de determinado servidor público, pode ser revista pelo Poder Judiciário em face da aplicação da teoria dos motivos determinantes e comporta um rico plexo de atividade hermenêutica criativa, suscetível, inclusive, de lhe conferir diferenciados matizes a depender das características culturais, sociais e históricas existentes na realidade geográfica em que tal dispositivo for aplicado. Neste caso, embora se trate de uma estrutura punitiva marcada por inúmeros elementos legais vinculantes (modalidade de processo administrativo, competência, forma dos atos, constituição da comissão processante, etc), o legislador outorga também ao intérprete e ao órgão aplicador, no campo administrativo ou no âmbito jurisdicional, uma maior carga valorativa quanto a alguns aspectos de seu conteúdo, diante da impossibilidade abstrata de se antever todas as circunstâncias albergadas pela expressão jurídica em apreço. Não há como negar, em determinada perspectiva, uma certa similitude entre a discricionariedade administrativa e a criatividade judicial.¹⁰⁹

Importa anotar também, conforme veremos no próximo tópico, que os modelos jurisdicionais não são figuras estáticas e, por isso, um modelo jurisdicional subordinado pode cambiar para um modelo jurisdicional autônomo ou reciprocamente, como na hipótese de superveniente regulamentação legislativa pormenorizada de uma determinada situação outrora lacunosa no sistema normativo.

¹⁰⁹ Apesar da semelhança entre discricionariedade administrativa e criatividade judicial, o que chama mais à atenção são as numerosas diferenças entre tais categorias. Em primeiro lugar, o administrador aplica a lei de ofício visando ao atendimento do interesse público. O juiz, em sua missão precípua, só aplica a lei quando provocado (inércia da jurisdição) e não visa realizar o interesse público e, sim, realizar o direito como terceiro imparcial. A discricionariedade administrativa manifesta-se, em regra, sem a participação dos administrados, ao passo que a criatividade jurisdicional é fruto de uma construção dialética e participativa.

3.4 O DESENVOLVIMENTO DOS MODELOS JURÍDICOS JURISDICIONAIS

3.4.1 A estrutura dinâmica dos modelos jurisdicionais

Diante da dialética de complementaridade entre função legislativo-normativa e função jurisdicional, os modelos legais e os modelos jurisdicionais se interagem na instância político-jurídica e dessa tensão dialética resultam as transfigurações da jurisprudência e da legislação na linha do tempo e do espaço. Assim, modelos jurisdicionais subordinados progridem para modelos jurisdicionais autônomos e estes progridem para aqueles, muitas vezes, influenciando a superveniente mudança legislativa (legalização da jurisprudência), a qual, à sua vez, renderá ensejo a novas criações jurisprudenciais e a novas proposições legislativas.

Dentro de uma visão prospectiva das fontes de direito, conforme defendida por Miguel Reale¹¹⁰, pode ocorrer, e no mais das vezes ocorre, que o processo de complementaridade da jurisprudência é construída com uma considerável distância entre o legislador histórico responsável pela edição da norma e o órgão jurisdicional aplicador, que a interpreta consoante a “natureza singular do presente”, para utilizar uma expressão de Konrad Hesse e Humboldt.¹¹¹ É que, salienta Reale, “toda norma constitui previsão de uma classe de atos futuros, e estes ocorrem segundo as vias imprevisíveis da liberdade.”¹¹²

Existe também uma distância material entre a generalidade da norma e a singularidade dos casos concretos, pois é somente no processo de

¹¹⁰ REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24-26.

¹¹¹ REALE, op. cit., p. 18.

¹¹² Para melhor contextualizar a célebre frase invocada passo a transcrever o seguinte excerto: “Desse modo, muitas vezes é o caráter prospectivo das normas que prevalece, por ser mais adequado ao dever-ser próprio do Direito, mesmo porque, como bem salientou Benedetto Croce, toda norma constitui previsão de uma classe de atos futuros, e estes ocorrem segundo as vias imprevisíveis da liberdade. REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 25.

concretização que se revela completamente o conteúdo significativo da proposição legislativa abstrata.¹¹³

Nessa ordem de perspectivas, Inocêncio Mártires Coelho assinala que quando juízes e tribunais emprestam sentidos novos a um mesmo enunciado normativo, em verdade estão a produzir novos enunciados, embora mantendo inalterada a sua roupagem verbal, funcionando, assim, “como instâncias heterônomas de criação abreviada do direito.” O significativo número de decisões divergentes sobre um mesmo texto legal, situação relativamente comum nos repertórios de jurisprudência, denunciam que as mudanças que se operam continuamente no processo histórico-social de aplicação do direito exige “soluções novas e imediatas, que não podem aguardar as sempre demoradas decisões legislativas”.¹¹⁴

Assim, a dinâmica dos modelos jurisdicionais confere longevidade a inúmeros textos legais, pelo menos quanto à sua “roupagem verbal”, como ocorreu com inúmeros dispositivos do Código Civil de 1916 e do Código Comercial de 1850 até serem revogados pelo Código Civil de 2002; assim como as mutações constitucionais tornam pereña a roupagem das normas magnas, operando-se, contudo, a sua atualização do ponto de vista histórico, político, jurídico e social.

De há muito já ensinava Jean Cruet:

Há, porém, outra espécie de revisão, invisível e poderosa, é a que resulta da ação contínua dos costumes políticos, uma Constituição revê-se cada dia pela sua própria aplicação, porque as instituições que ela estabeleceu tem por elementos, sem cessar renovados,

¹¹³ Segundo Inocêncio Mártires Coelho, “o problema fundamental para o operador do direito não é a distância cronológica entre a elaboração da norma e a sua aplicação, mas a distância material existente entre a necessária generalidade do seu enunciado e a singularidade do caso a decidir, distância que alguns juristas consideram irredutível, então, o trabalho do intérprete apresenta-se não apenas como uma tarefa de desocultamento de significados que, até certo ponto, permanecem escondidos, mas também como tentativa de mediação e de superação daquela distância real, que estrema o geral e o particular, o abstrato e o concreto. Por isso, Karl Larenz manifesta adesão a Martin Kriele quando este afirma que não se pode interpretar nenhum texto jurídico senão colocando-o em relação com problemas jurídicos concretos, reais ou imaginários, com soluções que se procuram para os casos ocorrentes, porque é somente na sua aplicação aos casos e na concretização, que assim necessariamente se processa, que se revela completamente o conteúdo significativo de uma norma e esta cumpre a sua função de regular situações concretas”. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 18.

¹¹⁴ COELHO, Op. cit., p. 39.

homens que pensam e que atuam em face duma realidade mutável.¹¹⁵

Diante disso, repise-se, a depender do grau de tal distância histórica e da intensidade das mudanças experimentadas na conjuntura política, jurídica e cultural da sociedade, a re-leitura jurisdicional de normas legais, inicialmente abrangentes de todos os componentes imprescindíveis à sua plena aplicabilidade, podem conduzir a uma verdadeira transfiguração de um modelo jurisdicional subordinado para um modelo jurisdicional autônomo podendo, em muitos casos, conforme abordaremos no item 4.3 *infra*, receber sucessivo coroamento legislativo.

Vale, neste ponto, relembrar a passagem de Reale quando afirma que uma construção jurisprudencial inovadora pode ser obtida por intermédio de uma “conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si.”¹¹⁶

Assim, pode ocorrer que um determinado instituto jurídico, lido e aplicado a partir de elementos extraídos do seu próprio contexto intranormativo, seja reconstruído ou significativamente ampliado a partir da disjunção de suas partes integrantes, em ordem a compatibilizá-lo, por intermédio da ferramenta hermenêutica, com a “natureza singular do presente” e com “as vias imprevisíveis da liberdade”.

De uma certa forma, tal postura hermenêutica nos remete ao método tópico-problemático. Inocêncio Mártires Coelho, na esteira do pensamento de Boockenfoorde, assinala que “é natural o recurso ao processo tópico orientado ao problema, para remediar a insuficiência das regras clássicas de interpretação e evitar o *non liquet*, que já não é possível pela existência da jurisdição constitucional.”¹¹⁷

Um exemplo pode ser extraído das leituras interpretativas da redação original do art. 20 da Lei 8.036/90, que disciplina as hipóteses de saque do FGTS. Imagine-se que um cidadão, com doença terminal e desprovido de

¹¹⁵ CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. 2. ed. Leme, SP: Edijur, 2003. p. 73.

¹¹⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 168.

¹¹⁷ COELHO, op. cit., p. 84.

outros recursos, tenha ingressado com ação postulando a liberação dos saldos de FGTS para tratamento de sua saúde, apesar da inexistência de previsão legal para tal saque no momento do ajuizamento da demanda, mesmo porque a Lei 8.036/90 visa à concretização do direito à moradia. Apesar de tal circunstância, a jurisprudência consolidou-se no sentido da possibilidade do saque do FGTS na hipótese retratada. A rigor, o micro-sistema da Lei 8.036/90 não admitia tal interpretação judicial, por mais esforço lingüístico que fosse empreendido em torno do seu conteúdo normativo. Por intermédio da leitura disjuntiva dos dispositivos da rigorosa Lei de FGTS, com outros dispositivos integrantes do ordenamento jurídico e princípios constitucionais, a jurisprudência inovou o cenário jurídico-normativo, criando mais uma hipótese de saque da verba fundiária. Posteriormente, tal inovação jurisprudencial foi consagrada por lei superveniente.

Veja-se, assim, que um modelo jurisdicional inicialmente subordinado (micro-sistema da Lei 8.036/90) transfigurou-se em modelo jurisdicional autônomo (ampliação jurisdicional-criativa das hipóteses de saque de FGTS), este, à sua vez, provocou mudanças no modelo legal (superveniente alteração legislativa que encampou a jurisprudência), cuja eventual aplicação jurisdicional retorna ao modelo predominantemente subordinado e, assim, sucessivamente, numa eterna tensão dialética entre jurisdição e legislação.

3.4.2 Os modelos jurídicos jurisdicionais autônomos e a evolução do direito no Brasil

Vimos que no modelo jurisdicional autônomo, ao contrário do que sucede com o modelo subordinado, as decisões judiciais são produzidas inobstante a circunstância de não existir, previamente, um suporte legal abstrato que contenha um regramento detalhado que discipline todos os aspectos imprescindíveis para a operação de subsunção dos fatos a um esquema normativo primário em sentido estrito. É uma decorrência do princípio de que o Poder Judiciário, quando legitimamente provocado, não pode deixar

de exercer suas funções precípua nas hipóteses de lacuna, obscuridade ou omissão da lei (*non liquet*).¹¹⁸

Ademais, o papel inovador da jurisprudência ganha real destaque no contexto do neo-constitucionalismo e da pós-modernidade, diante da hiper-complexificação das estruturas sociais, da autonomia e da diferenciação funcional¹¹⁹ de seus diversos setores, marcados por um intenso pluralismo de diversos matizes (político, cultural, étnico, etc).

Dessa forma, diante dos interesses muitas vezes conflitantes e até mesmo contrapostos das inúmeras e complexas categorias sociais, a função legislativa tende a contemplar expressões normativas cada vez mais abertas em ordem a não fechar os horizontes de sua aplicação no plano da realidade social e a contemplar as diuturnas tensões dialéticas vivenciadas pelos variados segmentos da sociedade.

Um exemplo eloqüente de um modelo jurisdicional predominantemente autônomo no Brasil diz respeito à aplicação das normas disciplinadoras do instituto do concurso público. No âmbito federal e na maioria esmagadora dos Estados-membros ainda não existe uma matriz legal que estabeleça normas gerais sobre concursos públicos, ao contrário do que sucede com o instituto da licitação. Em conseqüência, a jurisprudência brasileira tem desempenhado um papel de extraordinária relevância na construção das normas disciplinadoras dos concursos públicos, conforme assentado em nosso livro "Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional".¹²⁰

Aliás, o direito administrativo brasileiro como um todo, dada a sua natureza aberta e principiológica, foi desenvolvido, em grande parte, em virtude

¹¹⁸ REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 70.

¹¹⁹ Sobre o princípio da diferenciação funcional no contexto da pós-modernidade e da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, Marcelo Neves nos fornece o seguinte magistério, *verbis*: "De acordo com a teoria dos sistemas, a sociedade moderna resultaria da hiper-complexificação social vinculada à diferenciação funcional das esferas do agir e do vivenciar. Implicaria, portanto, o desaparecimento de uma moral material globalizante, válida para todas as conexões de comunicação, e o surgimento de sistemas sociais operacionalmente autônomos, reproduzidos com base nos seus próprios códigos e critérios, embora condicionados pelo seu meio ambiente circundante (autopoiese). NEVES, Marcelo. Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina. *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, Recife. p. 96.

¹²⁰ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

de construções jurisprudenciais, que foram sendo paulatinamente consagradas pela legislação superveniente, como, por exemplo, a autotutela administrativa, consagrada, de há muito, pela Súmula 473 do STF.¹²¹

Diga-se o mesmo em relação ao direito tributário, pois muitas normas do Código Tributário Nacional e das limitações ao poder de tributar contempladas na Constituição Federal são fruto, em realidade, de atividade hermenêutico-criativa do Supremo Tribunal Federal e da jurisdição ordinária, de que constitui exemplo o princípio da anterioridade, conforme veremos no item 3.5.2.

Aliás, quanto à importância da jurisprudência para o desenvolvimento do direito tributário brasileiro, foi produzido uma valiosa e profunda pesquisa pelos alunos dos cursos de mestrado e doutorado em direito da Universidade Gama Filho, conforme noticia o Prof. Ricardo Lobo Torres e que será objeto de nossas reflexões no item 4.5.2. Pela importância histórica das decisões do STF na própria evolução do direito tributário no Brasil, são dignas de registro as seguintes palavras do ilustre docente, *verbis*:

Nesse sentido é que se torna admirável a contribuição do STF. No período anterior ao Código Tributário Nacional desempenhou a tarefa de operacionalizar a aplicação da lei tributária, introduzindo didaticamente as idéias básicas da disciplina, como sejam as de fato gerador, base de cálculo, etc. Publicado o Código, continuou a complementar a legislação fiscal, compatibilizando-a com a Constituição e com os princípios gerais do direito. A súmula da jurisprudência predominante, que contém inúmeros verbetes dedicados à matéria, é instrumento valioso para a concretização do direito tributário no Brasil.¹²²

Talvez nenhuma disciplina jurídica tenha mais influência direta da jurisprudência do que o direito processual, que é a própria jurisdição em movimento, tanto que, antigamente, era denominado "direito judiciário". As reformas legislativas da processualística civil, penal e do trabalho são, quase todas, meras consagrações da jurisprudência, que constitui o grande laboratório criativo do direito processual.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 473: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

¹²² TORRES, Ricardo Lobo. A integração entre a lei e a jurisprudência em matéria tributária. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 03, p. 09, abr./jun. 1993.

Em suma, em maior ou menor grau, a jurisprudência, como o grande laboratório social da dialeticidade da experiência jurídica, desempenhou e desempenha um papel de destaque na evolução do direito no Brasil.

3.4.3 Aplicação jurisdicional dos princípios jurídicos e a inovação na ordem jurídica

3.4.3.1 O processo de densificação jurisprudencial dos princípios fundamentais

J.J. Gomes Canotilho¹²³, quando aborda o sistema constitucional interno de princípios e regras, procede a um interessante escalonamento das normas constitucionais, levando-se em conta os diferentes graus de concretização ou densidade normativa existentes entre eles. Destacam-se, em primeiro plano, os princípios estruturantes, que são “constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda ordem constitucional”. Estes princípios, à sua vez, “ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios que ‘densificam’ os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional”. Estes princípios gerais fundamentais podem, por sua vez, “densificar-se ou concretizar-se ainda mais pelos princípios constitucionais especiais” ou por intermédio de regras constitucionais.

Assim, os princípios estruturantes, os princípios constitucionais gerais, os princípios constitucionais especiais e as regras constitucionais formam um sistema interno que não se desenvolve apenas numa direcção, de cima para baixo, ou seja dos princípios mais abertos para os princípios e normas mais densas, ou de baixo para cima, do concreto para o abstrato. A formação do sistema interno consegue-se mediante um processo bi-unívoco de “esclarecimento recíproco”.

¹²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 180-182.

O mestre peninsular, em arremate, esclarece que todos estes princípios e regras constitucionais poderão ainda obter maior grau de densidade através da concretização legislativa infraconstitucional e da *jurisprudência*.¹²⁴

Robert Alexy segue essa mesma linha de pensamento, enfatizando a importância fundamental que os princípios jurídicos exercem em prol do ordenamento jurídico, a partir de um modelo de fundamentação que avança do abstrato para o concreto.¹²⁵

A partir das inestimáveis lições de Canotilho, passaremos a ilustrar a função criativa da jurisprudência no contexto do processo de densificação das normas constitucionais. Por questões apenas de ordem didática, tentaremos seguir o escalonamento inicial de densificação dos princípios e das regras constitucionais na forma e na ordem em que apresentada por Canotilho, até descermos ao nível jurisprudencial de concretização daquelas espécies de normas constitucionais.

O postulado fundamental do Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 1º) é um princípio constitucional estruturante densificado pelo primado da igualdade (CF/88, art. 5º *caput*), que ostenta o *status* de princípio constitucional geral, concretizado, à sua vez, pelo princípio constitucional especial do concurso público. Algumas regras constitucionais densificam, ainda mais, o princípio constitucional especial do concurso público, como, por exemplo, aquela consignada no art. 37, I, da CF/88: “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”. A regra constitucional mencionada sofreu processo de densificação por construções jurisprudenciais, dentre as quais figuram as seguintes:

a) Súmula 686 do STF: “Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.”

¹²⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 183.

¹²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 104.

b) Súmula 266 do STJ: “o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público.”

Obviamente, o processo de densificação jurisdicional dos princípios constitucionais não depende da observância da ordem dos postulados magnos quanto ao seu grau de abstração. Pode ocorrer, inclusive, que um princípio constitucional especial, implícito na Constituição, seja revelado a partir de construções jurisprudenciais, as quais, inclusive, podem ser objeto de futuras emendas constitucionais. Alexy ensina que os princípios não precisam ser estabelecidos explicitamente no sistema normativo, uma vez que podem ser derivados de um tradicional conjunto de normas legais detalhadas ou de decisões judiciais.¹²⁶

Mencionem-se, a título de exemplo, as densificações jurisprudenciais operadas nos princípios constitucionais gerais da razoabilidade e da proporcionalidade em sede de concursos públicos.

Com efeito, a jurisprudência brasileira pacificou o entendimento de que os requisitos previstos em normas editalícias, além do dever de obediência ao primado da legalidade, devem guardar pertinência lógica com a natureza das respectivas atribuições funcionais dos cargos objeto do certame. Constituem exemplos dessa verdadeira constelação jurisprudencial de construções jurídicas, os seguintes precedentes:

a) razoabilidade da exigência legal de altura mínima para o cargo de delegado de polícia¹²⁷;

b) razoabilidade da exigência legal de peso mínimo para o cargo de soldado da polícia militar¹²⁸;

¹²⁶ Para melhor contextualizar o pensamento de Alexy, convém transcrever a seguinte passagem da obra citada: “*los principios tienen una importancia fundamental, por lo que respecta a su contenido, para el ordenamiento jurídico; su referencia a la idea del derecho resulta de un modelo de fundamentación que avanza de lo general a lo cada vez más especial; y el hecho de que como normas ‘surgidas naturalmente’ puedan ser contrapuestas a las normas ‘creadas’ se debe al hecho de que los principios no necesitan ser establecidos explícitamente sino que también pueden ser derivados de una tradición de normaciones detalladas y de decisiones judiciales que, por lo general, son expresión de concepciones difundidas acerca de como debe ser el derecho.*” ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 104.

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 140.889, Relator: Min. Marco Aurélio (vencido), *Diário da Justiça*, 15 dez. 2000.

c) falta de razoabilidade da exigência legal de peso mínimo para o cargo de escrivão de polícia¹²⁹;

d) inconstitucionalidade da exigência editalícia de altura mínima para o cargo de policial militar diante da ausência de norma legal autorizativa¹³⁰;

e) falta de razoabilidade das exigências editalícias que proíbem a participação de candidatos aos quadros da marinha e ao colégio naval que não tenham acnes e cicatrizes anti-estéticas.¹³¹

O princípio resultante dessa jurisprudência, que sempre esteve implícito na CF/88, transformou-se em princípio explícito a partir da Emenda Constitucional n. 19/98, no sentido de que poderá “a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”.

3.4.3.2 A Súmula Vinculante nº. 13 do STF como marco paradigmático do pós-positivismo brasileiro

Exemplo de densificação jurisprudencial dos princípios básicos da Administração consignados no art. 37 da CF/88 é o enunciado da súmula vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal, nestes termos:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargos em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

A decisão prolatada no RE 579951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, que rendeu ensejo à súmula ora transcrita, pode ser considerado um marco

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS 11895, Relator: Min. Paulo Medina, *Diário da Justiça*, 07 nov. 2005.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 150.455, Relator: Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, 07 maio 1999.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR-AG.REG. no RE 400.754, Relator: Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, 04 nov. 2005.

¹³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). AC 199934000293452, Relator: Des. Federal Fagundes de Deus, *Diário da Justiça*, 09 nov. 2007.

histórico do pós-positivismo¹³² brasileiro, tendo em vista o profundo significado jurídico desse julgamento paradigmático e a linha de argumentação desenvolvida no sentido da superioridade dos princípios sobre as regras, da desnecessidade de lei formal para sua concretização e de sua estrutura plenamente vinculante. Realmente, ficou ressaltado nesse importante julgamento que o fato de haver diversos atos normativos no plano federal que vedam o nepotismo não significa que somente leis em sentido formal e outros diplomas regulamentares fossem aptos para coibir essa prática, haja vista que os princípios constitucionais contidos no art. 37, *caput*, da CF/88, que não externam meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam prescrições jurídicas de “elevada carga normativa” e de “expressiva densidade axiológica”, hierarquicamente superiores às demais normas do ordenamento e positivamente vinculantes, sendo sempre dotados de eficácia, cuja materialização, se necessário, pode ser cobrada pela via judicial.¹³³

Finalmente, impende salientar que a jurisprudência pode densificar diretamente princípios estruturantes, de que constitui exemplo o princípio da dignidade humana, que, nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho, é o “valor-fonte de todos os valores”, ou “valor fundante da experiência ética” ou “princípio e fim de toda ordem jurídica”.¹³⁴

3.5 OS FENÔMENOS DA LEGALIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DA CONTRAPOSIÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA

3.5.1 *O intercâmbio e os atritos entre a função legislativa e a função jurisdicional*

¹³² Segundo Paulo Bonavides, o movimento pós-positivista “corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século [XX]. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001. p. 237.

¹³³ Decisão veiculada no *Informativo do Supremo Tribunal Federal*, n. 516, 18/22 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo516.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2008.

¹³⁴ COELHO, op. cit., p. 73.

O fenômeno da legalização da jurisprudência é uma das conseqüências práticas da dialética da complementaridade entre as funções legislativa e jurisdicional tal como retratada no item 4.1.

Em contrapartida, existem muitos “efeitos colaterais” da dialeticidade da complementaridade entre as funções legislativa e jurisdicional, como a chamada “correção legislativa da jurisprudência”¹³⁵, que preferimos denominar de “contraposição legislativa da jurisprudência”, expressão mais ampla que abarca, além da correção legal de jurisprudência manifestamente “inconveniente” ou “incorreta”¹³⁶, a impugnação legislativa superveniente de interpretações jurisdicionais “legítimas” ou “cientificamente adequadas”¹³⁷, mesmo porque tais conceitos são abertos e sujeitos a uma variada gama de ideologias político-sociais subjacentes ao fenômeno jurídico.

Outro “efeito colateral” derivado da dialeticidade da complementaridade entre as funções legislativa e a jurisdicional é aquilo que o Prof. Ricardo Lobo Torres denominou de “inibição legislativa da atividade jurisdicional”¹³⁸, por intermédio de leis que proíbem medidas jurisdicionais urgentes, de natureza antecipatória ou cautelar, ou que impõem restrições à atividade interpretativa dos juízes, de que constitui exemplo o Capítulo 04 do Livro Segundo do Código Tributário Nacional (arts. 107 a 112).¹³⁹

¹³⁵ A expressão “correção legislativa da jurisprudência” foi consagrada, segundo noticia o Prof. Ricardo Lobo Torres, com a publicação do artigo de W. N. Eskridge intitulado “Overriding Supreme Court statutory Interpretation Decisions” no *The Yale Law Journal* 101:331-455, onde o termo *override* (corrigir ou anular) é empregado nas hipóteses em que o Congresso reage e modifica conscientemente uma interpretação judicial, o que ocorre quando a lei: 1) corrige completamente a interpretação, permitindo que a Corte supere o precedente insatisfatório; 2) modifica o resultado da decisão de tal forma que o mesmo caso possa ser decidido diferentemente; 3) modifica as conseqüências da decisão de modo que o mesmo caso possa ser decidido da mesma forma, mas os casos subseqüentes possam ser decididos diferentemente. (TORRES, Ricardo Lobo. A integração entre a lei e a jurisprudência em matéria tributária. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 03, p. 18, abr./jun. 1993).

¹³⁶ Veremos mais adiante que um dos motivos que ensejam a chamada jurisprudência manifestamente incorreta ou cientificamente inadequada é a legislação formalmente defeituosa.

¹³⁷ Exemplo eloqüente de jurisprudência legítima contrastada de forma autoritária por instrumento legislativo de inquestionável inconstitucionalidade foi o episódio que envolveu o STF e o Governo de Getúlio Vargas, que baixou o Decreto-Lei 1.564, de 05.09.39 cassando as decisões judiciais que haviam declarado inconstitucional o art. 27 do Decreto-Lei 1.168, de 22.3.39.

¹³⁸ TORRES, op. cit., p. 09.

¹³⁹ Reza o art. 107 do CTN: “A legislação tributária será interpretada conforme o disposto neste Capítulo.”

O movimento do direito alternativo, uma espécie de releitura histórica do movimento do direito livre, deflagrado por magistrados italianos na década de 1970¹⁴⁰ e que gerou influências na magistratura brasileira entre as décadas de 1980 e de 1990, principalmente no sul do país, enquadra-se numa espécie de “contraposição jurisdicional da legislação”, o que tem rendido acalorados debates acadêmicos, principalmente no que concerne à sua legitimidade democrática.¹⁴¹ Outra forma de contraposição jurisdicional da legislação ocorre quando os modelos legais são socialmente esvaziados pelo seu desuso e, por isso, recebem menosprezo dos Tribunais e a superveniente revogação legislativa, como nos casos de crime de adultério e o correlato impedimento matrimonial entre o cônjuge adúltero e o co-réu, bem como defloramento da mulher como causa de anulabilidade de casamento. Tal situação será examinada no item 3.6.2.

Assinale-se, de resto, que as nossas pesquisas também dão conta de que existe uma espécie de correção pedagógico-jurisdicional da legislação, que pode ocorrer, por exemplo, quando o Parlamento edita nova norma abstrata para se ajustar aos parâmetros delineados pelo Supremo Tribunal Federal a fim de não incorrer nos vícios de inconstitucionalidade apontados pela Corte em julgamento antecedente versando o mesmo objeto da norma editada. A declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal para fixar um sentido compatível da norma impugnada em face da Constituição Federal também se afigura mais um exemplo, de viés interpretativo, da correção pedagógico-jurisdicional da legislação.

3.5.2 A legalização da jurisprudência

O fenômeno da legalização da jurisprudência, principalmente aquela produzida no contexto dos modelos jurisdicionais autônomos, é a prova

¹⁴⁰ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Direito Alternativo: notas sobre as condições de possibilidade. In: _____. *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

¹⁴¹ Figura como um dos ícones da literatura jurídica nacional acerca dessa Escola, o livro “Magistratura e Direito Alternativo” (São Paulo: Acadêmica, 1992) do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Amilton Bueno de Carvalho.

inconteste de que a função jurisdicional inova no cenário jurídico. Realmente, se a função jurisdicional fosse tão-só a mera explicitação de categorias legislativas prévias, não haveria sentido o Poder Legislativo encampar o conjunto reiterado de julgados e lhe conferir o *status* superveniente de lei. Entendimento contrário reduziria a encampação legislativa da jurisprudência a uma espécie de *tautologia legiferante*, plenamente inconcebível diante da multiplicidade das situações envolvendo o fenômeno sempre crescente nas diversas áreas da ciência jurídica, como o direito constitucional, administrativo, tributário, processual, penal, civil, ambiental, previdenciário, etc, como veremos adiante.

Em realidade, os resultados gerados pelo grande laboratório social da dialeticidade da experiência jurídica – a jurisprudência – constituem um material valioso para o legislador, inclusive para a sua rediscussão no âmbito do processo legislativo, tendo em vista as intrínsecas e intensas relações entre o “direito prometido” pela lei e o “direito realizado” pela jurisprudência. Em suma, o conjunto reiterado de decisões judiciais sobre um mesmo tema é o resultado empírico-jurídico do intercâmbio dialético entre a legislação geral e abstrata e a realidade histórico-cultural.

Obviamente, os resultados obtidos pela jurisprudência diante do seu próprio papel sintetizador dos estudos de impacto histórico-cultural das regras de direito no âmbito da realidade também podem causar frustrações sociais, principalmente diante de limitações de ordem econômico-política e de aspectos culturais como o conservadorismo e o apego à tradição, a distância entre o sistema jurisdicional e a sociedade, principalmente em função da construção ainda predominantemente fechada da linguagem jurídica, a morosidade desarrazoada dos processos judiciais, dentre outros fatores bloqueantes que serão examinados no Capítulo 05.

Sem embargo de tais circunstâncias e da necessidade de uma reflexão crítica constante diante dos julgados, a indubitável vantagem do fenômeno da legalização da jurisprudência é a economia democrática gerada pelo procedimento político, que também acarreta uma economia de tempo e de dinheiro por parte dos jurisdicionados, visto que, em princípio, não serão necessários dispêndios decorrentes de intermediação jurídico-profissional. É

que, por razões de ordem cultural e da resistência de muitos agentes públicos e de instituições privadas, ainda não existe no país um sentimento de obrigatoriedade da jurisprudência, por mais pacífica e remansosa que seja. De qualquer sorte, veremos no item 4.6 que tal quadro está paulatinamente sofrendo mudanças, principalmente depois do advento da EC n. 45/2004 e do novo perfil do Supremo Tribunal Federal.

De outro lado, a legalização da jurisprudência também se exterioriza por intermédio da política executivo-legislativa de transações entre o Poder Público e os administrados-jurisdicionados, o que redundará em grande economia e numa maior racionalidade do sistema jurisdicional, principalmente na esfera federal, no sentido de prevenir ou atenuar as demandas de massa que vêm sistematicamente abarrotando o Judiciário brasileiro.

Um estudo paradigmático e pioneiro sobre o assunto foi realizado pelo Departamento de Pós-graduação na Universidade Gama Filho (RJ) – cursos de mestrado e doutorado na área do direito tributário. Ricardo Lobo Torres noticia que o tema de pesquisa sugerido para os cursos de mestrado e doutorado da referida instituição no ano de 1992 foi a “Correção Legislativa da Jurisprudência em Matéria Tributária”, ou seja, sobre a superação de decisões judiciais pelas novas normas emanadas do Legislativo. Durante os trabalhos, entretanto, ficou evidenciado que a correção legislativa ocorria poucas vezes na nossa prática jurídica, o que redirecionou a pesquisa também para aquelas hipóteses em que a jurisprudência exerce o papel de fonte formal do direito tributário ou em que aparece como inspiradora da legislação.

Um dos resultados surpreendentes da mencionada pesquisa diz respeito ao papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal em prol do desenvolvimento legislativo do direito tributário brasileiro, inclusive com a consagração constitucional do princípio da anterioridade. Por sua relevância aos desígnios do presente estudo, é digno de registro o seguinte excerto do artigo de Ricardo Lobo Torres, *verbis*:

O STF foi pródigo em oferecer as premissas para a ulterior legislação tributária. Todo o tema da repetição do indébito tributário, p. ex., disciplinado nos arts. 165 e ss. do CTN, tem inequívoca inspiração pretoriana (Súmulas 71 e 546). O princípio constitucional da anterioridade, hoje estampado no art. 150, III, 'b', da CF, encontrou apoio nos julgados do STF ao tempo da CF de 1946,

sintetizados na Súmula 66: 'É legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro.

Alguns impostos específicos, como os incidentes sobre a propriedade imobiliária (ITBI, IPTU, *causa mortis* e ITR), sofreram o influxo da criação jurisprudencial do STF, como documentou competentemente o mestrando Prof. Marcos Juruena Villela Souto, também Procurador do Estado, na sua colaboração à pesquisa acadêmica, já publicada.¹⁴²

É importante consignar que o direito tributário é um dos temas mais delicados do Estado, dada a sua íntima conexão com o desenvolvimento nacional e tendo em vista que constitui o tecido normativo da principal fonte de arrecadação de recursos financeiros: a tributação. Daí a fúria fiscal sempre crescente do Poder Público, o que enaltece as conquistas históricas dos contribuintes perante o Supremo Tribunal Federal

A legalização da jurisprudência pode ocorrer de duas formas: i) reconhecimento estatal, por intermédio de lei ou ato administrativo normativo, aos termos de jurisprudência que encampou tese favorável aos jurisdicionados-administrados em causas indenizatórias propostas em desfavor do Poder Público; ii) consagração legislativa superveniente de jurisprudência que inovou, no todo ou em parte, o cenário jurídico.

Normalmente, o reconhecimento estatal ocorre em ações de massa e a iniciativa de lei ou a edição de ato normativo primário e demais atos regulamentares parte do Poder Executivo. No âmbito federal, podemos citar a MP n. 2.169-43, de 24.08.2001, que estendeu aos servidores civis do Poder Executivo Federal a vantagem de vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento (28,86%), objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal e a MP 2.225-45, de 40.09.2001, em que a União reconheceu como devido o percentual três vírgula dezessete por cento (3,17%) aos servidores públicos da União.¹⁴³

É importante assinalar que, no âmbito da União, existem instrumentos consagrados em lei tendentes ao reconhecimento de teses jurisprudenciais a qualquer tempo, como as súmulas da Advocacia-Geral da União, previstas no art. 43 da LC 73/93, e as normas legais e regulamentares autorizativas de

¹⁴² TORRES, op. cit., p. 11.

¹⁴³ O resíduo de 3,17% decorreu da variação do IPC-r correspondente ao reajuste de janeiro de 1995, que decorreu da aplicação do art. 28 e do par. 5º do art. 29 da Lei n. 8880/94.

acordo no âmbito do Poder Público Federal, nos casos e nos limites estabelecidos em seu conteúdo normativo, de que constitui exemplo a Lei 9.469/97.¹⁴⁴

Ressalte-se, por relevante, que as súmulas da Advocacia-Geral da União não configuram meras orientações ou sugestões de atuação dos componentes da advocacia pública federal. Ao revés, as referidas súmulas vinculam todos os órgãos jurídicos da própria AGU e os órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas federais (LC 73/93, art. 43 c/c arts. 2º e 17). Aliás, o art. 28, II, da LC 73/93 capitula como falta disciplinar a inobservância de tais súmulas.

Assim, uma vez expedida a súmula, a AGU acaba por encampar a jurisprudência, tendo em vista que a não-interposição de recursos e a formulação de acordos tenderão a encerrar a discussão nas instâncias ordinárias e, conseqüentemente, prevenir a propositura de novas demandas sobre o mesmo assunto.¹⁴⁵

Nesse mesmo diapasão, vale mencionar o Memo-Circular n. 01/PR/INSS, que estabelece as diretrizes para acordos e não-interposição de recursos no âmbito das causas previdenciárias. O referido ato administrativo encampou, de forma expressiva e abrangente, construções jurisprudenciais relevantes.

Por outro lado, o fenômeno mais freqüente nesse campo é a consagração legislativa superveniente de jurisprudência que inovou, no todo ou em parte, o cenário jurídico.

¹⁴⁴ Pioneiramente, a Lei n. 6.825, de 22.09.1980, que estabeleceu "normas para maior celeridade dos feitos no Tribunal Federal de Recursos e na Justiça Federal de Primeira Instância", cujo art. 5º autorizava os representantes judiciais da União suas autarquias e empresas públicas federais a "transigir para terminar o litígio, nas causas, salvo as de natureza fiscal e as relativas ao patrimônio imobiliário da União, de valor igual ou inferior a 100 (cem) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional. Quando o valor ultrapassasse tal limite, a transação somente seria possível "com a prévia e expressa autorização das autoridades indicadas pelo Poder Executivo". A Lei 6.825/80 foi revogada expressamente pela Lei 8.197, de 27.06.1991. Atualmente vigora a Lei 9.469, de 10.07.1997, que revogou a Lei 8.197/91.

¹⁴⁵ É interessante notar que, atualmente, a AGU avançou bastante e começou a sumular questões jurídicas extremamente relevantes e que contribuem, sobremaneira, para o progressivo descongestionamento da justiça brasileira. Neste sentido, as Súmulas-AGU ns. 25, 26, 27, 28, 30, 32, 35 e 38.

Além do direito tributário, o fenômeno da legalização da jurisprudência ocorre, praticamente, em todas as áreas do direito, principalmente aquelas mais debatidas no Poder Judiciário.

A legislação processual (penal, civil e trabalhista), conforme assinalamos no item 4.4.2, é fruto, em grande parte, da consagração da jurisprudência, que constitui o principal palco social onde se realiza a sua aplicação. Ao mesmo tempo, o mundo forense funciona como um terreno fértil para a renovação legal do direito processual, quase equivalente a um processo legislativo em permanente funcionamento, fornecendo ao Congresso Nacional os elementos imprescindíveis para a sua evolução legislativa.

Assinale-se que o Código Civil de 2002 consagrou, do ponto de vista legislativo, inúmeros precedentes jurisprudenciais fixados a partir da interpretação do vetusto Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916, graças ao amplo debate social a que foram submetidos tais diplomas perante o Poder Judiciário ao longo das décadas em que vigoraram.¹⁴⁶

José Rogério Cruz e Tucci, em profunda pesquisa sobre a jurisprudência como fonte do direito¹⁴⁷, aborda o caráter antecipatório (em relação à lei) e paradigmático da jurisprudência em matéria de direito de família e a sua legalização perante o Código Civil de 2002. Sob tal aspecto, registra o autor que “as inúmeras inovações inseridas em nosso novo Código Civil nada mais representam do que a mera recepção, pela lei escrita, de orientação jurisprudencial sedimentada.” Dentre as contribuições mencionadas, constam o crescente prestígio da figura paterna em termos de guarda¹⁴⁸; a mitigação do elemento culpa para desconstituição da obrigação alimentar¹⁴⁹; a longa e rica trajetória dos direitos da concubina – desde o reconhecimento à indenização

¹⁴⁶ Neste sentido, Rebeca Ferreira Brasil, no artigo intitulado “Apontamentos sobre o Direito das Obrigações sob a ótica do Código Civil de 2002”, anota que “a principal característica desse código é a legalização de matérias já consolidadas pelo usos e costumes, bem como pela jurisprudência”. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/17/27/1727/>>. Acesso em: 16 out. 2008.

¹⁴⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹⁴⁸ BRASIL. Código Civil (2002). Art. 1.584.

¹⁴⁹ BRASIL. Código Civil (2002). Art. 1.694, § 2º.

previdenciária; em caso de morte do segurado, até a plena regulamentação legislativa da união estável.¹⁵⁰

José Rogério Cruz e Tucci reconhece a importância da Súmula 380 do STF (reconhecimento dos efeitos patrimoniais decorrentes da sociedade de fato entre os concubinos), editada na vigência do Código Civil de 1916, como um dos elementos fundamentais para o desenvolvimento legislativo da união estável, primeiramente pelo art. 226, § 3º, da CF/88 até a disciplina dos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil de 2002.¹⁵¹

O valioso estudo de José Rogério Cruz e Tucci também assinala a importância da jurisprudência na concretização e na atual disciplina normativa do princípio da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e nos arts. 113, 421 e 422 do Código Civil de 2002. Quanto aos direitos da personalidade, acentua o autor:

Entre nós, muito antes da promulgação da Carta Magna de 1988, foram sem dúvida os precedentes judiciais que descortinaram os princípios e as características comuns dos diferentes direitos da personalidade, no sentido de delimitá-los e possibilitar a sua ulterior sistematização.¹⁵²

A consagração legislativa da lesão, como causa de invalidade do negócio jurídico (art. 157 do novo Código Civil), a resolução por excessiva onerosidade (arts. 478/480 do novo Código Civil) e a disciplina do enriquecimento sem causa (arts. 884/886 do novo Código Civil) são outras contribuições introduzidas por intermédio dos precedentes judiciais, segundo preleciona José Rogério Cruz e Tucci.¹⁵³

A jurisprudência consolidada a respeito do direito de saque do FGTS em favor de pessoas portadoras de moléstias graves impeliu o Congresso Nacional a ampliar o rol das hipóteses de saques da verba fundiária previstas na Lei n. 8.036/90, passando a contemplar os portadores de neoplasia maligna

¹⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 288.

¹⁵¹ Id., *Ibid.*, p. 288-289.

¹⁵² Id., *Ibid.*, p. 290.

¹⁵³ Id., *Ibid.*, p. 293.

(art. 20, XI)¹⁵⁴, do “vírus HIV” (art. 20, XIII)¹⁵⁵ e de “doença grave” (art. 20, XIV)¹⁵⁶.

A Lei n. 9.313/96, que expressamente obriga o Poder Público, em suas três esferas de atuação, a prestar a assistência farmacêutica e médico-hospitalar aos portadores do HIV, foi fruto da iterativa jurisprudência que foi construída em prol desses cidadãos. No tocante ao reconhecimento do papel da jurisprudência relativamente a tal avanço legislativo, Flávia Piovesan assim se manifesta, *verbis*:

Para ilustrar, basta lembrar que, em razão da larga jurisprudência que condenava o Poder Público a oferecer gratuitamente medicamentos às pessoas portadoras do vírus HIV, foi aprovada a Lei 9.313, de 13 de novembro de 1996, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portares do HIV e doentes de AIDS, cabendo ao Sistema Único de Saúde fornecer toda medicação necessária a seu tratamento.¹⁵⁷

A Lei n. 9.294/96, que estabeleceu a proibição de fumar em áreas públicas e em aeronaves, também foi fruto de encampação legislativa de decisões judiciais emitidas em ações civis públicas.

A avançada Lei n. 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito da União, também contemplou inúmeras conquistas jurídico-administrativas consagradas pela jurisprudência, figurando, entre elas, as prerrogativas decorrentes da autotutela administrativa (art. 53), de há muito prevista na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. A vedação de aplicação retroativa de nova interpretação administrativa (art. 2º, p. único, XIII, *in fine*), o prazo decadencial de cinco anos para a anulação dos atos administrativos (art. 54), a possibilidade de sua convalidação (art. 55) e a disciplina da *reformatio in pejus* em sede de recursos administrativos (art. 64, p. único) são exemplos de dispositivos legais que consagraram a jurisprudência construída em torno do

¹⁵⁴ Inciso XI acrescentado pela Lei 8.922/1994.

¹⁵⁵ Inciso XIII acrescentado pela MP 2.164-41/2001.

¹⁵⁶ Inciso XIV acrescentado pela MP 2.164-41/2001.

¹⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. A Litigância de Direitos Humanos no Brasil: Desafios e Perspectivas no Uso dos Sistemas Nacional e Internacional de Proteção. In: DORA, Denise Dourado (Coord.). *Direito e Mudança Social: Projetos de Promoção e Defesa de Direitos Apoiados pela Fundação Ford no Mundo*. Rio de Janeiro: Renovar: Fundação Ford, 2003. p. 165-200.

direito administrativo. A maioria das regras de concurso público, no Brasil, não vêm disciplinadas por lei e foram construídas, em sua grande maioria, pela jurisprudência e muitas delas, posteriormente, foram encampadas por leis supervenientes.

Muitas vezes, as decisões judiciais propiciam a mudança dos regulamentos do Poder Executivo em prol dos cidadãos-administrados. Menciona-se, como eloqüente exemplo, a iterativa jurisprudência que reconheceu o direito à pensão pela morte do companheiro homossexual, o que rendeu ensejo à expedição da Instrução Normativa INSS/DC n. 57/2001¹⁵⁸, que consagrou, expressamente, tal prerrogativa previdenciária. Dentro de tal diapasão, menciona-se o Decreto n. 4.827/2003¹⁵⁹ que contemplou o direito adquirido à contagem do tempo de serviço ou de contribuição nos moldes da legislação de regência, fruto de consolidada construção jurisprudencial.

No contexto do direito previdenciário, mencione-se, ainda, a recente Lei 11.718, de 20.06.2008, que consagrou entendimentos jurisprudenciais consolidados acerca da interpretação de diversos aspectos legais dos trabalhadores rurais e dos segurados especiais.

A lista ora examinada é uma pequena amostra desse fenômeno de interação entre legislação e jurisdição e demonstra que a dialeticidade da complementaridade entre tais funções é um fenômeno historicamente intermitente e fundamental para a própria evolução do direito, conforme apontamos no item 4.4.2.

3.5.3 O problema da vinculatividade da jurisprudência enquanto fonte do direito

¹⁵⁸ Publicada no D.O.U. 110-E de 08.06.2000. Na fundamentação desse ato normativo figura a decisão prolatada na ação civil pública n. 2000.71.00.009347-0.

¹⁵⁹ BRASIL. Decreto nº 4.827, de 03 de setembro de 2003. Altera o art. 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 set 2003. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/2003/4827.htm>>. Acesso em: 08 maio 2008.

O Poder Judiciário brasileiro vem sofrendo, continuamente, profundas transformações no que concerne à implementação de ferramentas conducentes a uma maior racionalização do sistema processual-recursal, principalmente a partir da EC n. 45/2004 com a instituição da repercussão geral em sede de recursos extraordinários e da súmula vinculante, o que, a nosso sentir, é suscetível de redundar no fortalecimento da jurisprudência como fonte do direito a partir da ampliação de sua vinculatividade perante os demais órgãos da estrutura judiciárias do país.

Era inevitável conter as mudanças que estavam sendo sinalizadas desde o início da década de 1990, com acesos debates e amplos questionamentos entre os cidadãos, juristas, professores, profissionais do direito, representantes de segmentos sociais diversos acerca da viabilidade de uma ampla reforma em diversos aspectos da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, em ordem a conferir ao sistema jurisdicional maior economia, efetividade e racionalidade. A súmula vinculante ensejou os debates mais profundos e acirrados entre os estudiosos, dividindo-se as opiniões em torno de suas vantagens e desvantagens, no que concerne aos aspectos ligados à sua legitimidade democrática e à sua conveniência como ferramenta de aperfeiçoamento do sistema recursal e de desenvolvimento ou engessamento da atividade hermenêutico-criativa.

Dentro das premissas delineadas em nosso estudo, mais importante e preocupante do que o mencionado dado em questão – fortalecimento da jurisdição constitucional por intermédio da consagração legislativa de instrumentos tendentes à outorga de vinculatividade geral às decisões do Supremo Tribunal Federal – é a forma pela qual o processo de construção do direito vai se desenvolver até receber a senha suprema para o encerramento de suas possibilidades discursivas, ao menos dentro das diretrizes interpretativas delineadas nos respectivos julgamentos. Tais circunstâncias serão examinadas no Capítulo 04 (Legitimidade democrática da função jurisdicional).

Ademais, conforme vimos no item anterior, mais cedo ou mais tarde, a jurisprudência consolidada acerca de determinado assunto acabará sendo

encampada pela legislação ou poderá ser objeto de acordos, como no caso das ações de massa promovidas contra o Poder Público.

Realmente, não faz sentido algum que as decisões definitivas das Cortes Supremas, em qualquer país do mundo, não vinculem os demais órgãos judiciários e, conforme o caso, os órgãos e entidades da Administração Pública, tendo em vista a própria lógica inerente à cadeia sucessiva de graus de jurisdição e o alcance amplo do postulado magno de sua inafastabilidade no Brasil que abarca, inclusive, os órgãos e as entidades administrativas do Estado. De resto, se a sociedade não se conformar com a interpretação última da norma dada pelo Supremo Tribunal Federal poderá valer-se da chamada “contraposição legislativa da jurisprudência”, fenômeno político que será examinado no próximo tópico.

3.5.4 A contraposição legislativa da jurisprudência

Um dos sistemas de controle mais eficientes das interpretações jurisdicionais ou da chamada criatividade judicial consiste na produção de ato normativo primário em sentido contrário à orientação jurisprudencial firmada, diante de fatores de ordem política, social, econômica, cultural e jurídica. A contraposição legislativa da jurisprudência é uma natural decorrência da independência das funções estatais básicas e um dos consectários da doutrina do *check and balances*.

A depender da hipótese, a contraposição legislativa da jurisprudência pode ocorrer por intermédio de edição de ato normativo primário de natureza infraconstitucional (lei ordinária, lei complementar, etc.) ou por meio de emenda constitucional. Obviamente, vão existir situações em que restará inviabilizada a adoção de tal mecanismo político-legislativo, pois o Supremo Tribunal Federal, dentro do desenho constitucional brasileiro, figura como guardião último da Constituição. Assim, é praticamente intangível, do ponto de vista legislativo, a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do sentido e do alcance de determinada cláusula pétrea. Nessa ordem de perspectivas, a súmula vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal, que veda a prática do

nepotismo no âmbito da Administração Pública, não pode ser objeto de contraposição legislativa, uma vez que encerra a densificação de princípios fundamentais insuscetíveis de serem afastados por emenda à Constituição, como a moralidade e a impessoalidade, eis que alicerçam o *elan magno* do constituinte originário.

Ricardo Lobo Torres nos fornece duas situações em que tem lugar o fenômeno da contraposição legislativa da jurisprudência: i) no radical repúdio à interpretação judicial em face da edição de norma intencionalmente contrastante com o seu indesejado conteúdo; ii) na retificação de norma anterior que, por ambigüidade ou falta de clareza, tenha levado o Poder Judiciário a adotar interpretação incompatível com os pressupostos doutrinários da matéria.¹⁶⁰

Quanto a este segundo aspecto, Inocêncio Mártires Coelho, quando examina a relação de interdependência entre os processos de produção e interpretação de normas (dialética de complementaridade), adverte que a observância de regras técnicas na feitura de atos legislativos – no tocante à elaboração, redação e alteração – na forma em que disciplinada na Lei Complementar n. 95/98, consubstanciam, em realidade, exigências de racionalização, cujo prévio atendimento facilitará a futura compreensão, interpretação e aplicação dos comandos legais, tornando dispensáveis os malabarismos que desacreditam a atividade hermenêutica.¹⁶¹

Dessa forma, um risco a que se sujeitam os comandos legais imperfeitamente forjados é a sua interpretação jurisdicional equivocada ou cientificamente inadequada e o seu conseqüente repúdio por norma legal superveniente, em franco descrédito social à função jurisdicional. Daí decorre um enorme impasse para os intérpretes e órgãos aplicadores, pois lhes restará escolher uma de duas condutas possíveis: de um lado, poderão fazer uso de “malabarismos hermenêuticos”, correndo-se o risco de transformar a atividade interpretativa em mero instrumental retórico e legitimador do preconcebido resultado a ser alcançado e, de outro lado, poderão consagrar interpretações linguisticamente possíveis, dentro dos limites legítimos do afazer hermenêutico,

¹⁶⁰ TORRES, Ricardo Lobo. A integração entre a lei e a jurisprudência em matéria tributária. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 03, p. 11-12, abr./jun. 1993.

¹⁶¹ COELHO, op. cit., p. 49.

mas em franco arrepio aos cânones teóricos e científicos que norteiam os institutos jurídicos disciplinados na legislação defeituosa.

Muitas vezes, a contraposição legislativa da jurisprudência dá azo a condutas arbitrárias dos governantes, como no episódio histórico em que Getúlio Vargas baixou o Decreto-Lei 1.564, de 05.09.39¹⁶², cassando as decisões judiciais que haviam declarado inconstitucional o art. 27 do Decreto-Lei 1.168, de 22.03.39, não restando outra alternativa à Corte Suprema senão acatar referido ato de exceção. No entanto, o STF não se curvou servilmente e deixou registrado o seu protesto nas palavras de um dos baluartes da história da Corte Suprema brasileira, o ilustre Ministro Carlos Maximiliano:

Qual a diretriz futura a predominar nos pretórios, em face da resolução presidencial? Não posso recorrer ao apoio preciso do Direito Comparado, porque a providência constitucional brasileira, consistente em reformar sentenças por meio de decretos, não encontra similar ou paradigma em país nenhum do orbe terráqueo.¹⁶³

Importante assinalar, sem embargo, que as contraposições legislativas da jurisprudência tiveram um papel importante na história do desenvolvimento do direito e das instituições democráticas. Na esteira do estudo e da pesquisa de Ricardo Lobo Torres, constatou-se que a contraposição legislativa da jurisprudência, no direito comparado, é antiga e nos Estados Unidos remonta à 16^a Emenda Constitucional, de 1913, que retificou inúmeros julgados da Suprema Corte que impediam a Cobrança do imposto de renda¹⁶⁴. Curiosamente, anos depois a mesma temática acarretaria tensões políticas entre o STF e o Governo Getúlio Vargas. Os conflitos entre o Congresso e a Suprema Corte americana são quase sempre de origem ideológica e, a partir dos anos de 1930, a contraposição legislativa deitava raízes em argumentos liberais opostos às atitudes conservadoras do Judiciário; nos anos de 1980

¹⁶² BRASIL. Decreto-Lei nº1.564, de 05 de setembro de 1939: "São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, ficando sem efeito as decisões do STF e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos."

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 626. Ac. do Pleno, de 27.09.39, Relator: Min. José Linhares, RF 82/297, 1940.

¹⁶⁴ TORRES, op. cit., p. 15.

inverte-se a questão ideológica e a legislação conservadora procura conter as decisões liberais da Suprema Corte.¹⁶⁵

Ricardo Lobo Torres também registra o crescimento da contraposição legislativa na Alemanha, principalmente em matéria tributária, e, na esteira do pensamento do Prof. Joachim Lang da Universidade de Colônia, afirma que a atitude do legislador só seria inconstitucional se motivada pelo interesse meramente fiscalista ou se tivesse por objetivo subverter o equilíbrio entre os Poderes do Estado.¹⁶⁶

De qualquer sorte, a contraposição legislativa da jurisprudência é um instrumento de garantia aos cidadãos em geral, no sentido de que as interpretações jurisdicionais da lei não estão imunes ao balanço crítico da sociedade e não podem estar divorciadas da História, dos movimentos emancipatórios legítimos e dos pressupostos científicos mínimos que norteiam as instituições jurídicas.

3.6 OS ASPECTOS ESSENCIAIS DA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL

3.6.1 O caráter discursivo-cooperativo da jurisprudência

Até a presente altura deste Capítulo, examinamos muitas facetas externas da jurisprudência, como o seu desenvolvimento formal, a abrangência de sua vinculatividade e a sua estrutura enquanto fonte do direito, a relação dialética com a função legislativo-normativa e, em suma, a sua fundamental importância para a evolução e o desenvolvimento funcional do sistema jurídico como um todo.

Mas, afinal de contas, no que consiste a jurisprudência? Qual a essência do fenômeno jurisprudencial? É só a reiteração de julgados com a mesma tese jurídica produzida por juízes e Tribunais? É só o mero resultado

¹⁶⁵ TORRES, op. cit., p. 15-16.

¹⁶⁶ TORRES, op. cit., p. 16.

da leitura técnica das normas de direito pelos intérpretes jurídicos e pelos órgãos aplicadores oficiais?

Dentro das perspectivas delineadas em nosso estudo, a jurisprudência, conforme já assinalamos anteriormente, é a resultante do grande laboratório social da dialeticidade da experiência jurídica e esse complexo conceito envolve diversos protagonistas e partícipes. Mais do que isso, envolve diversas realidades geográficas e sócio-culturais, bem como vários momentos históricos, desde a produção da lei, ou até mesmo antes de sua concepção normativo-abstrata, até o colorido de sua aplicação. Envolve também a leitura e a releitura de trabalhos acadêmicos, lições e obras doutrinárias, pareceres jurídicos, depoimentos pessoais das partes processuais, medidas liminares e antecipatórias, arguições orais, outras decisões interlocutórias, memoriais, despachos, sentenças, acórdãos, recursos e, principalmente, as vivências cotidianas do direito pelos destinatários das normas que estão externadas, principalmente, na petição inicial.

A petição inicial, do ponto de vista formal, inicia o processo judicial, mas, em si e no mais das vezes, já é fruto de uma complexa construção jurídica, a partir do acoplamento do caráter dinâmico dos fatos sociais e do caráter conformador das regras de direito. A petição inicial externa, muitas vezes, as angústias dos que vivenciam as categorias jurídicas no plano da realidade histórico-cultural, veiculam os sentimentos de injustiça diante das normas abstratas e ilumina o horizonte do agir e do vivenciar a idéia de direito pelos partícipes da sociedade. Em tensão dialética com a petição inicial, a contestação, muitas vezes, também desempenha esse mesmo papel, ainda que em grau mais reduzido porquanto adstrita, factualmente e sob antítese, aos termos da peça inaugural. A mesma relação se opera no campo dos recursos e das contra-razões recursais. Dessa maneira, a sentença e o acórdão ostentam, em cada grau de jurisdição, o papel sintetizador da tese e da antítese, seguindo a trilha da construção dialética (tese-antítese-síntese).

Se é verdade a circunstância de que aquele que “vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la”¹⁶⁷, também é certo que o termômetro social para a releitura das normas abstratas e para o processo de (re)construção do Direito perante os intérpretes jurídicos, a partir da dinâmica dos conflitos, é o sentimento de injustiça experimentado pelo destinatário da norma ainda no contexto de sua interpretação sociológica no mundo da vida. Obviamente, dada a sua índole manifestamente subjetiva, tal sentimento de injustiça deverá ser submetido a um processo prévio de avaliação técnico-jurídica no afã de se apurar o preenchimento das condições legais para o exercício legítimo do direito de ação, condição necessária para a feitura de uma petição inicial.

Desse modo, a construção de toda e qualquer jurisprudência inicia-se ainda no campo da realidade social de onde surgirão os conflitos em torno das interpretações conferidas, *a priori*, pelos destinatários diretos da norma geral e abstrata.

Uma súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, no mais das vezes e a depender da matéria veiculada, é a resultante de um número expressivo de processos judiciais ajuizados nos diversos rincões do país com as suas milhares de petições iniciais, as quais, à sua vez, externam as construções jurídicas dos partícipes das diversas realidades sociais e geográficas e dos profissionais do direito das mais variadas formações jurídicas e diferenciadas pautas de valores. Desses processos surgem uma multiplicidade de depoimentos pessoais, contestações, cotas ministeriais, perícias, outros estudos técnicos, sentenças, recursos, arguições orais, acórdãos, enunciados, com a participação de inúmeros profissionais do direito das diversas instâncias judiciárias, dentre eles, advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público, magistrados em geral (juízes, desembargadores e Ministros), assessores e demais servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos peritos judiciais, dos estagiários dos escritórios de advocacia, das partes processuais (cidadãos em geral, associações, sindicatos, empresariado, etc), intervenientes,

¹⁶⁷ HÄBERLE, Peter. *Heremênutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 13.

opponentes, assistentes, *amicus curae*, etc. Eis um terreno inovador do direito singularmente mais fértil, mais amplo e mais participativo do que qualquer processo legislativo.

Imagine-se, por exemplo, a situação de injustiça que foi vivenciada pelas mulheres concubinas no contexto histórico marcado pelo machismo extremo e por um alto grau de conservadorismo social. Tal sentimento de injustiça foi o fato social embrionário que levou o Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula 380¹⁶⁸, depois de amplos debates jurídicos mediados pelas instâncias ordinárias e por longos anos em prol do reconhecimento das conseqüências jurídico-patrimoniais advindas do concubinato (processo de co-interpretação). É intuitivo que tais pessoas, verdadeiras “forças produtivas de interpretação”, levaram aos intérpretes jurídicos os elementos embrionários da realidade social para a construção das teses que culminariam com a edição da Súmula 380 do STF.

Em suma, o mencionado verbete sumular não foi fruto isolado de uma tese construída por uma “mente jurídica iluminada” ou fruto exclusivo dos trabalhos intelectuais de um seletto colegiado de Ministros, mas, acima de tudo, foi a resultante do trabalho diuturno de milhares e milhares de cidadãos perante a realidade da vida e sob a dinâmica dialéticas dos conflitos, eis que vivenciaram diretamente as mazelas oriundas da lacuna normativa do ordenamento jurídico naquele contexto histórico, e perante o Poder Judiciário, juntamente com os intérpretes jurídicos em seus diferenciados papéis no processo e nas diversas instâncias judiciárias.

Nessa ordem de considerações, merecem ser lembradas as palavras de Roberto Lyra Filho, quando afirma que o direito legítimo não surge de um berço metafísico ou configura um presente generoso dos deuses, mas, antes de tudo, brota das oposições, dos conflitos e do caminho penoso do progresso.”¹⁶⁹

Obviamente, o alto grau de preparo intelectual e, mais do que isso, de sensibilidade e de sabedoria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal foram

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

¹⁶⁹ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008. p. 99.

elementos determinantes para o acolhimento da avançada tese jurídica naquela conjuntura histórica, pois, caso contrário, todo o trabalho desenvolvido seria em vão ou singularmente postergado, sacrificando-se as legítimas expectativas de toda uma geração.

Dentro de nossas perspectivas, a pedra de toque do singular papel que o Supremo Tribunal Federal exerce perante o ordenamento jurídico brasileiro reside muito mais na sua sensibilidade em saber escolher a interpretação historicamente correta, dentre aquelas que defluem dos processos judiciais e dos movimentos sociais emancipatórios que lhe são subjacentes, do que necessariamente em construir corretamente a decisão jurídica, mesmo porque o direito é fruto soberano e cooperativo do trabalho de toda a sociedade ativa e da democracia participativa por intermédio do papel desempenhado por seus destinatários diretos, dos cidadãos comuns enquanto partes processuais, dos advogados, doutrinadores, dos juízes de primeiro grau, desembargadores, membros do Ministério Público, dos Ministros dos Tribunais Superiores e dos próprios Ministros do STF, dentre outros profissionais ou pessoas interessadas no processo decisório. Afinal de contas, como lembra Miguel Reale, “em poder escolher para outrem consiste a nota distintiva e eminente do poder”.¹⁷⁰

Outro exemplo, também mencionado no item 4.5.2, diz respeito às pessoas portadoras de neoplasia maligna, HIV ou outra doença grave, titulares de contas vinculadas ao FGTS, mas que não se enquadravam nas hipóteses de saque consignadas na redação original da Lei n. 8.036/90, cujo escopo social é voltado à realização do direito à moradia. Muitas dessas pessoas, contaminadas por um sentimento de profunda injustiça diante da norma, buscaram o Poder Judiciário diante da mencionada restrição normativo-abstrata. Também é intuitivo que tais cidadãos ao movimentarem, por iniciativa direta, toda a complexa estrutura estatal inerente à função jurisdicional (advogados, defensores públicos, juízes de 1º grau, desembargadores, ministros, membros do Ministério Público, servidores, etc), tenham realizado, consciente ou inconscientemente, uma primeira interpretação da Lei 8.036/90 (depois avalizada e sofisticada oficialmente), traduzida na seguinte indagação: como o direito à vida e à dignidade humana, nas circunstâncias, podem ser

¹⁷⁰ REALE, op. cit., p. 56.

inferiorizados diante do direito à moradia ou por um capricho legal? Obviamente, a interpretação do cidadão, o qual nunca foi apresentado a Robert Alexy, foi sofisticada com os argumentos dos interlocutores envolvidos e do órgão jurisdicional aplicador da norma em sede de processo judicial dialético. Aliás, milhares e milhares dessas ações foram ajuizadas perante o Poder Judiciário de todo país.

Outro exemplo citado no item 4.5.2 diz respeito aos trabalhos jurisprudenciais que antecederam à edição da Lei n. 9.313/96, que expressamente obriga o Poder Público, em suas três esferas de atuação, a prestar a assistência farmacêutica e médico-hospitalar aos portadores do HIV.

A Lei n. 9.313/96, em realidade, foi fruto da encampação da iterativa jurisprudência firmada em prol dos cidadãos portadores da moléstia citada, conforme observação do Juiz Federal George Marmelstein Lima em sua premiada monografia intitulada "Papel Social da Justiça Federal: Garantia de Cidadania"¹⁷¹. No início dos anos 1990, vários juízes de primeiro grau concederam liminares em favor de pacientes com SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), obrigando o Estado a fornecer o "coquetel" de medicamentos inibidores da protease, capazes de impedir o HIV de se reproduzir. Quando a matéria já estava praticamente pacificada nos Tribunais, o Governo Federal finalmente reconheceu seu dever de fornecer medicamentos em prol das pessoas carentes portadores do HIV e, em 1996, foi sancionada a Lei n. 9.313/96, que expressamente obriga o Poder Público, em suas três esferas de atuação, a prestar a assistência farmacêutica e médico-hospitalar aos portadores desse vírus. Flávia Piovesan, conforme assinalamos no item 3.5.2, também reconhece, de forma expressa, que a Lei n. 9.313/96 foi fruto de larga construção jurisprudencial.¹⁷²

O valor do programa governamental de combate e prevenção da SIDA, externado na Lei n. 9.313/96, foi premiado por diversas entidades

¹⁷¹ A monografia "Papel Social da Justiça Federal: Garantia de Cidadania" ganhou o 1º lugar no concurso de monografias do TRF da 5ª Região. Disponível em: <georgemlima.blogspot.com>. Acesso em: 11 mar. 2008.

¹⁷² PIOVESAN, Flávia. A Litigância de Direitos Humanos no Brasil: Desafios e Perspectivas no Uso dos Sistemas Nacional e Internacional de Proteção. In: DORA, Denise Dourado (Coord.). *Direito e Mudança Social: Projetos de Promoção e Defesa de Direitos Apoiados pela Fundação Ford no Mundo*. Rio de Janeiro: Renovar: Fundação Ford, 2003. p. 165-200.

internacionais como um dos mais humanitários e eficientes do mundo, graças à distribuição gratuita de medicamentos. Mas, afinal de contas, quem foram os grandes protagonistas e responsáveis pela construção jurisprudencial que antecedeu à edição da Lei n. 9.313/96 e do conseqüente prestígio internacional dessa política pública brasileira?

Não há dúvidas: os próprios cidadãos aidéticos destinatários diretos da norma, que se mobilizaram por intermédio da função jurisdicional do Estado e com a inestimável colaboração dos intérpretes jurídicos e dos órgãos estatais aplicadores do direito. Infelizmente, a opinião pública foi direcionada para acreditar que o mérito quase exclusivo dessa política pública de prestígio internacional foi fruto da mera atuação de políticos, que aliás exploraram bastante o episódio em função de momentâneos interesses partidários.

Nos três exemplos mencionados, os cidadãos brasileiros atuaram como verdadeiros fatores reais de poder por intermédio da função jurisdicional do Estado. Nos três exemplos mencionados, as construções jurisprudenciais foram encampadas pela lei, conforme vimos no tópico 4.5.2 (Legalização da Jurisprudência).

Por isso que, no próximo item, dedicaremos especial atenção ao processo de construção jurisprudencial como fruto do intercâmbio dialético do material hermenêutico produzido pelos destinatários da norma em intercâmbio dialético com a hermenêutica dos profissionais jurídicos.

3.6.2 A jurisprudência como resultante do intercâmbio dialético entre a hermenêutica popular do direito e a hermenêutica dos profissionais jurídicos

Vimos no Capítulo 02 (item 2.3 e seguintes) que os destinatários das normas legais praticam, diuturnamente, atividade hermenêutica no horizonte do agir e do vivenciar o direito, mesmo porque a intermediação jurídica judicial ou extrajudicial, muito onerosa por sinal, constitui exceção à regra da observância do direito legislado por parte da própria sociedade.

Repise-se, por fundamental aos desígnios de nossas reflexões, que o conceito de interpretação que adotamos na linha de uma hermenêutica popular do direito é fornecido por Peter Häberle. É que, o jurista alemão distingue a interpretação em sentido estrito – , qual seja, a “atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma (de um texto)”, sendo-lhe imanente o manejo do método, – da interpretação em sentido mais abrangente, pois “uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica”, alargando-se o seu raio de ação para abranger o cidadão e outras “potências públicas”, pois “representam forças produtivas de interpretação” e, por isso, são “intérpretes constitucionais em sentido lato”.¹⁷³

Outro aspecto essencial que abordamos no Capítulo 02, sem embargo da adoção do conceito abrangente de hermenêutica jurídica fornecido por Peter Häberle, foi a observação no sentido da existência de muitos setores juridicamente organizados no seio da sociedade e, por isso, uma gama considerável de cidadãos e de representantes de entidades como associações, sindicatos, organizações não governamentais, ainda que sem formação jurídica, adotam procedimentos hermenêuticos consistentes e com metodologia pré-direcionada, muitas vezes com mais habilidade do que a generalidade dos profissionais do direito, seja pela notória experiência adquirida pelo *vivenciar a realidade das normas interpretadas*, seja em face de uma especialização adquirida pelo exercício de determinadas funções públicas ou atividades privadas. A esse respeito, sobejam exemplos no campo de interpretação e aplicação popular do direito constitucional: i) professores, assistentes pedagógicos e educadores em geral quanto à hermenêutica dos princípios elencados nos incs. II e III do art. 206 da CF/88; ii) jornalistas e demais profissionais de comunicação social, quanto à hermenêutica do art. 5º, IX, e do art. 220 da CF/88; iii) índios, etnólogos, antropólogos, etc, quanto à hermenêutica do art. 231 da CF/88; iv) representantes de entidades religiosas quanto à hermenêutica do art. 5º, VI, da CF/88; v) componentes da sociedade conjugal quanto à hermenêutica do par. 7º do art. 226 da CF/88; v) músicos,

¹⁷³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 14.

escultores, atores e atrizes, pintores e artistas em geral quanto à interpretação do art. 5º, IX e do art. 216 da CF/88.

Assim, no âmbito da jurisdição constitucional e da jurisprudência constitucional, a atuação dos “intérpretes constitucionais em sentido lato” exterioriza-se, principalmente, como fator de influência ou de auxílio no processo oficial de construção da decisão jurisdicional, até mesmo para lhe conferir maior legitimidade. Tal aspecto é bem perceptível no que diz respeito aos direitos fundamentais, conforme se depreende da seguinte passagem de Häberle quando exemplifica a participação dos destinatários do princípio fundamental da liberdade de crença perante a Corte Constitucional alemã:

Em se tratando de muitos direitos fundamentais, já se processa a interpretação (talvez conscientemente?) no modo como os destinatários da norma preenchem o âmbito de proteção daquele direito. Dessa forma, a Corte Constitucional define o âmbito de proteção do art. 4º, nºs 1 e 2, da Lei Fundamental, com o auxílio da concepção da igreja, das organizações religiosas e de opinião.¹⁷⁴

O “modo como os destinatários da norma preenchem o âmbito de proteção” dos direitos fundamentais externa, assim, a interpretação popular do direito constitucional, a qual não pode ser ignorada pelos intérpretes e aplicadores oficiais do sistema jurídico.

Aliás, Häberle sustenta, explicitamente, a possibilidade da existência de uma Constituição material, fruto da ação diuturna dos intérpretes constitucionais em sentido lato, sem a participação da Corte Constitucional, “seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados.” Assim, pode existir Constituição material sem a atuação dos intérpretes jurídicos e órgãos aplicadores oficiais.¹⁷⁵

Assim, a partir da leitura da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição de Häberle, constata-se que a interpretação constitucional operada pelos *destinatários* da norma fundamental pode ocorrer tanto no campo da práxis social (esfera pré-processual ou extra-processual), quanto no âmbito da jurisdição constitucional (esfera processual).

¹⁷⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 15.

¹⁷⁵ HÄBERLE, op. cit., p. 42.

As presentes idéias não têm o propósito de banalizar o afazer hermenêutico; antes, pelo contrário, buscam demonstrar o alto grau de responsabilidade inerente ao processo de interpretação e aplicação das normas jurídicas quando manejadas *pelos intérpretes e aplicadores oficiais do sistema*, eis que tais profissionais do direito são terceiros mediadores entre a ordem legal e os seus legítimos destinatários e, por isso, não podem ignorar o *substrato hermenêutico prévio* produzido no campo social.

Realmente, a interpretação jurídica não pode consistir em um simples arranjo lingüístico isolado do mundo real como se fosse um dado lançado em laboratório hermético e insuscetível de se comunicar com as circunstâncias da vida e com os destinos dos cidadãos envolvidos no processo hermenêutico.

Por mais sofisticada que seja a interpretação dos componentes da sociedade fechada dos intérpretes jurídicos, mediante adoção de uma linguagem científica e uma gama de critérios metodológicos, pensamos que os resultados a serem alcançados não poderão se distanciar muito das legítimas expectativas criadas pela sociedade aberta em torno do plexo de regras e princípios consignados na Constituição e no ordenamento estatal como um todo. Isso porque as propostas de mudança da lei no plano do Poder Legislativo normalmente partem de entidades representativas daqueles que vivenciam a realidade de sua interpretação e de sua aplicação no campo prático. Seria inconcebível, por exemplo, a aprovação de uma lei sobre a regulamentação da profissão de medicina sem a efetiva e decisiva participação dos médicos e de especialistas que vivenciam a realidade em que estão inseridos. A mesma coisa se diga em relação aos advogados, às normas de organização do Poder Judiciário, do Poder Executivo, dos Serviços Sociais Autônomos, dos partidos políticos, das associações, das entidades religiosas, dos sindicatos ou de quaisquer outras entidades públicas ou privadas. No exemplo da regulamentação legislativa da profissão de medicina, a atuação de tais profissionais também será decisiva nos sucessivos processos de interpretação e aplicação da norma então legislada, tanto no campo da realidade social quanto na seara jurisdicional ou executivo-regulamentar, até a deflagração de novas proposições legislativas para encampar tais inovações exegéticas, como num eterno processo de circularidade hermenêutico-criativa.

Calha dentro desse propósito, a sensacional passagem de Gregório Robles quando acentua a natureza aberta dos textos jurídicos e a sua natureza auto-reprodutiva (autopoética) e regenerativa de novos direitos proporcionados por releituras no contexto de processo de decisão, nestes termos:

O texto jurídico é um texto aberto. [...] A abertura indica que o texto não surge de uma só vez (como acontece com a novela), mas vai sendo gerado e regenerado progressivamente, como mecanismo autopoietico que é. O ser textual do direito é um ser *in fieri*, nunca terminado, mas em permanente transformação. Regenera-se mediante decisões diárias, que se incorporam em novas leis, em novas normas de vários tipos, em novas sentenças judiciais etc.¹⁷⁶

Sob o aspecto de sua legitimidade, é oportuno advertir que se as interpretações estritamente jurídicas se divorciarem, por completo, das interpretações legitimamente esperadas pelo corpo social, inclusive por intermédio de um processo judicial linguisticamente fechado, tecnicista e pouco participativo, a jurisprudência assim construída não terá condições de se revestir de credibilidade social e, possivelmente, poderá sofrer forte resistência popular e política, sujeitando-se, inclusive, ao fenômeno de sua contraposição legislativa, conforme examinamos no item 4.5.4.

Isso não quer dizer que o Judiciário, como o grande ancoradouro dos conflitos jurídicos, deva se transformar em mero chancelador das interpretações populares do direito; mas, de toda sorte, tem o dever de garantir uma efetiva e significativa participação dos destinatários das normas jurídicas nos processos judiciais, para se aproximar, o mais possível, da idéia que ilumina o cerne das categorias jurídicas sob o prisma da realidade social e sob o manto da participação plural e cooperativa de todos os atores envolvidos na construção dialética do direito.

Pode acontecer, ainda, que a edição de um preceito legislativo entre em descompasso com um modelo jurídico construído socialmente. A depender do seu grau de eficácia e importância acabará prevalecendo sobre os modelos legais, "os quais entram em eclipse, suscitando o delicado problema da

¹⁷⁶ ROBLES, Gregório. *O Direito como Texto: Quatro Estudos de Teoria Comunicacional do Direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves e Prefácio de Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Manole, 2005. p. 29.

derrogação das leis pelo desuso”, conforme arguta observação de Miguel Reale.¹⁷⁷

O fenômeno da revogação das leis pelo desuso é a prova cabal de que a destinatária última da ordem jurídica é a própria parcela que vivencia a sua realidade e toda sorte de inovação jurídica que pretender ganhar efetividade na esfera cotidiana, seja de natureza legislativa, executiva ou jurisprudencial, deverá ser construída com a colaboração hermenêutica inestimável dos componentes da sociedade diretamente alcançada pelo processo de criação normativa.

José Rogério Cruz e Tucci nos fornece um valioso exemplo de revogação de normas legais pelo seu desuso social e, conseqüentemente, pelo seu desprezo por parte dos Tribunais do país. A superação cultural do crime de adultério também gerou o completo desuso do correlato impedimento matrimonial entre o cônjuge adúltero e o seu co-réu, até ser completamente abolido do texto do art. 1521 do novo Código Civil. Também convém registrar outro exemplo fornecido pelo citado autor:

Também o defloramento da mulher, como causa de anulabilidade de casamento, perdeu força nos Tribunais e, com o passar do tempo, foi acintosamente desconsiderado pelos precedentes judiciais, até deixar de ser deduzido como causa de pedir.¹⁷⁸

No fundo, toda a engenharia hermenêutica atual, com uma gama considerável de métodos, fórmulas, critérios e princípios é para fornecer ao intérprete e ao aplicador do direito instrumentos passíveis de adequar as categorias abstratas à realidade e às necessidades da vida cotidiana. É que, conforme assinala Inocêncio Mártires Coelho “a vida do direito não tem sido lógica, tem sido experiência”.¹⁷⁹

O mais importante, dentro de nossas perspectivas teóricas, é a constatação de que a efetiva participação popular no processo judicial, espaço no qual a interpretação formulada pelo cidadão deverá ser submetida ao crivo

¹⁷⁷ REALE, op. cit., p. 69.

¹⁷⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 293.

¹⁷⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. As Idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 137, p. 163, jan./mar. 1998.

da dialética jurídica, confere uma maior legitimidade às construções jurisprudenciais e a tornam fruto de um trabalho cooperativo entre os profissionais do direito e os membros da sociedade.

É importante registrar, por outro lado, que nem sempre a visão popular do direito e das categorias jurídicas seja a forma mais legítima de manifestação democrática da soberania popular. A depender de ingredientes históricos e culturais, a visão popular do direito pode, inclusive, estar eivada de manifestos retrocessos políticos e sociais, fruto de uma visão singularmente conservadora e resistente aos novos movimentos emancipatórios, principalmente daqueles promovidos por minorias.

Assinale-se, por relevante, que a importância da participação mais efetiva dos cidadãos nos processos judiciais não reside, necessariamente, na obtenção de apoio popular aos julgados pelo ingênuo critério quantitativo. O respaldo democrático, sob as luzes de uma sociedade aberta e plural, marcada pela tolerância com as diferenças e a sua coexistência pacífica no território soberano sob a batuta de uma leitura compatível com os desígnios traçados pela Constituição do Estado, deve ser o norte seguro a ser perseguido pelas decisões jurisdicionais.

Pode ocorrer, por exemplo, a consagração popular de um modelo jurisdicional punitivo extremamente conservador e incompatível com o estágio evolutivo dos direitos humanos. Pode ocorrer, também, o fenômeno inverso, vale dizer, um modelo jurisdicional avançado no que concerne à interpretação das liberdades constitucionais e, sem embargo, não contar com o apoio social ou político.

É diante desse contexto que o Judiciário, dada a natureza dialética do processo judicial, sob o signo do contraditório, é a estrutura estatal virtualmente apta para consagrar os direitos das minorias, como bem assinalou Mauro Cappelletti¹⁸⁰, mesmo em sede de conjunturas históricas desfavoráveis aos

¹⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 29.

pleitos desses “novos sujeitos históricos”¹⁸¹, conforme abordaremos no Capítulo 06.

Muitas vezes, as Cortes Supremas recebem causas deflagradas em momentos delicados da vida política e de singular instabilidade institucional, o que pode render ensejo, muitas vezes, a decisões impopulares, mas necessárias sob o ponto de vista constitucional, o que realça, sobremaneira, a importância do postulado magno da independência da magistratura. Muitas políticas econômicas e tributárias manifestamente impopulares, mas importantes sob o ponto de vista macroeconômico, da governabilidade e da manutenção do processo de normalidade democrática são suscetíveis de serem mantidas pelas Cortes Supremas, sob um negativo e sonoro clamor social. Por isso, não é de estranhar que as grandes conquistas jurídicas de uma nação sufragadas pelas Cortes Constitucionais só sejam reconhecidas posteriormente.

O grande Aliomar Baleeiro, em clássico da literatura jurídica, acentuou as imensas e profundas crises vivenciadas pelo Supremo Tribunal Federal, até mesmo como fruto da nossa “conturbada vida republicana, presidencialista, entrecortada de revoluções, motins, golpes de Estado, decretações de estado de sítio” e ainda teve que enfrentar “a hostilidade ameaçadora de Floriano e o mau humor de Prudente de Moraes. Apesar de tais circunstâncias histórico-

¹⁸¹ À guisa de exemplos de “novos sujeitos históricos” articulados com as exigências de “dignidade, de participação, de satisfação mais justa e igualitária das necessidades fundamentais das maiorias”, Antônio Carlos Wolkmer menciona a seguinte relação de pessoas constante dos registros do Instituto Histórico Centro-Americano de Manágua (Nicarágua): “a) o camponês ou o trabalhador agrícola, a quem a terra não proporciona o preço do que produz; b) o emigrante rural que abandona, por falta de terra, o solo nativo em busca de novas fronteiras agrícolas, arriscando sua vida em regiões inóspitas; c) os desempregados, que inclusive cruzam as fronteiras dos países, e também os trabalhadores eventuais; d) nas cidades e nos complexos industriais, mineiros ou agroindustriais, o operário e o peão; e) também nos subúrbios e vilas, a imensa população desempregada, marginalizada dos serviços urbanos, sem água, sem luz, sem outra casa que não seja um rancho precário e sempre insuficiente para acolher uma vida familiar; f) as populações indígenas, maiorias discriminadas ou minorias ameaçadas de serem arrasadas, os povoadores mais antigos do continente, que vivem em seu lugar de origem como se fossem estrangeiros [...] junto com os negros, mulatos, morenos sucessores dos escravos trazidos da África; g) as multidões de jovens da América Latina, maioria indiscutível da população; h) as mulheres dessa maioria, duplamente exploradas e, no caso da mulher indígena ou negra, triplamente explorada pelo excesso que a exploração e a dominação social acrescenta à discriminação racial, inconfessa, porém real; i) finalmente, determinados segmentos das classes médias latino-americanas, frustradas tantas vezes em seu idealismo de contribuir para a produção de reformas estruturais e vítimas outras tantas da obsessão de poder das classes altas.” WOLKMER, Antônio Carlos. Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima (Org.) *Lições de Direito Alternativo 1*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

políticas, o Supremo Tribunal Federal, na dicção de Baleeiro, “bem ou mal, errando e corrigindo-se, vacilando mas afinal persistindo, cumpriu sua missão, como foi possível nas circunstâncias do tempo e do meio.”¹⁸²

Isso não quer dizer que o Poder Judiciário, mesmo em sede dessas delicadas causas e sob o apanágio da independência funcional de seus membros, esteja autorizado a julgar sob uma completa revelia da opinião pública e dos partícipes diretamente envolvidos. Peter Häberle adverte que a ampliação do círculo de intérpretes “é apenas consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação”. Sustenta, ainda, que a vinculação à lei e a independência da magistratura “não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade”. Por fim, Häberle defende que as influências externas exercidas pelo amplo círculo de intérpretes da Constituição “contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial.”¹⁸³

Nessa ordem de considerações, a jurisprudência, mesmo aquela construída em sede de processos objetivos de controle concentrado de constitucionalidade, deve ser fruto do intercâmbio dialético entre a hermenêutica popular e a hermenêutica dos intérpretes jurídicos.

¹⁸² BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal: Esse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 93.

¹⁸³ HÄBERLE, op. cit., p. 30-31.

4 O DIREITO DE AÇÃO COMO MANIFESTAÇÃO DA SOBERANIA POPULAR

4.1 O EXERCÍCIO DIRETO DO PODER PELO POVO POR INTERMÉDIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: NOVA LEITURA DO ARTIGO 2º, § ÚNICO, DA CF/88

Conforme exaustivamente examinado no Capítulo 03, buscamos demonstrar a fundamental importância que a jurisprudência vem exercendo para o desenvolvimento dos modelos jurídicos e para a própria evolução do direito legislado no Brasil. Considerando, ainda, o seu caráter discursivo-participativo e o seu resultado como substrato dialético entre a hermenêutica popular do direito e a hermenêutica dos intérpretes jurídicos, não há como mais encarar o direito de ação em perspectiva meramente secundária como fazem as doutrinas políticas hegemônicas da democracia representativa e da soberania popular.

O direito é fruto de uma diuturna construção da própria sociedade, principalmente por intermédio da função jurisdicional e, por isso, o direito de ação inerente à cidadania tem como resultado a jurisprudência, esse grande laboratório social da dialeticidade da experiência jurídica, a qual fomenta o desenvolvimento dos modelos jurídicos legais.

Por isso, impõe-se uma releitura democrática da Constituição Federal de 1988 no afã de erigir o direito de ação ao *status* magno de instrumento de realização da soberania popular.

Segundo o art. 2º, p. único, da Constituição da República "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente." Os Poderes Legislativo e Executivo são de índole ativa e são exercidos pelo povo de forma indireta, por intermédio de representantes eleitos [democracia representativa]. O Poder Judiciário, dentro de suas missões precípuas, ostenta natureza inerte e a sua força e sentido estão reunidos nas pessoas ou instituições que o acionam diretamente, que são co-partícipes do processo de construção do direito posto em debate e da estipulação do sentido

e alcance das normas abstratas que lhe conferem embasamento jurídico [democracia participativa].

Assim, a inércia da jurisdição é um dado crucial para a compreensão de sua natureza essencialmente democrática, na medida em que o Poder Judiciário é o único em cujo raio de atuação o cidadão e outros entes legítimos desempenham um papel de co-protagonistas relativamente à formação da decisão juntamente com os órgãos julgadores. Assim, a importância do Judiciário é compartilhada entre os juízes e as pessoas, órgãos, organismos ou instituições que o provocam ou em face de quem ele é provocado, a depender das circunstâncias da situação concreta.

Segundo Mauro Cappelletti é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o sentimento de participação, mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, ao revés, constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo judicial e determinar o seu conteúdo, sob o crivo do contraditório.¹⁸⁴

Chiovenda entendeu a ação como o “direito do poder” ou, em sua dicção, direito potestativo, na medida em que cria um estado de sujeição jurídica em face de quem ele é invocado.¹⁸⁵

Dentro de nossa ótica, a ação, se atendidas as condições legais e independentemente de sua natureza jurídica, desencadeia, no mínimo, um debate público acerca do sentido e do alcance as normas abstratas a partir da lide, ou independentemente de tal conflito subjetivo¹⁸⁶, dada a publicidade dos atos processuais e do interesse público imanente ao processo judicial.

Se é certo que “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”, segundo Peter Häberle, também é verdade que o Poder

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 100.

¹⁸⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. I, p. 193.

¹⁸⁶ Os processos objetivos de controle abstrato de constitucionalidade serão adiante analisados sob a perspectiva participativo-democrática.

Judiciário é a instituição de onde promana, *em ultima ratio* e em termos definitivos, as interpretações da norma jurídica.

O processo judicial funciona, assim, como um autêntico processo criativo do direito por intermédio da interpretação dos órgãos oficiais e demais co-partícipes, cuja iniciativa, em regra, cabe aos cidadãos, os quais também participam de todas as suas fases, ao contrário do que sucede com o processo legislativo.

Conforme assinalamos no Capítulo 03 (item 3.3), o processo de aplicação do direito é tão relevante que Inocêncio Mártires Coelho chega a afirmar que “as regras de direito só entram em vigor no momento de sua aplicação”.¹⁸⁷

Dessa forma, o exercício da ação não é só um direito, mas também um poder, assim como a iniciativa popular do processo legislativo é também considerado tanto pela Constituição Federal de 1988, art. 14, III, quanto pela doutrina dos constitucionalistas, como uma das formas de democracia direta [soberania popular].¹⁸⁸

Ora, se a iniciativa popular de lei é inegavelmente uma manifestação da democracia de índole diretamente participativa, com mais razão a iniciativa popular do processo judicial, em que o cidadão, via de regra, não só o deflagra, como também participa ativamente de todas as suas fases, cooperando para a construção da “norma jurídica interpretada”. Os profissionais dos direito, sob tal ótica, ao invés de operadores, seriam melhor conceituados como “co-operadores jurídicos” ao lado dos cidadãos-partes.

¹⁸⁷ Merece registro a seguinte passagem doutrinária de Inocêncio Mártires Coelho, transcrevemos a seguinte passagem alumiada de seu grande legado de hermenêutica jurídica: “as regras de direito só entram em vigor no momento de sua aplicação, porque só então é que se aperfeiçoam os modelos jurídicos, pela fusão dialética do que neles é norma e situação normada, preceito e realidade, horizonte de produção e horizonte de aplicação do direito; em suma, naquele momento em que, num metafórico balançar de olhos entre o programa normativo e o âmbito normativo, o intérprete-aplicador estende uma ponte sobre o abismo que separa o seu mundo do mundo do legislador histórico, de modo a trazer o texto para o presente, para a situação hermenêutica – aqui e agora – em que ele há de ser aplicado.” (COELHO, 2007, p. 28).

¹⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 714.

Paulo Bonavides considera a iniciativa popular de lei como instrumento da democracia semidireta, por ele conceituada como “modalidade em que se alteram as formas clássicas da democracia representativa para aproximá-la cada vez mais da democracia direta.” BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 295.

Ademais, como afirma Häberle, “Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional”¹⁸⁹. Assim, ao iniciar o processo judicial, o cidadão instaura, a partir de um conflito de interesses, os meios conducentes ao “desenvolvimento funcional” dos atos normativos primários embaixadores da lide ao lado dos demais co-protagonistas do processo, em uma clara manifestação da soberania popular em sentido lato, na medida em que tal prerrogativa constitucional também abarca os demais instrumentos constitucionais da democracia participativa.

Assinale-se, também, que no julgamento dos processos objetivos de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal houve inúmeros avanços no que concerne à participação democrática dos integrantes do corpo social que vivenciam o contexto da norma objeto da impugnação constitucional.

Inocência Mártires Coelho, em profético artigo doutrinário¹⁹⁰, assinalou que o então “Projeto de Lei n. 2.960, de 1997, já representa um significativo avanço para a publicização e a democratização do modelo brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.”

Diz-se “profético” o referido artigo tendo em vista que muitas das reflexões do Prof. Inocência Mártires Coelho, ainda sob análise do contexto histórico do então PL 2.960/97, que rendeu ensejo à aprovação da Lei n. 9.868/99 [que regulamenta o processo da ADI e da ADC perante o STF], de co-autoria de Gilmar Ferreira Mendes e inspirado na doutrina de Peter Harbele quanto à necessidade de abertura hermenêutica no campo da jurisdição constitucional concentrada, estão se concretizando na atualidade.

Com efeito, veja-se a seguinte passagem do voto do Ministro Celso de Mello no contexto da relatoria da paradigmática ADI 2.777, *verbis*:

Essa percepção do tema foi lucidamente exposta pelo eminente Professor Inocência Mártires Coelho [‘As Idéias de Peter Harbele e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro’, in RDA 211/125-134, 133]:

¹⁸⁹ HÄBERLE, op. cit., p. 30-31.

¹⁹⁰ COELHO, Inocência Mártires. As Idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998

- Admitida, pela forma indicada, a presença do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, não apenas se reitera a impessoalidade da questão constitucional, como também se evidencia que o deslinde desse tipo de controvérsia interessa objetivamente a todos os indivíduos e grupos sociais, até porque ao esclarecer o sentido da carta política, as cortes constitucionais, de certa maneira, acabam reescrevendo as Constituições.¹⁹¹

Um exemplo eloqüente de ampliação do espaço retórico-discursivo outorgado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade ocorreu no contexto do histórico julgamento da ADI 3510 proposta pela Procuradoria-Geral da República em face da Lei de Biossegurança [Lei 11.105/05], sob o fundamento de que o dispositivo legal autorizativo das pesquisas com células-tronco de embriões humanos viola do direito à vida e o postulado fundamental da dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de audiência pública e no afã de colher subsídios do corpo social para a emissão de sua decisão, recebeu vinte e dois cientistas de diversas áreas - medicina, genética, bioética, neurociência, antropologia, entre outros - que defenderam pontos de vista diferentes: doze cientistas foram favoráveis às pesquisas e os outros dez foram contrários ao uso de células-tronco de embriões humanos.

Diante de tais perspectivas, o art. 14 da CF/88, a nosso ver, não esgota as formas de exteriorização da soberania popular. Mesmo alguns adeptos de uma visão mais restritiva da soberania popular sustentam que o rol do art. 14 da CF/88 é meramente exemplificativo e incluem, por exemplo, o exercício da ação popular¹⁹², partindo-se da premissa de que a sua deflagração decorre das prerrogativas constitucionais do cidadão-eleitor.¹⁹³

¹⁹¹ Processo julgado em sessão plenária do dia 07.02.2007, cuja decisão encontra-se pendente de publicação.

¹⁹² Entendemos, contudo, que a ação popular é uma prerrogativa constitucional bem mais ampla, na medida em que o cidadão pode manejá-la não somente em desfavor de representantes eleitos, mas também contra quaisquer autoridades ou agentes do Poder Público, independentemente de ostentarem mandato político-eleitoral. Aliás, a tese segundo a qual a ação popular se enquadra como uma manifestação da soberania popular configura uma clara demonstração de que o direito de ação se afigura como uma forma de democracia direta.

¹⁹³ Também não comungamos do conceito restrito de cidadão proclamado por alguns constitucionalistas, como José Afonso da Silva, que o reduz à pessoa detentora de capacidade política. Dentro de nossa ótica, cidadão tem um conceito extremamente amplo e abarca todo destinatário das normas constitucionais e infraconstitucionais alusivas às prerrogativas decorrentes da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e dos postulados imanentes ao Estado Democrático de Direito, inclusive aquelas pessoas que perderam os

Aliás, é interessante notar que a utilização das clássicas formas de democracia direta ou semidireta, principalmente por intermédio do exercício de faculdades legislativas [iniciativa popular de lei, referendo, plebiscito] vem sofrendo declínio histórico. Paulo Bonavides chega mesmo a mencionar o caráter reacionário e conservador do “*referendum*” e a “impossibilidade do retorno à democracia direta” nos moldes clássicos.¹⁹⁴

Mesmo reconhecendo a iniciativa popular de lei como um dos institutos da democracia semidireta que mais atende às exigências populares de participação positiva nos atos legislativos, Paulo Bonavides anota o declínio de tal manifestação da soberania popular no constitucionalismo contemporâneo.¹⁹⁵ Acrescenta-se que outro fator que colabora para o declínio ou para a pouca utilização da iniciativa popular de lei nos tempos atuais refere-se às rigorosas condições procedimentais para seu manejo, decorrentes do imenso e sempre crescente contingente populacional.¹⁹⁶

De mais a mais, alguns dos instrumentos clássicos da soberania popular, como o referendo e o plebiscito, muitas vezes, são reconhecidamente os mais utilizados em regimes de exceção, via manipulação da vontade popular por massificante propaganda governamental de viés ideológico, com vistas à outorga de legitimidade aos respectivos líderes políticos dos movimentos ditatoriais.

De outro lado, o Poder Judiciário revela-se um dos instrumentos da democracia participativa mais eficiente da modernidade por inúmeros fatores, dentre outros: i] natureza dialética, aberta e discursiva do processo judicial e

direitos políticos por decisão jurisdicional trãnsita em julgado. Assim, a exigência legal de título de eleitor como condição para o cidadão ingressar com ação popular, na forma proclamada pela Lei 4.717/65, afigura-se-nos inconstitucional na medida em que restringe, de forma desarrazoada, as prerrogativas constitucionais inerentes à cidadania.

¹⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 293 e 308-309.

¹⁹⁵ Id., *Ibidem*, p. 313. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Ibidem*, p. 716, “Até 2005 haviam sido promulgadas três leis decorrentes de iniciativa popular: Lei 8.930/94 [crimes hediondos, Lei Daniela Perez ou Glória Perez], Lei n. 9.840/99 [combate à compra de votos] e Lei n. 11.124, de 20-6-2005 [dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS].”

¹⁹⁶ Conforme o art. 61, par. 1º, da CF/88, o projeto de lei deve ser subscrito por, no mínimo, 1% [um por cento] do eleitorado nacional. A partir dos dados constantes da tabela da nota 37 do Capítulo 8 do Curso Direito Constitucional [...], *op. cit.*, p. 715, o número de subscrições necessárias para cumprir o mencionado requisito constitucional, em 2005, ultrapassaria o número de 1.200.000 [hum milhão e duzentas mil] assinaturas.

participação direta, em regra, dos cidadãos; ii] pluralidade de graus de jurisdição e possibilidade de ampliação do rol de participantes da relação processual, contribuindo-se para a construção democrática da decisão jurisdicional e da jurisprudência; iii] ampla descentralização e divisão dos trabalhos do Poder Judiciário por todo o território nacional, principalmente depois da instituição dos Juizados Especiais, e a sua capacidade de atendimento direto a dezenas de milhões de cidadãos brasileiros todos os anos, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça¹⁹⁷; iv] o relevante papel que a jurisprudência desempenha na mudança legislativa, que funciona como caixa de ressonância popular dos estudos de impacto histórico-cultural das normas abstratas perante a realidade da vida e a dinâmica dos conflitos.

Por outro lado, não se pretende diminuir a importância do Poder Legislativo a partir das reflexões ora propostas, uma vez que tal função estatal ostenta uma missão de suprema importância no Estado Democrático de Direito, na medida em que fixa os contornos normativos primários e abstratos da interpretação, que funcionam como legítimos limites em que os respectivos debates dialéticos em torno de seu alcance e sentido deverão ser travados pelos órgãos aplicadores e co-partícipes do processo de interpretação. A função legislativa, em suma, é responsável por aquilo que Kelsen denominava como a moldura normativa, ou seja, “uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação”.¹⁹⁸

No entanto, também figura como uma das missões precípuas do presente estudo realçar e redimensionar a relevância da função jurisdicional do Estado, cujo papel foi historicamente inferiorizado diante das outras funções estatais a partir de sua suposta ausência de legitimidade democrática, sendo inegável, contudo, a sua crescente importância no contexto da modernidade. É como se as facetas pós-modernas – pluralidade, abertura democrática, autonomia sistêmica, normatividade dos princípios jurídicos, etc – acabassem

¹⁹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. A justiça em números – 4ª edição. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. No ano de 2006, somente a Justiça Federal, a Justiça do Trabalho e a Justiça Estadual atenderam mais de 22 milhões de pessoas.

¹⁹⁸ Hans Kelsen, com impecável tirocínio jurídico, aduz que: “Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984. p. 466-467.

por despertar as virtualidades latentes da função jurisdicional, tendo em vista a ampliação superlativa de seu acesso e o processo de conscientização e politização da população quanto à necessidade de utilização de instrumentos suscetíveis de conferir efetividade social às promessas legislativas.

O Poder Judiciário, ao revés e paradoxalmente, configura virtualmente uma das funções mais legítimas do ponto de vista democrático-participativo, caso sejam atendidos alguns pressupostos específicos a serem tratados no corpo do presente estudo, principalmente a partir do paradigma da modernidade, tendo em vista, dentre outros relevantes fatores, a inércia da jurisdição, cuja deflagração e iniciativa competem aos membros do corpo social, que participam da construção do direito por intermédio do processo judicial dialético [exercício direto do poder pelo cidadão], ao contrário do que sucede com as demais funções estatais básicas, que exercem o poder do povo por intermédio de representantes eleitos [exercício indireto do poder pelo cidadão].

Sob tal ótica, visualizamos o direito de ação como verdadeira emanção da soberania popular, na medida em que propicia a construção das “normas jurídicas interpretadas”.

Bachof, citado por Peter Häberle, “vislumbra até mesmo a possibilidade de se verificar uma comunicação mais autêntica no Tribunal do que no Parlamento”¹⁹⁹

Assim, é pouco provável que um dia venha a existir o propalado “Governo dos juízes”, dada a inércia da jurisdição e o seu amplo controle social. No entanto, é possível que um dia venha a surgir o “Governo dos cidadãos”, por intermédio da função jurisdicional do Estado e das demais instituições do Estado Democrático de Direito, visto que “todo poder emana do povo”.

¹⁹⁹ BACHOF apud HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 47.

Veja-se que não se trata de um novo Poder Judiciário, mas de uma função jurisdicional adaptada aos novos tempos e aos desafios inerentes à democracia moderna, plural e aberta.

Obviamente, as virtualidades democráticas da função jurisdicional estão sujeitas a inúmeros fatores condicionantes, tais como a humanização de sua linguagem jurídica, a democratização de seu acesso, a participação efetiva dos cidadãos nos debates judiciais e a duração razoável das demandas. Diante da importância dessa temática, o Capítulo 05 será dedicado aos fatores bloqueantes do caráter democrático da função jurisdicional.

4.2 OS INTERLOCUTORES LEGÍTIMOS DA CIDADANIA: A ADVOCACIA, A DEFENSORIA PÚBLICA E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Interessante notar que a Constituição Federal de 1988 elenca a Advocacia, a Defensoria Pública e o Ministério Público como “funções essenciais à Justiça” no Capítulo IV do Título IV [“Da Organização dos Poderes”]. O Título IV, além das funções essenciais à Justiça, é composto pelo Capítulo I [Do Poder Executivo]; Capítulo II [Do Poder Legislativo]; Capítulo III [Do Poder Judiciário]. Se o último Capítulo do Título IV da CF/88 fosse “Do Poder Judiciário”, a Constituição de 1988 guardaria uma incoerência sistemática, na medida em que toda a estrutura judiciária discriminada nos artigos 92 a 126, por si só, não configura **poder algum** senão contasse com a **ação provocativa** das instituições que figuram entre as funções essenciais à jurisdição.

Assim, o Poder Judiciário é a única das três funções estatais básicas que ganha sentido, operatividade e efetividade a partir da ação direta do corpo social por intermédio dos interlocutores arrolados no Capítulo IV do Título IV do texto magno [“Das funções essenciais à Justiça”].

Importante consignar que as “funções essenciais à Justiça” arroladas nos arts. 127 a 135 da CF/88 não configuram *numerus clausus*, eis que o

cidadão, muitas vezes, também detém *ius postulandi*, como de há muito na Justiça do Trabalho, nos Juizados Especiais Estaduais e, mais recentemente, nos Juizados Especiais Federais e diante de qualquer órgão jurisdicional quando impetra diretamente ordem de *habeas corpus*. A Polícia Judiciária também se nos afigura uma função essencial à Justiça, embora não arrolada no Capítulo IV do Título IV da CF/88.

Dessa forma, a pessoa ou instituição que ostenta a legitimidade para movimentar a máquina judiciária detém, em contrapartida, poder jurisdicional, pois faz parte de sua “essência” constitucional.

4.3 A ADVOCACIA PRIVADA COMO O GRANDE CELEIRO DE PRODUÇÃO DE TESES JURÍDICAS DO PAÍS

A advocacia privada configura a classe mais numerosa de profissionais jurídicos e a que se destaca como a grande fonte de produção das teses jurídicas no Brasil, seja na linha doutrinária, seja no campo da práxis judiciária.

Realmente, a maior parte dos juristas renomados e de grandes professores advêm da classe dos advogados privados. Além do mais, uma cifra significativa de profissionais outrora vinculados ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Advocacia pública e à Defensoria Pública ingressam ou reingressam na advocacia privada quando da extinção do vínculo com o Estado, enriquecendo, ainda mais, tal instituição imprescindível à administração da Justiça nos termos do art. 133 da CF/88.

Destaca-se, de igual forma, o papel das entidades corporativas da classe dos advogados, dentre elas, os Conselhos Seccionais e Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Instituto dos Advogados do Brasil, diante de sua destacada atuação em momentos importantes da História do país.

Outro dado digno de relevo é a circunstância de que a classe dos advogados é a que tradicionalmente ocupa mais cadeiras no Congresso Nacional, destacando-se o seu papel na produção do direito legislado no Brasil.

De resto, os advogados têm o direito de concorrer às vagas alusivas ao quinto constitucional nos Tribunais Estaduais e Federais e, primariamente, um terço dos assentos no Superior Tribunal de Justiça, além do que foi a instituição que fez o maior número de Ministros na história do Supremo Tribunal Federal.

4.4 A ADVOCACIA PÚBLICA E O SEU RELEVANTE PAPEL DE CONTROLE DE LEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E NA DEFESA DO ESTADO

Sob diversas designações terminológicas – consultores, assessores jurídicos, advogados públicos, procuradores – os membros da advocacia pública se destacam como importantes instrumentos de controle de legalidade da Administração Pública, de assessoramento jurídico aos Chefes do Poder Executivo e demais autoridades responsáveis pela burocracia estatal e na defesa do patrimônio público, sendo responsáveis pelo maior acervo de causas judiciais que tramitam atualmente perante o Poder Judiciário brasileiro, englobando-se as mais vultosas ações judiciais e conflitos nacionalmente relevantes.

A advocacia pública brasileira também vêm ocupando papel de destaque, principalmente no âmbito federal, na celebração de acordos e na adoção de outras formas alternativas de resolução de conflitos, conforme abordamos no Capítulo 03.

4.5 MINISTÉRIO PÚBLICO: A SOCIEDADE VIVA E ATIVA POR INTERMÉDIO DE UM DOS MAIORES LEGADOS DEMOCRÁTICOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em parceria com o Procurador da República Ronaldo Pinheiro Queiroz²⁰⁰, tivemos a oportunidade de realçar a importância conferida pela

²⁰⁰ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 112.

Constituição da República de 1988 ao Ministério Público, eis que lhe confiou a grande missão de fiscalizar e fazer cumprir todos os seus termos. Para isso, conferiu a essa instituição caráter permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, tendo por finalidade a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis [art. 127].

Com o objetivo de assegurar o pleno exercício de suas funções, a Constituição também concedeu ao Ministério Público garantias institucionais e garantias aos membros. Não há dúvida de que a autonomia funcional, administrativa e financeira confere à instituição independência e distância em relação aos Poderes do Estado, assim como as prerrogativas da independência funcional, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios conferem aos membros do Ministério Público ampla liberdade e isenção para o desempenho de suas magnas funções.

Dentre as inúmeras e relevantes funções, destacam-se a de promover, privativamente, a ação penal pública; promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados; expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los e exercer o controle externo da atividade policial.

Sob esses contornos constitucionais, os integrantes do Ministério Público adquiriram *status* de agentes políticos, munidos de independência funcional, cuja atividade visa garantir o fortalecimento da democracia e da cidadania, afirmando a República e o Estado Democrático de Direito.

É importante registrar que a condição de agente político conduz a uma atuação de índole política em sentido amplo, de busca dos ideais de justiça, mas não de natureza ideológico-partidária. Como bem destacado pelo insigne Paulo Bonavides, o Ministério Público “nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da

sociedade, do interesse público, da defesa do regime democrático, da eficácia e salvaguarda das instituições”.²⁰¹

4.6 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

Importa anotar, por relevante, que para o exame de sua legitimidade democrática, a função jurisdicional deve ser compreendida de uma forma ampla e constitucionalmente adequada, dentro da forma preconizada no item antecedente [3.3]. Assim, a função jurisdicional do Estado engloba, além dos magistrados identificados no Capítulo III do Título IV da Constituição Federal de 1988 [“Do Poder Judiciário”], deve compreender também os componentes das chamadas “funções essenciais à jurisdição” [Capítulo IV do Título IV], quais sejam, os advogados [públicos e privados], os membros do Ministério Público e os defensores públicos. Ora, aquilo que faz parte da essência de alguma coisa é também sua parte integrante.

Diante das diretrizes ora traçadas, constata-se que o sistema jurisdicional do Estado envolve um complexo de instituições e órgãos independentes ou autônomos [juízos, tribunais, promotorias, procuradorias jurídicas, defensorias públicas, etc], de entidades [autarquias corporativas – Seccionais e Conselho Federal da OAB] e de agentes [magistrados, advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos, etc] detentores de papéis, atribuições, competências, regimes jurídicos e características próprias e reciprocamente complementares tendentes à realização das missões magnas do Poder Judiciário. É importante lembrar que os delegados de Polícia dentro das condições legais e os cidadãos em algumas situações específicas [Juizados Especiais Federais e Estaduais e Varas do Trabalho] também detêm o *ius postulandi*.

²⁰¹ BONAVIDES, Paulo. Os dois Ministérios Públicos: o da Constituição e o do Governo. In: MOURA JÚNIOR, Flavio Paixão de; ROCHA, João Carlos de Carvalho; DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (Coords.). *Ministério Público e a ordem social justa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 350.

Ao lado dos magistrados, que interpretam “a norma legal situado numa estrutura de poder”, que lhes conferem competência para converter em sentença, que é uma norma particular, o seu entendimento do direito, também figuram outros protagonistas do sistema jurisdicional, cujas prerrogativas e deveres também são imensos e dignos de relevo. Com efeito, uma causa mal patrocinada ou inadequadamente conduzida sob o ponto de vista técnico-jurídico é suscetível de causar lesões irreparáveis à esfera jurídica dos cidadãos, da sociedade ou do Estado, conforme o caso. Os prejuízos decorrentes do transcurso *in albis* de prazos processuais peremptórios tendentes à formação do fenómeno preclusivo, como os da contestação e dos recursos ou o escoamento de prazos prescricionais ou decadenciais, são exemplos da extraordinária responsabilidade inerente ao exercício das atribuições dos profissionais detentores do *ius postulandi*.

Feitas essas importantes observações, passaremos a examinar a legitimidade democrática da função jurisdicional com a abertura ora proposta a partir da conjugação de, pelo menos, cinco fatores: i] aptidão técnico-jurídica ou respaldo técnico-político²⁰² dos profissionais do Direito a partir de critérios constitucionais; ii] amplo controle social da conduta dos órgãos julgadores e dos interlocutores da cidadania; iii] ampliação e efetividade do acesso à jurisdição; iv] humanização do discurso jurídico; v] democratização do processo de construção hermenêutica das decisões judiciais.

Convém assinalar que o discurso jurídico, apesar da necessidade de sua humanização e maior democratização é, essencialmente, um discurso técnico quando manejado pelos intérpretes oficiais e órgãos aplicadores e, por essa mesma razão, devem tais agentes deter conhecimentos mínimos e permanentes, no afã de desempenhar de forma eficiente a missão de **mediadores esclarecidos** da cidadania.

²⁰² Diferenciamos a aptidão técnico-jurídica do respaldo técnico-político principalmente no que tange à investidura nos cargos da magistratura. O concurso público é um critério técnico-jurídico na medida em que o objetivo maior do certame é a seleção dos melhores candidatos à luz dos critérios de julgamento estabelecidos no edital e sob os cânones da competitividade, voltado, precipuamente, à demonstração de conhecimentos específicos da área jurídica. O respaldo técnico-político parte da singular relevância e do alto grau de responsabilidade de certos cargos do Poder Judiciário, como, por exemplo, o critério de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que configura uma combinação de elementos técnicos [notório saber jurídico], morais [reputação ilibada] e políticos [escolha discricionária do Presidente da República e aprovação do Congresso Nacional].

Isso não quer dizer que o discurso jurídico seja uma prerrogativa exclusiva da sociedade fechada de intérpretes oficiais. Ao revés e dentro da perspectiva teórica abraçada pelo presente estudo, o discurso jurídico deve ser dialeticamente aberto e enriquecido com as legítimas manifestações dos destinatários diretos das normas de Direito, na forma preconizada por Peter Häberle, até mesmo como condição para sua legitimidade democrática como veremos adiante. Ao revés, a depender do objeto da causa, os profissionais do direito é que se socorrerão dos imprescindíveis conhecimentos dos intérpretes não jurídicos. Se a demanda versar sobre questões de índole técnico-científica [engenharia, matemática, física, química, informática, medicina, economia, etc] ou que requeiram conhecimentos profundos acerca de uma determinada área do conhecimento [música, religião, manifestações culturais, artísticas, filosóficas, políticas, etc] ou, ainda, situadas em ramo jurídico peculiar [direito militar, direito registral, direito das telecomunicações, direito indígena²⁰³, etc] a generalidade dos profissionais de direito terão que necessariamente valer-se dos subsídios hermenêuticos dos respectivos cientistas, técnicos, expertos, especialistas ou das pessoas detentoras de notórios conhecimentos em torno da área objeto do julgamento, dentro das reflexões que formulamos no Capítulo 02 [itens 2.3, 2.4 e 2.5 *supra*].

Insta observar, todavia, que o discurso jurídico necessariamente ganhará uma roupagem técnica quando for materialmente exteriorizado pelos interlocutores oficiais do sistema. Aliás, o desconhecimento da técnica, principalmente a de índole processual, é suscetível de causar lesões irreparáveis ao exercício da cidadania na esfera jurisdicional, conforme enfatizado linhas atrás, daí a razão pela qual a Constituição da República exigir a legitimidade técnica dos profissionais de Direito enquanto mediadores de direitos alheios.

²⁰³ Convém relembrar a lição de Inocêncio Mártires Coelho no sentido de que existem inúmeros dispositivos constitucionais cujo conteúdo só podem ser revelados a partir da ajuda hermenêutica de intérpretes não-jurídicos como é o caso dos direitos das populações indígenas nos termos em que são reconhecidos pelo artigo 231 da Constituição Federal. Sem o apoio dos próprios índios, de antropólogos e de indigenistas que, aliás, participaram do processo constituinte, o juiz não conseguirá ler esse dispositivo constitucional. COELHO, Inocêncio Mártires. As Idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 137, p. 158, jan./mar. 1998.

O concurso público funciona como condição constitucional para a outorga de legitimidade [técnico-jurídica] para a investidura nos cargos iniciais do Poder Judiciário e para o ingresso no Ministério Público, na Advocacia Pública e na Defensoria Pública. O exame de ordem, dentro de nossa perspectiva, funciona, atualmente, não só como condição para a outorga de licença profissional, mas, sobretudo, como instrumento de legitimação técnica para o exercício da advocacia privada, visto a sua indiscutível natureza de *munus* público constitucional e a sua indispensabilidade à administração da Justiça [CF/88, art. 133], por isso, enquadrada como uma das funções essenciais à jurisdição.

Impende salientar que a Constituição da República preocupa-se tanto com a legitimidade técnica de ingresso, quanto com a legitimidade técnica de permanência dos órgãos jurisdicionais, inclusive como condição de vitaliciamento e promoção na respectiva carreira.²⁰⁴

Interessante notar que o processo de construção do direito, na medida em que avança nos variados graus de jurisdição, vai ganhando traços singulares, o que enseja papéis diferenciados aos respectivos órgãos aplicadores e demais co-operadores jurídicos em cada esfera de atuação. Os juízes de primeiro grau são órgãos individualizados e os Tribunais são órgãos colegiados, o que, por si só, diferencia os papéis e o perfil dos respectivos profissionais.

O papel de construir a jurisprudência, por sua relevância, alcance e efeitos, exige profissionais mais experientes e com perfil adequado, o que recomenda critérios constitucionais próprios para a outorga de legitimidade para tais co-operadores jurídicos. A promoção por antiguidade e por merecimento dos juízes e o quinto constitucional [advogados e membros do Ministério Público com mais de dez anos de experiência profissional], além da nomeação, em algumas hipóteses, por chefes do Poder Executivo, a partir da indicação das Cortes Judiciárias, são critérios constitucionalmente

²⁰⁴ A EC n. 45/2004 [Reforma do Judiciário] conferiu nova redação ao inc. IV do art. 93 da CF/88, ao estabelecer como princípio do Estatuto da Magistratura: "previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados."

diferenciados para a investidura dos magistrados no 2º grau de jurisdição. A OAB representa a categoria mais numerosa de profissionais jurídicos do país e, por isso, detém a prerrogativa de indicar os nomes dos advogados que concorrerão às vagas decorrentes do quinto constitucional.²⁰⁵

Os critérios para a investidura dos membros dos Tribunais Superiores são ainda mais peculiares e também combinam elementos técnicos e políticos, dada a grande repercussão de seus julgados para a nação como um todo. O processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em face de seu destacado papel de guardião último da Constituição, que envolve até a edição de súmulas vinculantes e o controle abstrato de constitucionalidade das leis, envolve elementos de índole política, verdadeiros desdobramentos da democracia representativa [escolha discricionária do Presidente da República e aprovação do nome indicado pelo Congresso Nacional], elementos de natureza técnica [notório saber jurídico] e de ordem moral [reputação ilibada].

Sem embargo, no tocante à forma de investidura dos Ministros dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, dada a repercussão nacional de seus julgados, entendemos que as idéias de Mauro Cappelletti são inteiramente aplicáveis ao sistema brasileiro quando aborda a importância da renovação sempre contínua dos membros das Altas Cortes Judiciárias, a partir das proposições doutrinárias do cientista político americano Robert Dahl. Por sua relevância, destacamos o seguinte excerto doutrinário do mencionado jurista italiano, *verbis*:

Falando da Corte Suprema dos Estados Unidos – composta, como sabido, de nove juízes vitalícios, nomeados pelo Presidente dos Estados Unidos com o consentimento do Senado –, Dahl demonstrou que ‘em média, um novo juiz foi nomeado a cada vinte meses’. Essa relativa rapidez da renovação permite aos outros poderes certo controle da filosofia política da Corte, de tal maneira que ‘essa nunca

²⁰⁵ O instituto do quinto constitucional tem gerado inúmeras polêmicas perante os magistrados de carreira e as associações de juízes. De nosso lado, apesar das legítimas preocupações que ensejam tal polêmica, entendemos que os Tribunais ostentam um importante papel no sentido de consolidar e uniformizar a jurisprudência, a qual, por sua vez, é fruto da participação de toda a sociedade perante o Judiciário dentro do processo democrático-participativo de construção do direito e sob a ótica da tese defendida no presente estudo. Em sendo assim, a composição híbrida dos Tribunais de 2º grau é democraticamente salutar. Ademais, a legitimidade do Judiciário não advém apenas da forma de investidura na jurisdição, mas também do controle da conduta dos magistrados, da motivação ampla dos julgados, do acesso amplo à jurisdição e da participação efetiva do cidadão na interpretação do sistema jurídico em sede de processo dialético, conforme será desenvolvido na seqüência desse tópico.

permanece por muito tempo em contraste com a filosofia prevalente nas maiorias políticas no poder dentro do país.²⁰⁶

Reportando-se a países em que os membros das Cortes Constitucionais são indicados por diferentes segmentos políticos e desempenham funções por tempo certo, Inocêncio Mártires Coelho assinala que tal circunstância “objetivamente assegura uma saudável renovação dos juízes a compasso das igualmente saudáveis transformações políticas e sociais.”²⁰⁷

Realmente, é de singular importância a constante renovação da composição dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal no Brasil, em homenagem à salutar alternância do poder inerente ao regime republicano, ao sistema representativo e ao postulado democrático.²⁰⁸

É importante assinalar, todavia, que a pretensão de manter as Cortes Supremas em harmonia “com a filosofia prevalente nas maiorias políticas no poder dentro do país” merece um importante contraponto. Se é certo que a renovação da composição das Altas Cortes Judiciárias é indubitavelmente um importante instrumento governamental para conferir-lhes uma maior representatividade, também é verdade que tais Cortes não devem, necessariamente, refletir a ideologia das “maiorias políticas” como condição de sua legitimidade democrática. O próprio Mauro Cappelletti na seqüência de sua interessante visão acerca da legitimidade democrática do direito jurisprudencial, nesse lanço valendo-se das inestimáveis lições doutrinárias de Martin Shapiro, comunga da idéia de que os procedimentos das Cortes Superiores, ao contrário do que ocorre no campo puramente político, são judiciários e, por isso, são baseados em debates contraditórios entre as duas partes tidas como iguais no contexto da relação processual. Por tal razão, os

²⁰⁶ DAHL apud CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 96-97.

²⁰⁷ COELHO, op. cit., p. 22-23.

²⁰⁸ Por essa razão, somos contrários à aprovação da PEC 179/00 que aumenta o critério etário da aposentadoria compulsória para 75 anos, principalmente quanto aos Ministros dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, juntamente com toda a frente associativa dos magistrados e dos membros do Ministério Público: AJUFE, AMB, CONAMP, ANAMATRA, etc.

grupos políticos minoritários têm uma maior probabilidade de obter conquistas na seara jurisdicional do que na arena política.²⁰⁹

Ao lado do dever de imparcialidade, da inércia da jurisdição e do caráter dialético do processo judicial, essa é uma das razões pela qual o processo eleitoral enquanto forma de investidura dos magistrados não se coaduna com os desígnios inerentes ao sistema jurisdicional.²¹⁰

Realmente, a eleição de um magistrado como condição de investidura é algo desnecessário na medida em que as partes é que utilizam as suas prerrogativas. O juiz não atua em nome próprio e sim no interesse das partes e do Estado. Os parlamentares e os chefes do Executivo utilizam as suas prerrogativas por interesses próprios, até para salvaguardar os respectivos mandatos, ainda que devam revertê-las, igualmente, ao bem comum. Os magistrados podem até ter interesses próprios na preservação de suas prerrogativas, mas elas existem, precípua e fundamentalmente, para conferir efetividade ao sistema normativo. A independência, a inércia e a imparcialidade da jurisdição são garantias de todos os cidadãos e dos demais interessados na aplicação das normas jurídicas. O juiz, em face da inércia da jurisdição, sempre empresta as suas prerrogativas aos agentes provocadores da jurisdição e aos destinatários de sua atividade. Quando os magistrados não gozam de independência ou não detêm meios eficientes para fazer valer as suas decisões, significa dizer que o Estado é demagógico, pois declara os direitos dos cidadãos, mas lhes retiram das mãos as condições para exercê-los no campo da realidade fática. Quando uma decisão judicial não é cumprida não é o juiz o perdedor e sim o titular do direito em questão, que não disporá de meios eficientes para exercê-lo no campo social. Quando um parlamentar é desrespeitado em uma decisão suscetível de enfraquecer a sua credibilidade política, ele é maior perdedor, sem prejuízo de eventuais mazelas sociais

²⁰⁹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 29.

²¹⁰ Em artigo intitulado "Eleições para Juiz de Direito?", publicado no Caderno Direito & Justiça do Correio Braziliense, edição de 12/02/2001, Ricardo Malheiros Fiúza noticia que o sistema de eleição para a magistratura está em desuso no mundo inteiro. Mesmo nos Estados Unidos da América tal sistema sofreu restrições. A Justiça Federal americana, atualmente, não adota as eleições como meio de recrutamento de seus membros. No que concerne à Justiça Estadual americana, a eleição popular também perdeu força para outros três sistemas de escolha de seus membros: 1] nomeação pelo Chefe do executivo com prévia aprovação do Legislativo; 2] nomeação pelo Chefe do Executivo entre nomes constantes de lista formada por comissão independente de alto nível; 3] eleição indireta pelo Legislativo.

advindas de tal situação. Se o Judiciário é desacreditado, ineficiente ou fraco é porque o Estado não funciona e o respectivo ordenamento jurídico é manipulado em favor dos mais poderosos em detrimento dos cidadãos comuns.

Por todas essas razões, reputamos o sistema eleitoral plenamente incompatível com os desígnios da função jurisdicional.

À sua vez, o amplo controle social da conduta dos órgãos jurisdicionais e dos interlocutores da cidadania como condição de legitimidade do Poder Judiciário decorre, naturalmente, do papel de mediadores discursivos de direitos alheios, o que requer alto grau de responsabilidade, competência técnica e zelo profissional.

As democracias modernas vêm ampliando cada vez mais o sistema de controle das condutas dos agentes públicos. As prerrogativas inerentes aos membros do Poder Judiciário e das funções essenciais à Justiça devem ser supervisionadas pela sociedade, mesmo porque devem guardar correlação lógica com o bom e razoável desempenho das relevantes missões que lhe foram constitucionalmente confiadas.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe um significativo avanço no processo de controle e fiscalização das condutas administrativas dos órgãos e dos agentes do Poder Judiciário e do Ministério Público com a instituição, respectivamente, do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

4.7 O DIÁLOGO CONSERTADO E EQUILIBRADO ENTRE JURISDIÇÃO DIFUSA E JURISDIÇÃO CONCENTRADA NA CF/88: GARANTIA DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Importa anotar que a CF/88 não pretendeu instituir nenhum super-poder ou instituição estatal imune ao controle social e à garantia de ampla participação popular nos processos de decisão.

Ao revés, a atual Constituição, promulgada depois de um longo regime ditatorial, preocupou-se, sobremaneira, em conferir a máxima força ao cidadão, conforme o expressivo leque de prerrogativas constitucionais examinadas no Capítulo 02 e, por isso, ficou conhecida e reconhecida como a Constituição cidadã.

A concepção do direito de ação como manifestação da soberania popular impõe uma mudança de perspectiva acerca das proposições doutrinárias acerca de um assunto muito debatido entre os constitucionalistas, qual seja, o papel da jurisdição difusa e da jurisdição concentrada no arranjo constitucional instaurado na Constituição Federal de 1988 no que concerne à sua legitimidade democrática.

O controle difuso de constitucionalidade e os milhares e milhares de juízes espalhados em todo o território nacional redundam numa ampla garantia ao processo de efetividade da cidadania e da democracia participativa em nosso país, na medida em que possibilita aos cidadãos brasileiros maiores possibilidades de interpretar a Constituição cidadã, desde os ribeirinhos e os índios da continental região amazônica, graças às ações itinerantes fluviais da Justiça²¹¹, passando pelas pessoas carentes do vale do Jequitinhonha em Minas Gerais, do sertão nordestino, das favelas e das periferias das grandes cidades, até os cidadãos da classe média e da classe alta. Eis a verdadeira sociedade aberta dos intérpretes da Constituição!

Assim, a implementação dos Juizados Especiais no âmbito estadual e federal, além da justiça itinerante pela EC n. 45/2004, fortaleceu o cidadão na medida em que ampliou o leque de possibilidades de interpretação constitucional em prol das pessoas carentes espalhadas em todo o território nacional, graças ao sistema difuso de controle de constitucionalidade.

A jurisdição constitucional concentrada ganhou grande força e efetividade com a Constituição de 1988 e, tal circunstância, também deve ser considerada uma vitória significativa para os cidadãos brasileiros, na medida em que a ampliação do rol dos legitimados para o ajuizamento das ações de

²¹¹ Tivemos a oportunidade de criar no âmbito do Juizado Especial Federal de Macapá/AP o projeto "A Justiça Bate às Portas", cujo principal público alvo era os ribeirinhos do Rio Amazonas por intermédio das ações itinerantes fluviais.

inconstitucionalidade propicia um maior debate democrático no âmago do Supremo Tribunal Federal, guardião último da Constituição, principalmente a partir das Leis 9.868/99 e 9.992/99, que propiciaram uma abertura importante para a participação do cidadão e de suas entidades representativas nos processos de decisão da Corte Suprema brasileira.

Ademais, era pública e notória a manifesta falta de racionalidade do sistema anterior, com a extrema demora dos pronunciamentos definitivos da Suprema Corte, o que comprometia a seriedade do sistema jurisdicional, pois a indefinição por longo tempo de questões constitucionais de sumo relevo social e político era plenamente incompatível com a segurança jurídica e com o processo de normalidade democrática.

O diálogo constitucional entre as duas formas de jurisdição constitucional –, primordialmente depois da implementação da repercussão geral em sede de recurso extraordinário e da súmula vinculante –, é suscetível de aumentar, ainda mais, o prestígio da jurisprudência e o seu papel transformador da legislação, principalmente daquela construída com uma ampla participação popular por intermédio do sistema difuso de controle de constitucionalidade, pois a vida passa pelo Fórum. Mas a vida também passa pelo Supremo e a instituição do *amicus curae* no processo de controle abstrato de normas garante uma maior amplitude discursiva no contexto decisões emitidas no controle abstrato de constitucionalidade.

5 CONDIÇÕES PARA A EFETIVIDADE DO CARÁTER DEMOCRÁTICO DO PODER JUDICIÁRIO E FATORES BLOQUEANTES: A NECESSIDADE DE UM ACESSO QUALITATIVO À FUNÇÃO JURISDICIONAL

5.1 FATORES BLOQUEANTES E ACESSO À JURISDIÇÃO

Os fatores bloqueantes que serão examinados neste Capítulo – morosidade desarrazoada do Judiciário, o problema da construção da linguagem jurídica, o sucateamento da Defensoria Pública, o abuso do direito de ação e a deficiência da educação jurídica popular estão indissociavelmente ligados à necessidade de um acesso mais qualitativo à jurisdição.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil experimenta um movimento social sempre crescente de acesso à jurisdição, principalmente depois da instituição dos Juizados Especiais. Vimos no Capítulo 04 que o acesso à jurisdição ganhou dados superlativos e dezenas de milhões de brasileiros são atendidos anualmente no Poder Judiciário.

Assim, do ponto de vista formal, o acesso à jurisdição já configura uma realidade para uma parcela expressiva da população brasileira, ao contrário do que ocorria em passado histórico relativamente recente. Mas do ponto de vista da efetividade e da qualidade desse acesso, os dados ainda são muito preocupantes e revelam aspectos singularmente negativos da realidade judiciária brasileira, principalmente em relação aos litigantes mais pobres e aos idosos.

Por outro lado, ao lado de graves problemas, muitos avanços estão ocorrendo e existe uma tendência paulatinamente crescente no sentido da melhoria e do aperfeiçoamento do sistema jurisdicional brasileiro.

É sob tais perspectivas que passaremos a examinar os fatores bloqueantes do caráter democrático do Poder Judiciário brasileiro.

5.2 A MOROSIDADE DESARRAZOADA DO PODER JUDICIÁRIO E A NECESSIDADE DE UMA MAIOR RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA JURISDICIONAL ATUAL

De início é importante distinguir dois fenômenos que estão subjacentes à morosidade dos processos judiciais.

Processos judiciais dialéticos, democraticamente abertos e discursivamente adequados, com trâmite em vários graus de jurisdição, principalmente quando a temática versada guarda relevância social e complexidade jurídica, trazem, necessariamente, a marca do tempo e da demora, o que se afigura como um dos custos do primado democrático e da aplicação do plexo de garantias inerentes à cláusula do devido processo legal e dos demais postulados magnos aplicáveis à função jurisdicional do Estado.

Coisa plenamente diversa é a morosidade decorrente da falta de estrutura material e humana do Poder Judiciário, do excesso de burocracia do sistema processual, do excesso de casuismo da jurisprudência brasileira, principalmente a que promana dos órgãos que têm o dever constitucional de uniformizá-la, da desorganização administrativa dos serviços cartorários, do excesso de recursos meramente protelatórios e de outros meios impugnativos das decisões jurisdicionais, da irracionalidade do sistema que norteia o trâmite das ações com teses repetitivas, do excesso de fórmulas processuais ineficientes e inúteis, do gasto desarrazoado de papel, da ausência de políticas modernas de gerenciamento processual, operacional e humano da máquina judiciária, dentre outros relevantes fatores.

A morosidade desarrazoada e excessiva da função jurisdicional tem sido um dos principais obstáculos à efetividade da cidadania e tem gerado inúmeras frustrações sociais, principalmente quando um dos litigantes é personificado no Estado, dado o excesso de prerrogativas processuais ou de privilégios de duvidosa constitucionalidade. Muitas vezes, as leis processuais são manipuladas por profissionais hábeis, relegando o direito material a um papel acanhado e reduzido, arrastando-se um processo por anos e anos, os quais muitas vezes culminam em um provimento jurisdicional tardio e socialmente ineficaz. A demora, em tais casos, não é fruto de um processo

dialético e democrático, mas decorrência da falta de infra-estrutura do Poder Judiciário e do excesso de formalismo que artificializa o discurso jurídico.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth advertem que os efeitos da morosidade da função jurisdicional, especialmente se considerando os índices de inflação, podem ser devastadores, eis que aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito caso fossem julgadas regularmente. Invocam a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, cujo art. 6º, parágrafo 1º, reconhece explicitamente que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.²¹²

Constata-se, muitas vezes, que processos com teses relativamente simples demoram anos nos escaninhos forenses por mera falta de organização administrativa.

Não se pode olvidar, ainda, problemas de ordem cultural, como, por exemplo, o agenciamento de demandas perante os Juizados Especiais, a alarmante e crescente litigância oportunista, o abuso do direito de defesa por parte do Estado e dos particulares, a ênfase de muitos juízes na produção estatística quantitativa em detrimento da qualitativa, fruto, muitas vezes, da ausência de critérios e estudos estatísticos sérios e cientificamente adequados à realidade do Poder Judiciário brasileiro.²¹³

Embora exista um longo caminho a ser trilhado, é preciso reconhecer, todavia, que inúmeras medidas estão sendo tomadas para o aprimoramento da Administração da Justiça, como denuncia as centenas de ações e de programas desenvolvidos no âmbito do Judiciário brasileiro. O Prêmio Innovare, cujo banco de práticas ensejou a publicação do livro "A Reforma Silenciosa da Justiça"²¹⁴ e as inúmeras edições das Mostras de Qualidade do

²¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 20.

²¹³ Merece aplausos a iniciativa do Ministério da Previdência Social, do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, do Conselho da Justiça Federal, do Conselho Nacional de Justiça no sentido de firmarem uma parceria conducente ao cumprimento de metas de redução em até 40% (quarenta por cento) do acervo processual de causas previdenciárias perante a Justiça Federal.

²¹⁴ O livro *A Reforma Silenciosa da Justiça*, organizado pelo Centro Justiça e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas com a colaboração de Cleide

Judiciário demonstram um incansável trabalho dos servidores e dos magistrados na busca de estratégias organizacionais voltadas para uma maior eficiência da estrutura administrativa e humana. A Secretaria de Reforma do Poder Judiciário do Ministério da Justiça também contém um rico banco de dados de práticas e projetos aplicados no âmbito da estrutura judiciária brasileira. Também é imperioso destacar os avanços que se deram no desenvolvimento de programas sofisticados de processo eletrônico e virtual, onde estudos e providências concretas em estágio avançado estão sendo implementados no âmbito do Conselho Nacional de Justiça.

5.3 A DISTÂNCIA ENTRE O JUDICIÁRIO E A POPULAÇÃO: O PROBLEMA DA CONSTRUÇÃO DA LINGUAGEM JURÍDICA

Um tema que tem sido objeto de ampla reflexão no campo profissional do Direito é o excesso de formalismo empregado na linguagem jurídica e a sua repercussão não somente no que concerne ao acesso concreto à função jurisdicional do Estado, mas também no tocante à sua imagem e à sua credibilidade perante o corpo social.

Diante dessa conjuntura, a Associação dos Magistrados Brasileiros, no ano de 2005, lançou uma campanha pela “simplificação da linguagem jurídica” por acreditar que “a reeducação linguística nos tribunais e nas faculdades de Direito, com o uso de uma linguagem mais simples, direta e objetiva, está entre os grandes desafios para que o Poder Judiciário fique mais próximo dos cidadãos.”

Por outro lado, é preciso afastar-se da idéia simplista de que os problemas relacionados com o acesso à jurisdição podem ser resolvidos tão-só com a simplificação da linguagem jurídica em seu domínio gramatical-semântico.

Ramos, João Paulo Villela de Andrade, José Junio M. de Oliveira, Rio de Janeiro: FGV, 2006, contempla 29 (vinte e nove) práticas de sucesso retiradas somente do 1º Prêmio Innovare, realizado no ano de 2004. Ressalte-se que o Prêmio Innovare já se encontra em sua 5ª edição (2008). Nestes cinco anos de Innovare, já foram apresentados mais de 1.000 projetos, o que revela o movimento sempre crescente e socialmente comprometido do Poder Judiciário brasileiro.

Realmente, é plenamente possível que o aparelho jurisdicional, mesmo adotando uma linguagem “simples, direta e objetiva”, assuma uma postura distante da sociedade. Imagine-se, por exemplo, sentenças criminais condenatórias sucintas, auto-explicativas e objetivas, eivadas, porém, de indisfarçável caráter ideológico-punitivo em descompasso com os valores histórico-jurídicos de dado sistema normativo-penal. O inverso também é possível: a adoção de uma linguagem complexa em dada manifestação judicial de uma Corte Suprema, relativamente a um tema de significativa importância para a coletividade, cujo conteúdo, no entanto, reflita uma conquista jurídico-libertária relevante para o tecido social como um todo.

É importante assinalar que a linguagem, além do domínio verbal, tem um alcance amplo e complexo. Uma pessoa simples, como um trabalhador rural, pode sentir-se constrangida dentro de um Fórum, ainda que nenhuma palavra lhe seja dirigida, tão-só pelo plexo de elementos semiótico-comunicativos que circundam o ambiente forense, como as vestes, os rituais e os comportamentos convencionais adotados pelas pessoas que normalmente o freqüentam.

Por isso, para os fins desse estudo, adotaremos um conceito amplo de linguagem, abrangendo-se, além do campo gramatical-semântico, os outros domínios em que se exterioriza, tais como o comportamental, o corporal, o musical²¹⁵, dentre outros, sob o enfoque da necessidade de inter-relação dialógico-comunicativa entre os agentes estatais, os destinatários da prestação jurisdicional e os demais atores sociais envolvidos.

Lúcia Santaella, pesquisadora-doutora de semiótica pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, lança uma importante afirmação em seu Estudo “O que é Semiótica”:

É claro que no sistema social em que vivemos estamos fadados a apenas receber linguagens que não ajudamos a produzir, que somos

²¹⁵ Mencione-se como exemplo de linguagem musical adotada pelo Poder Judiciário o programa de nossa autoria denominado “Cidadania Rural Itinerante” implementado pelo Juizado Especial Federal de Uberaba/MG em 2006, em que uma equipe de servidores e colaboradores voluntários se deslocam até as comunidades rurais dessa região do triângulo mineiro para prestar esclarecimentos aos trabalhadores rurais quanto aos direitos previdenciários e na ocasião também são colhidas as reclamações e distribuídos processos judiciais pelo serviço de atermação. A ação é desenvolvida ao som de moda de viola entoada por violeiros profissionais voluntários como forma de aproximação cultural entre o Poder Judiciário e as pessoas simples do campo.

bombardeados por mensagens que servem à inculcação de valores que se prestam ao jogo de interesses dos proprietários dos meios de produção de linguagem e não aos usuários. (grifo nosso).²¹⁶

O interessante de tal perspectiva é que “os jogos de interesses dos proprietários dos meios de produção de linguagem” são de diversos níveis ideológicos e, a depender da fonte produtora, podem gerar terríveis conseqüências para o Estado Democrático de Direito.

Embora a realidade social nos convide a acreditar que “estamos fadados a apenas receber linguagens que não ajudamos a produzir”, discordamos dessa postura passiva diante do processo de comunicação.

Gadamer, no contexto de sua análise sobre a retórica, a hermenêutica e a crítica da ideologia, adverte que “há que se compreender tudo que pode ser compreendido. Nesse sentido, vale o princípio de que o ser que pode ser compreendido é a linguagem.”²¹⁷ Na ótica do grande filósofo alemão a linguagem não se afigura como um “sujeito anônimo, finalmente encontrado, de todos os processos e ações sócio-históricos, que se oferece ao nosso olhar contemplativo”. Ao revés, a linguagem constitui “o jogo em que todos participamos” e não existe relação de ‘precedência’.²¹⁸

Em arremate, Gadamer adverte que a partir de tal perspectiva, vale dizer, a partir da necessidade de compreensão conjunta do processo dialógico é que teremos condições de vislumbrarmos os preconceitos ou desmascarmos os “subterfúgios que desfiguram a realidade.”²¹⁹

Michel Foucault, em seu indispensável “As Palavras e as Coisas” aborda sobre a necessidade de “inquietar as palavras que falamos, de denunciar o vinco gramatical de nossas idéias, de dissipar os mitos que animam nossas palavras, de tornar de novo ruidosa e audível a parte de silêncio que todo discurso arrasta consigo quando enuncia.”²²⁰

²¹⁶ SANTAELLA, Lúcia. *O Que é Semiótica*. São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 14.

²¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004. p. 282. v. 2.

²¹⁸ GADAMER, op. cit., p. 282-283.

²¹⁹ GADAMER, op. cit., p. 283.

²²⁰ FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas*. Tradução de Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 412.

Sob o influxo de sua teoria do agir comunicativo, Habermas adverte que “compreender o que é dito exige participação e não a mera observação”.²²¹ Em Habermas, a legitimação pelo procedimento é diversa da legitimação pelo consenso. Isto significa que não basta que uma lei ou ato administrativo sejam produzidos conforme a circulação oficial do poder político Estatal, esse poder, tem que manter íntima conexão com o poder comunicativo gerado fora da circulação oficial para ser legítimo, isto é, depende da participação dos atores sociais na esfera pública, do entendimento recíproco e consciente em face do processo de construção das normas, bem como do consenso em torno do conceito universal do justo, o que se dá por meio da linguagem e da razão comunicativa.²²²

Na obra de Karl Marx, mais precisamente no livro “A Ideologia Alemã”, encontramos uma rica discussão acerca da teoria da constituição social da linguagem e uma rica amostra de análise crítica da linguagem a partir do “desencobrimento” de falácias lógicas (no ataque contra os filósofos hegelianos) subjacentes no discurso lingüístico, como a oposição, o recursos ao episódio, o recurso aos exemplos, as distinções ultra-sutis, a sinonímia, a distração em questões menores, a falsa unidade do nome, a ambigüidade de sentidos e a pseudo-argumentação por meio de falsas identificações.²²³

À luz de tais subsídios doutrinários, é importante destacar as inúmeras dimensões que a linguagem pode assumir e a suas conseqüências no que tange, especificamente, ao objeto de nosso estudo, o acesso à jurisdição:

- a) a linguagem no tocante à sua clareza e objetividade verbal (dimensão semântico-gramatical);
- b) a linguagem quanto à forma simbólico-axiológica de expressão (dimensão ritualística);
- c) a linguagem em relação à sua capacidade de ocultar a realidade (dimensão ideológica), principalmente dentro da perspectiva traçada por Karl Marx;

²²¹ HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1989. p. 44.

²²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 193-203. v. 2.

²²³ MARX, Karl. *La ideologia alemana*. Buenos Aires: Ediciones Pueblos Unidos, 1985.

d) a linguagem em relação ao processo de sua construção social-participativa (dimensão dialógico-emancipatória), dentro da visão proposta por Habermas e Gadamer.

Diante de tais perspectivas, voltemos a analisar a campanha pela simplificação da linguagem jurídica promovida pela AMB, em que figura como principal objetivo o de propiciar condições para que o Poder Judiciário “fique mais próximo dos cidadãos”. Ora, a campanha partiu da premissa de que a linguagem forense convencional afasta o Poder Judiciário dos cidadãos. Dentro dessa ótica podemos concluir que as instituições judiciárias podem valer-se ideologicamente da linguagem ou lhe conferir feição emancipatória, consciente ou inconscientemente, como instrumento suscetível de afastar ou de aproximar do seu alcance uma parcela da sociedade, pois, conforme adverte Inocêncio Mártires Coelho estribado lição de Gadamer: “quem fala uma linguagem que mais ninguém fala, em realidade, não fala”.²²⁴

Parece confirmar a presente premissa, como exemplo de linguagem jurídica negativa, o famoso estudo jurídico-sociológico levado a efeito por Boaventura de Sousa Santos, intitulado “Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada”. Uma de suas conclusões foi a constatação de que um dos motivos que levou Pasárgada – codnome atribuído a uma favela da cidade do Rio de Janeiro – a criar um “código de conduta” paralelo ao do Estado, munido, inclusive de um sistema próprio de resolução e de neutralização de conflitos, sob os auspícios de um pluralismo jurídico antropológico, foi um sentimento geral de desconfiança de sua população em relação ao Poder Judiciário, provocado, dentre outros fatores, pela linguagem formal, distante e incompreensível veiculada por seus agentes.²²⁵

De outro lado, como exemplo de linguagem positiva, menciona-se um interessante programa criado no âmbito da Vara de Família da Comarca de Santa Maria, Rio Grande do Sul, intitulado “Projeto Acordar”. As partes, antes do procedimento judicial propriamente dito, são convidadas para participar de

²²⁴ GADAMER apud COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40.

²²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Notas sobre a história Jurídico-Social de Pasárgada*. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e direito: Leituras Básicas de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Pioneira, 1980. p. 109-117.

palestras e de seminários promovidos por profissionais de notória experiência na área de família, como terapeutas especializados. Antes da implementação do projeto, o percentual de acordos nas questões patrimoniais de família era de 20% (vinte por cento) da totalidade dessas causas. Depois da sua implementação, tal percentual passou para 80% (oitenta por cento), invertendo-se a tendência inicial.²²⁶

Veja-se, nestes dois exemplos, que a questão da linguagem, com a abrangência dada pelo presente estudo, foi fundamental para afastar ou para aproximar a sociedade do Poder Judiciário, de acordo com a amplitude do espaço discursivo-participativo que fora outorgado aos cidadãos-jurisdicionados.

No primeiro caso, o próprio Boaventura de Sousa Santos chegou à conclusão de que o direito inoficial da favela investigada tinha um espaço retórico mais amplo do que o permitido pelo direito estatal, razão por que, dentre outros fatores, se tornou um campo fértil para a eclosão social de uma esfera de juridicidade autônoma e paralela a do Estado.

Mesmo dirigindo uma severa crítica às conclusões de Boaventura de Sousa Santos, Marcelo Neves não deixa de reconhecer que o direito estatal na modernidade periférica da América Latina, a partir de perspectivas teóricas luhmannianas, carece também de um espaço retórico amplo em face da sobreposição dos códigos de outros sistemas sociais aos códigos do sistema jurídico, principalmente os da economia e os da política, o que propicia o aparecimento da ordem dos favelados como uma das “formas difusas e instáveis de ‘estratégias de sobrevivência’”.²²⁷

No segundo exemplo, diante da própria limitação da magistratura em geral em lidar com as questões sensíveis inerentes ao Direito de Família, foram criadas condições pelo próprio Poder Judiciário no sentido de ampliar o espaço retórico-discursivo para a resolução das causas e, por conseqüência, ensejou uma participação direta dos litigantes na condução decisória de seus conflitos,

²²⁶ Programa apresentado no contexto da VII Mostra Nacional de Trabalhos da Qualidade do Poder Judiciário, ocorrida em Aracaju/SE em julho de 2006.

²²⁷ NEVES, Marcelo. Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade(s) na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina. *Revista Jurídica do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, Recife, Biênio 1993-1995.

tanto que redundou numa significativa ampliação dos acordos. Relembrando Habermas “compreender o que é dito exige participação e não a mera observação”.²²⁸

Diante de tais perspectivas, entendemos que a linguagem jurídica participativa e emancipatória, sob o influxo de uma razão dialógica, de uma nova racionalidade e de um entendimento comunicativo, dentro das proposições doutrinárias de Habermas, se afigura um dos caminhos eficazes para ampliar significativamente a credibilidade social do Poder Judiciário brasileiro.

Por outro lado, também devemos fazer menção aos inúmeros avanços que estão ocorrendo no Poder Judiciário brasileiro quanto à reformulação da linguagem jurídica como critério de aproximação e de efetividade do acesso à jurisdição.

Além da campanha da AMB pela simplificação da linguagem jurídica ocorrida no ano de 2005, do Projeto Acordar, desenvolvido pela Vara de Família da Comarca de Santa Maria/RS, de nosso projeto Cidadania Rural Itinerante desenvolvido em Uberaba/MG (descrito na nota 213), centenas e centenas de outros projetos estão sendo aplicados e desenvolvidos no Poder Judiciário brasileiro com o propósito de simplificar a linguagem jurídica e de se aproximar do cidadão, destacando-se os seguintes:

1) Projeto Justiça Comunitária: segundo o sítio virtual do Banco Mundial o projeto Justiça Comunitária é o resultado de um esforço conjunto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, na qualidade de coordenador, em parceria com o Ministério Público do DF, a Defensoria Pública do DF, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção DF e a Faculdade de Direito da UnB, em convênio com o Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria de Estado de Direitos Humanos, no sentido de levar o aparelho jurisdicional, de forma itinerante, às cidades e às localidades do Distrito Federal desprovidas de Fóruns, onde são realizadas audiências e conciliações;²²⁹

²²⁸ HABERMAS, op. cit., p. 193-203.

²²⁹ Disponível em: <<http://www.bancomundial.org/foros/mexico/web/brasilp.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2008.

2) Projeto Integração Justiça Eleitoral e Sociedade Civil: projeto desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Maranhão “a fim de divulgar a legislação eleitoral e receber apoio social para a descoberta de casos de ‘compra de votos’ e uso abusivo da máquina administrativa”²³⁰;

3) Juizado Volante Ambiental desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso: “criação de um órgão judicial simplificado para atender com rapidez e eficiência as demandas cíveis e criminais relativas ao meio ambiente”²³¹;

4) Justiça Preventiva nas Escolas desenvolvido pelo Juizado Especial da Justiça do Amapá: projeto que envolve a prestação de serviços jurisdicionais sistematizada nas escolas, minimizando a evasão e a violência por meio da intervenção preventiva da Justiça e mediante a realização de parcerias com outros órgãos, de modo a permitir maior integração entre Justiça, comunidade e escola.²³²;

5) Judiciário Rio Abaixo, Rio Acima desenvolvido pelo TRT da 8ª Região: “a prática consiste no deslocamento da Vara Trabalhista a certas localidades, a fim de levar serviços judiciários para os locais de conflito, processando reclamações, notificações e audiências públicas”,²³³

6) Justiça nas Praças desenvolvido pelo Juizado Especial da Justiça do Amapá: prestação de serviços jurisdicionais em praças públicas, com o ônibus da Justiça, promovendo a integração entre a Justiça e a comunidade e um melhor conhecimento da população sobre seus direitos e deveres²³⁴;

7) Justiça Cidadã desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: capacitação de moradores das comunidades periféricas como agentes multiplicadores de informações básicas sobre direito, justiça e cidadania.²³⁵

²³⁰ Prática premiada no I Prêmio Innovare, publicada no livro “A Reforma Silenciosa da Justiça”. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 29-40.

²³¹ Prática premiada no I Prêmio Innovare, Ibid., p. 41-52.

²³² Prática contemplada com menção honrosa no I Prêmio Innovare, Ibid., p. 62-72.

²³³ Prática finalista do I Prêmio Innovare, publicada no livro “A Reforma Silenciosa da Justiça”. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 106-114.

²³⁴ Prática finalista do I Prêmio Innovare, Ibid., p. 137-141.

²³⁵ Prática finalista do I Prêmio Innovare, Ibid., p. 238-261.

5.4 O SUCATEAMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA: A DESIGUALDADE REAL INVIABILIZA A PARIDADE DAS ARMAS

Dentro de nossa linha de pesquisa, o papel da Defensoria Pública se avulta como um dos mais importantes para se concretizar as prerrogativas decorrentes da cidadania no contexto da realidade sócio-econômica brasileira. É que, inevitavelmente, a desigualdade real reinante na sociedade também se projeta na esfera jurisdicional, comprometendo-se o princípio da igualdade discursiva das partes no bojo das relações processuais.

Realmente, o Brasil ainda ostenta índices alarmantes de desigualdade social, segundo dados oficiais da ONU e de instituições de prestígio internacional.²³⁶ Segundo dados do IPEA, o Brasil, em 2003, tinha um contingente de 21,9 milhões de pessoas muito pobres ou indigentes (12,9%)²³⁷.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth advertem que as diferenças sócio-econômicas entre as partes tornam a igualdade de armas nos processos judiciais uma garantia utópica.²³⁸ Depois de abordarem diversos obstáculos a serem transpostos para um acesso efetivo à justiça, tais como o tempo e os custos, chegam à conclusão de que o “o exame dessas barreiras [...] revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.”²³⁹

²³⁶ Segundo notícia veiculada no Folha Online de 07/09/2005 – 07h02min “O Brasil é o oitavo país em desigualdade social, na frente apenas da latino-americana Guatemala, e dos africanos Suazilândia, República Centro-Africana, Serra Leoa, Botsuana, Lesoto e Namíbia, segundo o coeficiente de Gini, parâmetro internacionalmente usado para medir a concentração de renda. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u112798.shtml>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

²³⁷ Publicação Radar Social do IPEA: Brasília, IPEA, 2003: “Quanto aos muito pobres (ou indigentes), com renda domiciliar per capita de até um quarto do salário mínimo, a proporção é de 12,9% ou 21,9 milhões de pessoas.”

²³⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 15.

²³⁹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 28.

A morosidade desarrazoada do Judiciário, além das mazelas indicadas no item supra, também causa manifestos prejuízos à parte processual economicamente mais frágil, “pois o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico”, conforme anota Luiz Guilherme Marinoni.²⁴⁰

No contexto da 1ª Conferência Defensoria Pública e Direitos Humanos, realizada em Brasília no ano de 2003, o Ministro Nilmário Miranda, Secretário Especial dos Direitos Humanos, chega a afirmar que “Conferência Defensoria Pública e Direitos Humanos: uma redundância, mas compreendo como uma ênfase, porque não há Defensoria sem Direitos Humanos nem Direitos Humanos sem Defensoria”.²⁴¹

Marcelo Neves afirma que uma das implicações mais problemáticas da dificuldade de construção da identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica latino-americana é a generalização de relações de subintegração e sobreintegração.

Do lado dos subintegrados surgem os chamados subcidadãos, vale dizer, aquelas pessoas que não têm condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, mas, contudo, são integrados negativamente no sistema jurídico, principalmente no que concerne às suas estruturas punitivas, sendo-lhes atribuídos diversas posições jurídicas: devedores, executados, investigados, indiciados, denunciados, réus, condenados, etc.

Marcelo Neves adverte que no campo constitucional o problema da subintegração ganha um significado especial, na medida em que, com relação aos membros das classes populares as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do aparelho estatal.

De outro lado, a subintegração das massas é indissociável da sobreintegração dos grupos privilegiados (sobrecidadãos). Em arremate, adverte Marcelo Neves:

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994.

²⁴¹ CONFERÊNCIA DEFENSORIA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS, 1., 2003, Brasília. *Anais...* Brasília: Ministério da Justiça: Defensoria Pública, 2003.

É verdade que os sobrecidadãos utilizam regularmente o texto constitucional democrático – em princípio, desde que isso seja favorável aos seus interesses e/ou para proteção da “ordem social”. Tendencialmente, porém, a Constituição é posta de lado na medida em que impõe limites à sua esfera de ação política e econômica. Ela não atua, pois, como horizonte do agir e vivenciar jurídico-político dos ‘donos do poder’, mas sim como uma oferta que, conforme a eventual constelação de interesses, será usada, desusada ou abusada por eles.²⁴²

Dentro das peculiaridades da realidade brasileira, as palavras de Marcelo Neves merecem, no mínimo, uma reflexão crítica notadamente no campo penal, cuja clientela, principalmente a que habita os presídios, é composta, quase exclusivamente, de “subcidadãos” ou “subintegrados”, dentro da terminologia adotada pelo jurista. Aliás, a faceta alopoiética²⁴³ do direito penal, também é observada, não raro, em superpotências econômicas, conforme denuncia o inacreditável perfil étnico-econômico da população carcerária norte-americana, em que um de cada nove negros de 20 a 34 anos está preso.²⁴⁴

O Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro Paulo Galliez anota que “especialistas sobre o assunto admitiram a urgente necessidade de se melhorar a Defensoria Pública, pois como 98% dos presos são pobres e não

²⁴² NEVES, Marcelo. Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina. *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, Recife. p. 105-106.

²⁴³ Alopoiese, dentro da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

²⁴⁴ Pela primeira vez na história dos EUA, mais de 1 em cada 100 adultos americanos se encontra atrás das grades, revelou um novo relatório.

A população carcerária em todo o país aumentou em 25 mil pessoas no ano passado, chegando a quase 1,6 milhão. Outras 723 mil pessoas estão detidas em cadeias locais. Como o número de adultos americanos é de aproximadamente 230 milhões, isso significa que 1 em cada 99,1 adultos está atrás das grades.

Os índices de encarceramento são ainda mais altos em alguns grupos da população. De acordo com o Departamento da Justiça de 2006, 1 em cada 36 adultos hispânicos está atrás das grades. A situação é a mesma para 1 em cada 15 adultos negros e para 1 em cada nove homens negros na faixa dos 20 aos 34 anos de idade.

Divulgado pelo Centro Pew (Pew Center on the States), o relatório constatou que apenas 1 em cada 355 mulheres brancas de 35 a 39 anos de idade está encarcerada, mas que, no caso das negras, esse número é de 1 em cada 100.

A metodologia usada no estudo difere da que é empregada pelo Departamento de Justiça, que calcula o índice de encarceramento usando como denominador a população total, e não a adulta. Quando se emprega a metodologia oficial, o resultado obtido é 1 em cada 130 americanos presos.

De uma maneira ou outra, disse Susan Urahn, diretora administrativa do Centro Pew, “não estamos conseguindo desse nível de encarceramento o retorno esperado em termos de segurança pública”. Disponível em: < <http://www.pewcenteronthestates.org/>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

podem contratar um advogado, a falta de assistência jurídica acaba sendo responsável por grande parte dos problemas do sistema penitenciário”.²⁴⁵

Ao abordar o princípio supremo da ética “Liberta o Pobre”, Leonardo Boff pormenoriza as implicações da aplicação de tal postulado: i) a denúncia de uma totalidade social, de um sistema fechado que exclui e produz o pobre; ii) supõe um opressor que produz o pobre e o excluído; iii) supõe o pobre injustamente feito pobre, por isso, empobrecido; iv) supõe levar em conta os mecanismos que reproduzem o empobrecimento; v) supõe o dever ético de desmontar tais mecanismos; vi) supõe a urgência de construir um caminho de saída do sistema excludente e, por fim, vii) supõe a obrigatoriedade de realizar o novo sistema no qual tendencialmente todos possam caber na participação, na justiça e na solidariedade.²⁴⁶

Nessa ordem de considerações é forçoso reconhecer que a valorização e o investimento estatal efetivo, em termos humanos e materiais, em prol da Defensoria Pública, notoriamente a mais sucateada instituição jurídica brasileira, afigura-se um dos caminhos necessários para se minimizar as desastrosas conseqüências advindas do quadro acima relatado e uma das formas constitucionalmente previstas para “libertar os pobres” do Brasil em termos de dignidade e de participação democrática no processo de decisão.

O Defensor Público Paulo Galliez invoca importante artigo do Ministro Celso de Mello, publicado no jornal o Estado de São Paulo em 06.06.1997 intitulado “Justiça para o Povo”, em que externa a importância da Defensoria Pública para o processo de construção da cidadania dos necessitados no Brasil, na seguinte passagem:

Não se pode desconhecer que o povo brasileiro ainda não tem acesso pleno ao Poder Judiciário, cumprindo dotar o Estado de uma organização formal e material que lhe permita proporcionar, efetivamente, aos necessitados, plena e integral assistência jurídica, para que os direitos e as liberdades não se convertam em proclamações inúteis ou em declarações meramente retóricas.

É preciso – sem prejuízo de outras medidas igualmente necessárias – instituir, consolidar e aparelhar, em todo o país, as Defensorias

²⁴⁵ GALLIEZ, Paulo. *A Defensoria Pública: O Estado e a Cidadania*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 61.

²⁴⁶ BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letraviva, 2000. p. 86-87.

Públicas, cuja importância, nesse processo de construção da cidadania, reveste-se de relevo indiscutível.²⁴⁷

E o Ministro Celso de Mello na relatoria da ADI 2.903-7 demonstrou, efetivamente, a sua sensibilidade e a sua disposição em mudar o quadro injusto e omissivo do Poder Público em adotar políticas públicas concretas no sentido de conferir efetividade ao art. 134 da Constituição Federal de 1988, nestes termos:

Não se pode perder de perspectiva que a frustração do acesso ao aparelho judiciário do Estado, motivada pela injusta omissão do Poder Público – que, sem razão, deixa de adimplir o dever de conferir expressão concreta à norma constitucional que assegura, aos necessitados, o direito à orientação jurídica e à assistência judiciária –, culmina por gerar situação socialmente intolerável e juridicamente inaceitável.

Realmente, de todas as carreiras jurídicas previstas na Constituição da República de 1988, a Defensoria Pública, quer no âmbito estadual, quer no âmbito federal, foi a que menos recebeu a atenção de nossos governantes. Tanto é verdade que, em alguns Estados da Federação, o Ministério Público ainda vem exercendo a assistência jurídica aos carentes, o que se nos afigura um rematado desconchavo jurídico, tendo em vista em franco arrepio.

5.5 LIMITES CONSTITUCIONAIS DA CIDADANIA: O PROBLEMA DO ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO

A democracia brasileira, embora tenha experimentado significativos avanços na modernidade, ainda se encontra em processo de consolidação, principalmente diante dos precedentes históricos marcados por regimes de exceção, golpes militares, instabilidade política e institucional e por inúmeras crises econômicas e sociais.

Infelizmente, muitas conquistas consideradas democráticas no Brasil ainda estão predominantemente no campo retórico e somente diante de uma

²⁴⁷ MELLO apud GALLIEZ, op. cit., p. 62.

mudança de mentalidade será possível concretizar avanços consistentes e significativos em tal seara.

A ampliação do acesso à jurisdição, sem dúvida nenhuma, propiciou significativas contribuições para o processo de construção e de consolidação da cidadania no Brasil, conforme apontamos ao longo do presente estudo, principalmente no tocante às conquistas jurídicas das minorias.

Por outro lado, muitos se aproveitam do acesso à jurisdição para arrolar dívidas regularmente constituídas, agenciar causas manifestamente infundadas com propósitos meramente políticos ou econômicos²⁴⁸, judicializar questões políticas com mero espírito de emulação, com o fito de produzir escândalos sem qualquer preocupação com a efetiva resolução dos fatos que os ensejaram, contando-se, inclusive, com a cobertura sensacionalista da mídia.

Outros agentes transformam o próprio processo em penalidade, principalmente na seara penal, com ampla divulgação social dos seus desdobramentos políticos.

Muitas vezes, os processos que ensejaram uma ampla publicidade e a projeção social dos responsáveis por sua deflagração, são abandonados nos escaninhos forenses, arrastando-se a duras penas. Diante do exaurimento dos efeitos políticos produzidos pela demanda, os agentes responsáveis por sua deflagração não demonstram o mesmo entusiasmo no tocante ao prosseguimento da instrução e no acompanhamento das demais fases processuais, como ocorre com muitas ações de improbidade administrativa.

Não se pode confundir a necessidade democrática de se estabelecer canais comunicativos abertos e plurais, mediante argumentos regidos pelo primado da reserva da consistência, produzidos em sede de uma legítima relação dialógico-participativa, com a postura litigante irresponsável, leviana, unilateralmente forjada e amplamente divulgada por meios sensacionalistas, cujas conseqüências, muitas vezes, tornam-se irreversíveis do ponto de vista social e político.

²⁴⁸ O agenciamento de causas perante os Juizados Especiais Federais afigura-se uma questão extremamente preocupante e, por isso, foi debatida no contexto do I Encontro Nacional dos Juizados Especiais Estaduais e Federais promovido pelo Conselho Nacional de Justiça em novembro de 2005.

O processo jurisdicional de construção da cidadania não pode se converter na ditadura jurisdicional do cidadão ou dos interlocutores que compõem as funções essenciais à jurisdição (advogados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública), sob pena de deturpação dos cânones democráticos que devem nortear o discurso jurídico.

Importante assinalar, por fim, que os magistrados têm um papel muito importante no que se refere à admissibilidade das ações e no controle de tais condutas, no afã de compatibilizar o acesso à jurisdição aos primados de uma litigância responsável e norteadas pelos cânones da lealdade processual e da tolerância democrática.

6 O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO JUDICIAL DO DIREITO DAS MINORIAS NO BRASIL

6.1 O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO COMO UM DOS MECANISMOS MAIS EFICIENTES PARA A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DAS MINORIAS

Em face de todas as considerações desenvolvidas nos Capítulos anteriores, mesmo com o importante contraponto examinado no Capítulo 05 (fatores bloqueantes do caráter democrático da função jurisdicional), vislumbramos o Poder Judiciário como um dos mecanismos mais eficientes para a construção dos direitos das minorias no Brasil.

Aliás, ao longo de nossa exposição, vários exemplos concretos foram fornecidos a esse respeito, tal como a construção inicial dos direitos patrimoniais das mulheres concubinas, a consolidação jurisprudencial da união estável e o seu aperfeiçoamento legislativo a partir dos precedentes judiciais paradigmáticos. Vimos também o inestimável papel que a tutela jurisdicional dos portadores do vírus HIV, vítimas de inúmeros preconceitos sociais, no que diz respeito à concretização do direito fundamental à saúde e à dignidade humana, bem como no fundamental papel que tal construção jurisprudencial exerceu na concepção legislativo-executiva do programa governamental de combate e prevenção da SIDA, um dos mais eficientes e humanitários do mundo. Examinamos também a construção jurisprudencial que rendeu ensejo à ampliação das hipóteses de saque do FGTS aos portadores de doenças graves.

Os três exemplos retratados têm um especial traço em comum, eis que as construções jurisprudenciais daí decorrentes foram encampadas do ponto de vista legislativo, universalizando-se, socialmente, os direitos judicialmente construídos. Os pobres constituem a maior parte dos litigantes das três situações retratadas, ante a própria natureza das causas em questão, o que engrandecem, ainda mais, tais conquistas jurídicas.

Tais razões parecem justificar a importância desse último Capítulo no que se refere à demonstração dos elementos embaixadores da principal perspectiva desenvolvida ao longo de nosso trabalho, qual seja, a força que o cidadão brasileiro assumiu no atual cenário jurídico-constitucional, independentemente de sua classe social ou de qualquer outro elemento de discriminação, cuja efetividade reside, precipuamente, na função jurisdicional do Estado.

O direito de ação, assim, passa a ser visualizado como um dos principais instrumentos da soberania popular e da democracia participativa, visto que provoca a jurisdição, instaura o debate democrático em torno das normas abstratas sob a dialética do conflito e sob a regência do contraditório, da ampla defesa e dos demais cânones do devido processo legal, inicia o processo de construção dos modelos jurídicos jurisdicionais mediante o intercâmbio entre hermenêutica popular e a hermenêutica dos intérpretes jurídicos e, finalmente, colabora para o aperfeiçoamento e para o desenvolvimento da legislação brasileira (legalização da jurisprudência) sob o pálio da dialética de complementaridade.

Das três funções estatais básicas, a Constituição elegeu a função jurisdicional como a mais credenciada para outorgar ao cidadão o título de fragmento constitucional eficaz, expressão que sintetiza o pensamento de Lassalle, Hesse e Häberle, tendo em vista o seu fundamental papel de deflagrador do processo judicial, de partícipe ativo e soberano na construção dos modelos jurídicos jurisdicionais e no desenvolvimento do direito legislado no Brasil.

Afora os casos já examinados – concubinas, portadores de HIV e outros doentes terminais, em sua generalidade, pobres – dedicaremos uma atenção especial às seguintes minorias:

- 1) aos índios, legítimos e pioneiros habitantes da sagrada terra brasileira, cidadãos que, ao lado dos negros, foram vítimas de uma das

maiores atrocidades da história desse país, em nome das famigeradas “guerras justas” fomentadas pelos colonizadores portugueses²⁴⁹;

2) aos trabalhadores rurais, principalmente aos bóias-frias, trabalhadores volantes e mulheres rurícolas que laboram sob o espoliativo e desumano regime de pau-de-arara. Os trabalhadores rurais, é preciso afirmar, constituem hoje a mais expressiva das minorias brasileiras, eis que moram e trabalham nas longínquas fazendas e a grande maioria está submetida a condições laborais quase primitivas e são hoje as maiores vítimas do trabalho escravo. Não se pode olvidar que a origem histórica do termo cidadania está ligado à vida nas cidades;

3) aos homossexuais, que continuam sendo uma das minorias atuais mais perseguidas e quase desprovidas de garantias legalizadas, apesar dos inúmeros avanços e do aprimoramento social do princípio da tolerância;

4) aos idosos e aos deficientes carentes no âmbito da assistência social, pois, nas palavras de Ulysses Guimarães, a pior das discriminações é a miséria.²⁵⁰

6.2 A TUTELA JURISDICIONAL DOS ÍNDIOS

Inocêncio Mártires Coelho destaca a circunstância de que existem inúmeros dispositivos constitucionais cujo conteúdo só podem ser revelados a partir da ajuda hermenêutica de intérpretes não-jurídicos, “como é o caso dos direitos das populações indígenas nos termos em são reconhecidos pelo artigo 231 da Constituição Federal.” Prossegue o jurista afirmando que “sem o apoio dos próprios índios, de antropólogos e de indigenistas que, aliás, participaram

²⁴⁹ A Carta Régia de 02.12.1808 declarava como devolutas as terras que fossem “conquistadas” dos índios nas chamadas “Guerras Justas”, intentadas pelo governo português contra os povos indígenas que não se submeteram ao seu domínio no Brasil. A condição de devolutas permitia que as terras indígenas fossem concedidas a quem a Coroa assim desejasse, visto que terra devoluta, por definição, consiste na propriedade imóvel de domínio público sem nenhuma destinação específica.

²⁵⁰ Discurso pronunciado pelo Presidente Ulysses Guimarães, na Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, em 27 de julho de 1988. Disponível em: <http://www.fugpmdb.org.br/c_cidada.htm>. Acesso em: 2 jul. 2008.

do processo constituinte, o juiz não conseguirá ler esse dispositivo constitucional.”²⁵¹

Realmente, as palavras de Inocêncio Mártires Coelho se fazem refletir em alguns julgados paradigmáticos do Poder Judiciário brasileiro. As decisões judiciais pesquisadas tiveram a participação direta ou indireta dos índios, dos indigenistas e de antropólogos.

Ana Valério Araújo, em magistral obra, sustenta a existência de “um direito próprio” dos índios, mas admite a natureza polêmica da questão e a resistência do meio jurídico em reconhecer outras esferas de juridicidade “incompatíveis com o sistema jurídico estatal”.²⁵²

A autora reconhece, porém, que o Poder Judiciário tem exercido um papel pioneiro em conferir efetividade ao art. 231 da Constituição Federal, dispositivo que reconhece os usos, costumes, tradições indígenas e o direito à diversidade étnica dos índios.

Um caso paradigmático citado por Ana Valério Araújo é a interessante decisão da Justiça Federal de Roraima que deixou de condenar um índio acusado de ter matado outro integrante de sua aldeia, a fim de evitar uma espécie de *bis in idem* jurídico-antropológico, visto que o índio acusado já tinha sido punido conforme as tradições de sua tribo. No caso, o referido índio foi afastado do convívio dos membros de seu povo, permanecendo, contudo, dentro do respectivo território indígena por tempo determinado. Para a Justiça Federal, tal restrição era equivalente à pena de prisão do direito brasileiro, que se traduz no afastamento do indivíduo do convívio de seus pares.²⁵³ Ademais, não se pode olvidar a natureza grave dessa sanção, tendo em vista que a vida coletiva é elemento integrante da cultura indígena.

O Juiz Federal Helder Girão Barreto, em obra que escreveu a respeito dessa temática, assinalou que o índio acusado já tinha sido condenado pela comunidade indígena a qual pertencia – Povo Maturuca – recebendo as

²⁵¹ COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 185-192, abr./jun. 1998.

²⁵² ARAÚJO, Ana Valério. *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”*: o direito à diferença. Brasília: MEC: UNESCO, 2006. p. 64-65.

²⁵³ ARAÚJO, Ana Valério. *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”*: o direito à diferença. Brasília: MEC: UNESCO, 2006. p. 65.

seguintes penas: cavar a cova, enterrar o corpo da vítima e ficar em degredo de sua comunidade e de sua família pelo tempo em ela (comunidade) achasse conveniente. No dia do julgamento perante a Justiça Federal (Tribunal do Júri Federal) o acusado estava há catorze anos degredado de sua comunidade indígena. Diante de tal circunstância, o Ministério Público Federal requereu a absolvição e o Tribunal do Júri Federal, à unanimidade, absolveu o acusado.²⁵⁴

Dentro dessa mesma linha de entendimento, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região manteve decisão proferida em mandado de segurança impetrado por uma índia despojada de um racho localizado na aldeia Tapuios contra ato da FUNAI, o qual, à sua vez, fora praticado em fiel cumprimento à deliberação tomada em assembléia dos próprios índios da mencionada tribo.

Por relevante, veja-se a seguinte passagem do citado aresto, *verbis*:

De outra banda, verifica-se da documentação apresentada pela FUNAI que a decisão de impor à impetrante a desocupação da área partiu da própria comunidade indígena, que se reuniu em assembléias, de acordo com seus usos e costumes. Assim, agiu acertadamente a autoridade impetrada, já que se limitou a dar cumprimento ao quanto decidido pela própria comunidade indígena, respeitando seus modos tradicionais de solução de controvérsias.²⁵⁵

A partir de tais julgamentos, o Poder Judiciário vem prestando uma relevante contribuição para uma mudança de postura do Estado brasileiro quanto à resistência em se conferir efetividade ao art. 231 da Constituição Federal, principalmente no que tange às relações indígenas internas travadas no âmbito dos respectivos territórios demarcados.

Destaca-se, como um caso interessante de interpenetração entre o Direito estatal e as tradições indígenas, o episódio que chegou ao conhecimento da Justiça Federal do Amapá no ano de 2005. Depois de inúmeros e longos entraves administrativos, três indígenas – Masaupe Waiãpi, Anã Waiãpi e Sororo Waiãpi – postularam, por intermédio de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal a pedido da FUNAI contra o INSS, a concessão de pensão em decorrência do falecimento do indígena Parara

²⁵⁴ BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 119.

²⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). AMS 2006.35.00.004203-3/GO, Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, *Diário da Justiça*, 13/07/2007. p. 53.

Waiãpi, que tinha exercido emprego formal perante determinada ONG e com o qual desfrutaram união matrimonial sob o pálio da poligamia.²⁵⁶

Dentre os argumentos levados aos debates travados em audiência de conciliação, constaram a antinomia existente entre o valor monogamia inerente ao sistema constitucional e a tradição poligâmica da tribo Waiãpi e a questão relativa ao pagamento integral ou partilhado da pensão por morte entre as três indígenas viúvas, em face do ditame constitucional brasileiro referente ao equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social.

Em se tratando de relações de interpenetração entre os sistemas estatal e não-estatal, foram adotados critérios hermenêuticos inerentes ao campo de juridicidade estatal tutelante,²⁵⁷ em virtude do qual se implementaram os elementos aquisitivos da faculdade jurídica em questão, mesmo porque o art. 55 do Estatuto do Índio proclama que “O regime geral da previdência social será extensivo aos índios, atendidas as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas.”.

Uma das diretrizes jurídicas que nortearam o desfecho do processo foi o critério da concordância prática ou da harmonização, em que o princípio da contributividade em matéria previdenciária foi compatibilizado com o princípio da preservação das tradições indígenas (no caso, a poligamia), rateando-se, entre as viúvas poligâmicas, a pensão pela morte do indígena Parara Waiãpi.

Releva salientar que foi acostado aos autos importantes subsídios hermenêuticos de cunho antropológico acerca das características familiares do povo Waiãpi retirados da obra Povos Indígenas do Brasil, de autoria de Carlos A. Ricardo, Série Aconteceu Especial, ed. CEDI 1983, v.3.²⁵⁸

²⁵⁶ Ação Civil Pública n. 2004.31.00.700374-6, que tramitou no Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Amapá.

²⁵⁷ O Estatuto do Índio, em seu art. 7º, menciona o “regime tutelar” do Estado em favor das populações indígenas brasileiras. BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L6001.htm>>. Acesso em: 3 jul. 2008.

²⁵⁸ Em relação à poligamia do povo Waiãpi, vejam-se as seguintes passagens retiradas da obra Povos Indígenas do Brasil, de autoria de Carlos A. Ricardo:

Os Waiãpi vivem atualmente conforme padrões semelhantes aos que caracterizavam essa sociedade na segunda metade do século XIX, apesar das compulsões sofridas desse período até agora [...].

Essa endogamia constitui ainda para os Waiãpi do Amapari ma solução tida por ideal para os casamentos. Isso seria na realidade uma ‘tática de defesa’ para evitar a dispersão local (P. Grenand: 1982, 121-123).

A partir de tal pauta ético-jurídica, o caso encerrou-se por um acordo entre as partes, com o rateio da pensão entre as três indígenas viúvas. Segundo a FUNAI, o presente acordo foi inédito no Brasil.²⁵⁹

Um exemplo de interferência do ordenamento estatal em desrespeito à tradição indígena do endocanibalismo ou endofagia ocorreu na cidade de Boa Vista. Uma criança indígena yanomami de dois anos faleceu em um hospital da capital de Roraima que se negou a liberar o corpo para os rituais fúnebres inerentes às tradições dessa tribo indígena.

Uma matéria curiosa sobre a endofagia foi publicada na Revista Super Interessante de Agosto de 1997, p. 66-67, na qual constou o tópico “No purê de banana, as cinzas dos amigos”, em que retrata os rituais fúnebres dos Yanomamis, merecendo destaque a seguinte passagem:

O cadáver é pranteado e colocado sobre uma plataforma, fora da aldeia. A carne é separada dos ossos e cremada. Os ossos são limpos e moídos num pilão até virar cinza. No funeral, os vizinhos e aliados comem as cinzas com purê de banana.

A tribo dos Waris de Rondônia também adota a prática:

O corpo era cortado e os ossos quebrados. Alguns órgãos eram cremados. Desfiados e estirados em uma esteira, eram comidos, entre lágrimas, com pão de milho assado. Quase sempre, o corpo já estava se deteriorando.

No caso dos Yanomamis, o funeral dura em torno de 20 dias. Segundo os usos, costumes e tradições desse povo, esse ritual é realizado com o fim de perpetuar o espírito do ente querido.²⁶⁰

[...]

Os Waiãpi observam uma regra de casamento preferencial entre primos cruzados – bilaterais – reais ou classificatórios. O casamento entre primos paralelos, que se chamam irmão/irmã é incestuoso. Existem outros tipos de uniões condizentes com essa regra: a prática do levirato (a viúva se casa preferencialmente com o irmão de seu finado marido) e o sororato (recomendado sob a forma de casamento poligâmico e no caso do viúvo que se casa com a irmã de sua finada esposa).”

²⁵⁹ O termo de acordo homologado nos autos do Processo n. 2004.31.00.700374-6, em que tive a honra de homologar enquanto Juiz Federal responsável pelo caso, contemplou o rateio da pensão por morte e dos saldos de FGTS entre as índias Masaupe Waiãpi, Anã Waiãpi e Sororo Waiãpi, o qual ressalvou a prerrogativa do MPF, a qualquer tempo, de promover ação própria para discutir o direito à integralidade do aludido benefício previdenciário em favor das viúvas do indígena Parara Waiãpi.

Em relação ao exemplo examinado, a Justiça Estadual de Roraima, em inédita decisão, autorizou a exumação da criança yanomami e determinou, a pedido da FUNAI, a entrega dos restos mortais aos pais para a realização dos festejos fúnebres, possibilitando a preservação das tradições, usos e costumes do povo Yanomami.²⁶¹

O Poder Judiciário vem afastando, em jurisprudência remansosa, as turbações e outras ilegalidades perpetradas por madeireiros, grileiros e garimpeiros em desfavor das populações indígenas regularmente assentadas.

O TRF da 1ª Região, em determinado julgamento envolvendo a invasão de terras indígenas, além de ter conferido efetiva proteção aos legítimos ocupantes de tais propriedades, também determinou a implementação de políticas públicas de saúde e de preservação do meio ambiente, a cargo da FUNASA e do IBAMA, de forma a impedir que os indivíduos de nações indígenas sejam vítimas de contaminações e de doenças graves transmitidas por madeireiros, garimpeiros e posseiros e que sejam vítimas de exploração ilegal de suas áreas territoriais. Na decisão ficou consignado que “O Poder Judiciário não elabora nem promove políticas públicas, contudo tem o dever, em caso concreto, de determinar que os órgãos públicos realizem seus fins institucionais, em especial quando está em juízo o direito à vida.”²⁶²

Registre-se que a maior parte dos julgados mencionados ao longo desse tópico teve a participação direta ou indireta dos índios, dos indigenistas ou de antropólogos, como nos seguintes casos que foram retratados:

- 1) O respeito jurisdicional pelo direito penal costumeiro indígena do Povo Maturuca;
- 2) A questão em que a Justiça Federal reconheceu o modo tradicional de solução de controvérsias dos índios Tapuios;

²⁶⁰ Disponível em: <<http://www.proyanomami.org.br/v0904/index.asp?pág=noticia&id=4271>>. Acesso em: 27 set. 2006.

²⁶¹ Disponível em: <<http://www.tj.rr.gov.br/noticias/materia.php?titulo=folhadeboavista:ritual>>. Acesso em: 27 set. 2006.

²⁶² BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). AC 199801000534002, Relator: Des. Federal João Batista Moreira, *Diário da Justiça*, 09/04/2007. p. 113.

- 3) O pedido de encaminhamento do corpo da criança indígena para a tribo dos Yanomami, a fim de conferir efetividade aos rituais de endocanibalismo;
- 4) O pedido de pensão por morte das viúvas poligâmicas da tribo Waiãpi, em que as índias foram ouvidas em Juízo e estudos antropológicos conferiram embasamento às tradições de seu povo.

Os índios e as populações indígenas, os mais antigos e legítimos ocupantes do território nacional, outrora relegados, marginalizados e duramente solapados em sua dignidade e identidade étnica, configuram, no atual contexto constitucional, verdadeiros fatores reais de poder e “agentes conformadores da realidade constitucional”, inclusive por intermédio da função jurisdicional do Estado, como nas situações retratadas acima.

6.3 A INCLUSÃO PREVIDENCIÁRIA DA MAIOR PARTE DOS TRABALHADORES RURAIS BRASILEIROS POR INTERMÉDIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

Milhares de famílias brasileiras são sustentadas em decorrência do trabalho desenvolvido no campo. São pessoas simples e sofridas, contemplando homens e mulheres, jovens e idosos, com nível econômico, educacional e cultural aquém dos padrões socialmente aceitáveis. As populações rurais, por estarem afastadas dos centros urbanos, muitas vezes desconhecem, por completo, os instrumentos constitucionais postos à sua disposição para o exercício da cidadania.

Estudos antropológicos e históricos apontam as populações rurais como sendo uma das parcelas mais marginalizadas da sociedade atual, em razão de suas idiossincrasias e das circunstâncias econômicas, geográficas e culturais em que estão inseridas. Em realidade, trabalhadores rurais são os “novos sujeitos históricos”, eis que articulados com as exigências de

“dignidade, de participação, de satisfação mais justa e igualitária das necessidades fundamentais das maiorias”, segundo observação de Antônio Carlos Wolkmer.²⁶³

Sem embargo dessas circunstâncias, a maior parte dos trabalhadores do campo, que exerceram suas penosas atividades em momento histórico em que predominava no Brasil a população rural sobre a população urbana, está conseguindo a tão merecida inclusão previdenciária por intermédio, precipuamente, da atividade jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça e da Justiça Federal de 1º e 2º graus e a sua inestimável inovação no cenário jurídico em relação a diversos aspectos da previdência social dos rurícolas, destacando-se os seguintes:

a) aproveitamento, em prol das mulheres rurícolas, dos elementos de prova de tempo de serviço rural (início de prova material) consignadas em nome dos respectivos esposos trabalhadores do campo, visto que, por circunstâncias históricas e culturais, muito raramente constavam dos documentos pessoais das mulheres a inscrição “trabalhadora rural”, ainda que, efetivamente, tivessem desempenhado tal atividade laborativa. No mais das vezes, os documentos da maioria das trabalhadoras rurais constam a profissão “do lar” ou “doméstica”²⁶⁴;

b) reconhecimento jurisprudencial do valor probatório de documentos novos (não contemporâneos aos fatos objeto da prova) relativamente aos bóias-frias e aos trabalhadores volantes (regime de pau-de-arara). O Superior Tribunal Justiça consolidou a presente tese tendo em vista “a condição desigual experimentada pelo trabalhador volante ou bóia-fria nas atividades rurais”²⁶⁵;

c) a extensão jurisprudencial do conceito de início de prova material da atividade rural que abrange um leque singularmente amplo de documentos, tais como as notas fiscais de produtos agropecuários, quaisquer documentos de

²⁶³ WOLKMER, Antônio Carlos. Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima (Org.) *Lições de Direito Alternativo 1*. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 23.

²⁶⁴ Neste sentido, o Enunciado n. 06 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais: “A certidão de casamento ou outro documento idôneo que evidencie a condição de trabalhador rural do cônjuge constitui início razoável de prova material da atividade de rurícola.”

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 3005, *Diário da Justiça*, 25 out. 2007.

aquisição de terras rurais, nota de crédito rural, certidão de nascimento, de óbito e de casamento, etc²⁶⁶. Tal entendimento se deve à circunstância de que na realidade em que estão inseridos os trabalhadores rurais, via de regra sem registro na CTPS, existe uma extrema dificuldade em se obter documentos comprobatórios da atividade rural.

Importa assinalar que o Governo Federal encampou parte significativa da jurisprudência construída em prol dos rurícolas, o que propiciou a edição do Memo-Circular n. 01/PR/INSS, que estabelece as diretrizes para acordos e não-interposição de recursos no âmbito das causas previdenciárias, conforme foi abordado no Capítulo 03 (item 3.5.2).

No contexto do direito previdenciário, mencione-se, ainda, a recente Lei 11.718, de 20.06.2008, que consagrou entendimentos jurisprudenciais consolidados acerca da interpretação de diversos aspectos legais dos trabalhadores rurais e dos segurados especiais.

Diante de tal cenário, centenas de milhares de trabalhadores rurais lograram aposentadoria perante o Poder Judiciário e, por isso, a situação ora retratada exterioriza um dos maiores fenômenos de proteção judiciária das minorias em território nacional.

Dessa sorte, os bóias-frias, os trabalhadores em regime de pau-de-arara, as mulheres rurícolas, os grupos sociais que trabalham em regime de economia familiar e, de uma forma em geral, a grande massa de empregados rurais espalhados no imenso território nacional, mesmo diante da dura realidade em que estão inseridos esses “novos sujeitos históricos”, também configuram fatores reais de poder dentro da sistemática constitucional brasileira, a partir dos exemplos acima mencionados.

6.4 A TUTELA JURISDICIONAL DOS HOMOSSEXUAIS

²⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 591370, *Diário da Justiça*, 02 ago. 2004; BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). AC 2004.01.99.021453-6/GO, *Diário da Justiça*, 07 jul. 2005; BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). AMS 155110, *Diário da Justiça*, 29 jan. 2002.

Não precisamos nos valer de um esotérico exercício de “quiromancia jurídico-política” para assinalarmos que está muito próxima a regulamentação legislativa dos direitos dos homossexuais numa espécie de “Estatuto da Igualdade Sexual”, os quais, aliás, serão meras encampações dos atuais precedentes judiciais densificadores dos princípios magnos da igualdade e da dignidade humana, principalmente no que concerne ao direito à adoção, à pensão por morte previdenciária, à inclusão do parceiro homossexual na lista dos dependentes para fins de assistência à saúde e para fins previdenciários, à partilha de bens em sociedade de fato e aos direitos hereditários.

A Justiça Federal declarou a nulidade de sindicância proposta no âmbito do Instituto Militar de Engenharia, cuja instauração foi motivada pelas meras “tendências homossexuais” do sindicato. Dentre os fundamentos, foram invocados os postulados da igualdade material e ao direito da personalidade à orientação sexual.²⁶⁷

O direito à inscrição de companheiros homossexuais como dependentes no Regime Geral da Previdência Social e o conseqüente reconhecimento da prerrogativa previdenciária de pensão por morte foram pacificados no âmbito da jurisprudência da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a partir de julgamentos pioneiros do TRF da 4ª Região.²⁶⁸

A Justiça Estadual de São Paulo reconheceu, de forma pioneira, o direito à adoção por casal homossexual.²⁶⁹

Em julgamento paradigmático, a Justiça Federal reconheceu o direito de acesso dos transexuais aos procedimentos médicos de transgenitalização, a partir da determinação de sua inclusão na Tabela SIH-SUS. Em tal decisão ficou assentado que “a proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo protege heterossexuais, homossexuais, transexuais e travestis, sempre

²⁶⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). AMS 50526, Relator: Juiz Guilherme Calmon, *Diário da Justiça*, 13 fev. 2006. p. 187.

²⁶⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). AG 200004010441440, Relator: Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon, *Diário da Justiça*, 26 jul. 2000. p. 679.

²⁶⁹ Segundo notícia do Jornal “O Estado de São Paulo” de 05.07.2005: “Um casal de homossexuais de Catanduva, em São Paulo, conseguiu o direito de adotar uma criança. A decisão é do juiz da Infância e da Juventude Júlio César Spoladore Domingos, que aceitou o pedido feito pelo casal no ano de 2004.”

que a sexualidade seja o fator decisivo para a imposição de tratamentos desfavoráveis.”²⁷⁰

Os homossexuais, dentro do desenho constitucional brasileiro, configuram fatores reais de poder e “potências públicas produtivas de interpretação” e, em futuro próximo, serão os principais protagonistas na edificação legislativa das conquistas jurídicas que estão sendo outorgadas pioneiramente pela função jurisdicional do Estado.

6.5 OS DEFICIENTES FÍSICOS E OS IDOSOS PERANTE A ASSISTÊNCIA SOCIAL: A EXTENSÃO DO CONCEITO LEGAL DE VULNERABILIDADE ECONÔMICO-SOCIAL

Uma conquista marcante da jurisprudência, externada pela ação diuturna dos cidadãos perante o Poder Judiciário, mais especificamente dos idosos e dos deficientes carentes, diz respeito à fixação do sentido e alcance do conceito de miserabilidade estampado no artigo 20, § 3º da Lei 8.742/93, que estabeleceu como parâmetro positivo a renda familiar *per capita* não superior a um quarto (1/4) do salário-mínimo.

Os magistrados, em contato com a realidade social e com as circunstâncias concretas denunciadoras de manifesta situação de pobreza das famílias dos autores das milhares e milhares de ações que tramitam na Justiça Federal, principalmente perante os Juizados Especiais Federais, atestada, inclusive, em ações da justiça itinerante e por relatórios sociais consistentes, conferiram interpretação ao art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 a fim de adequar o conceito legal restritivo de vulnerabilidade econômico-social em consonância com os demais elementos reinantes na estrutura sócio-econômica em que estão inseridas as partes, no afã de salvaguardar, *in concreto*, o postulado da dignidade humana.

Tantas foram as decisões emitidas a respeito do tema que a Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais

²⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). AC 200171000262799, Relator: Des. Federal Roger Raupp Rios, *Diário da Justiça*, 22 ago. 2007.

editou a Súmula n. 11, que admite outros critérios para aferir a miserabilidade, em concorrência com o critério legal.²⁷¹

Depois de muitos embates jurisprudenciais a respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal, apesar de ter declarado a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93, estabeleceu na Reclamação 4374 MC/PE, rel. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que o critério miserabilidade estatuído legalmente não pode “obstar o reconhecimento de outros meios probatórios em face do princípio da liberdade objetiva dos meios de demonstração em juízo, desde que idôneos e moralmente legítimos”.²⁷²

Diante de tais perspectivas, os idosos e os deficientes carentes, a partir dos relevantes precedentes firmados pela construção jurisprudencial, são fatores reais de poder, verdadeiros fragmentos constitucionais eficazes e partícipes soberanos da essência constitucional.

²⁷¹ Eis o inteiro teor da Súmula 11 da TNU/JEF: “A renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.”

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4374-MC/PE, Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, *Diário da Justiça*, 06 fev. 2007.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da combinação das concepções de Constituição de Ferdinand Lassalle, Konrad Hesse e Peter Häberle, passamos a visualizar o cidadão, no espaço da pós-modernidade, como fator real de poder ou fragmento constitucional eficaz, mas a sua plena operatividade vai depender da função jurisdicional do Estado.

A cidadania é uma força social viva e sempre atuante e não se esgota com a mera outorga de legitimidade popular aos mandatos políticos por intermédio do voto, pois cidadãos vêm ocupando um papel de destaque no que concerne à construção das decisões fundamentais da sociedade, em razão da insuficiência do modelo representativo de democracia e do singular rol de prerrogativas cidadãs outorgadas pela CF/88 e, por isso, são co-responsáveis pelo Governo do Estado ao lado dos políticos, dentro de um novo paradigma de democracia participativa.

A hermenêutica popular do direito se insere dentro do conceito de democracia participativa e decorre da circunstância de que as leis e as demais normas jurídicas são destinadas, precipuamente, aos partícipes da vida social e não somente aos juristas em especial. O entendimento que defende uma interpretação popular do direito decorre de um conceito amplo de hermenêutica, decorrente da necessidade de uma pesquisa ou investigação realista do seu desenvolvimento. Sem embargo, muitas vezes a hermenêutica popular, dada a notória experiência daqueles que vivem a realidade da norma, também implica a adoção de uma interpretação em sentido estrito, a qual consiste na atividade consciente e intencional metodologicamente voltada à compreensão e à explicitação do sentido de uma norma.

A jurisprudência constitui o grande laboratório social da dialeticidade da experiência jurídica, tendo em vista o seu significativo número de participantes, o seu caráter inovador da ordem jurídica e o seu caráter essencialmente dinâmico e socialmente conflituoso.

Em face da dialeticidade de complementaridade entre função legislativo-normativa e a função jurisdicional, o direito é um fruto dinâmico e um

substrato social das relações que se desenvolvem desde a sua produção até o momento de sua aplicação, o que desperta complexos desdobramentos entre a legislação e a jurisdição e no conseqüente desenvolvimento dos modelos jurídicos jurisdicionais subordinados e autônomos em face dos modelos jurídicos legais, reciprocamente implicados. Os modelos jurisdicionais subordinados consistem nas aplicações *in concreto* daquilo que *in abstracto* se configura no modelo legal, ao passo que os modelos jurisdicionais autônomos decorrem das lacunas, obscuridades ou omissões do sistema normativo (*non liquet*).

Os modelos jurisdicionais subordinados e autônomos são dinâmicos e progridem uns para os outros, e reciprocamente, muitas vezes influenciando as supervenientes mudanças legislativas e jurisprudenciais. Os modelos jurisdicionais autônomos desempenham um papel fundamental na evolução do direito no Brasil em face da consagração legislativa da jurisprudência inovadora, a qual é construída no contexto das situações lacunosas do ordenamento jurídico e sob os ditames do processo de densificação dos princípios fundamentais;

Da dialeticidade de complementaridade entre as funções legislativa e jurisdicional decorrem intercâmbios e atritos entre tais atividades estatais, figurando, dentre eles, os fenômenos da legalização da jurisprudência, da contraposição legislativa da jurisprudência, da contraposição jurisdicional da legislação, da inibição legislativa da atividade jurisdicional e da correção pedagógico-jurisdicional da legislação.

O fenômeno da legalização da jurisprudência, que é uma conseqüência da criatividade judicial e que ocorre, praticamente, em todas as disciplinas jurídicas, tem a fundamental importância de irradiar as conquistas jurisprudenciais a todo o universo social com mais economia e racionalidade.

A contraposição legislativa da jurisprudência, que constitui um controle político-social da criatividade judicial, é uma natural decorrência da independência das funções estatais básicas e um dos consectários da doutrina do check and balances, mas encontra limites, principalmente quando o Supremo Tribunal Federal fixa a interpretação de princípios fundamentais na condição de guardião último da Carta Magna.

A jurisprudência não configura o mero resultado da leitura técnica das normas de direito pelos órgãos oficiais aplicadores, mas, sobretudo, consiste numa grande arquitetura social discursivo-cooperativa entre diversos partícipes, desde os destinatários diretos das normas abstratas até a multiplicidade de intérpretes jurídicos dos mais variados papéis e que atuam nas diferentes instâncias judiciais, sendo fruto, dessa forma, do intercâmbio dialético entre a hermenêutica popular do direito e a hermenêutica dos profissionais jurídicos.

O direito de ação é uma manifestação da soberania popular, pois a função jurisdicional do Estado, que constitui uma das formas de democracia participativa, confere poder ao cidadão, na medida em que deflagra o processo judicial-criativo do direito e co-participa da construção jurisprudencial.

O cidadão, em regra, não só deflagra como também participa de todas as fases do processo judicial, sendo um dos co-responsáveis, ao lado dos interlocutores da cidadania (Advocacia, Defensoria Pública e Ministério Público) e dos órgãos julgadores, pela construção das “normas jurídicas interpretadas”.

A legitimidade democrática do Poder Judiciário e de suas funções essenciais decorre, dentre outros fatores, da aptidão técnico-jurídica ou respaldo técnico-político dos profissionais do Direito a partir de critérios constitucionais; do amplo controle social de sua conduta; da motivação das decisões judiciais, da ampliação e efetividade do acesso à jurisdição; da humanização do discurso jurídico e da democratização do processo de construção hermenêutica das decisões judiciais.

Por intermédio do direito de ação e da efetiva participação nos processos judiciais, os cidadãos são co-responsáveis pela construção da jurisprudência e, conseqüentemente, do processo de sua legalização pelo Poder Legislativo.

Existe um diálogo equilibrado entre a jurisdição constitucional difusa e a jurisdição constitucional concentrada na CF/88, conferindo-se maior legitimidade democrática ao Poder Judiciário, na medida em que, de um lado, a jurisdição constitucional difusa garante uma efetiva e ampla participação de todos os envolvidos no processo de interpretação constitucional, por causa da

ampla descentralização geográfica do Poder Judiciário por todo o território nacional e o novo perfil da jurisdição concentrada, à sua vez, é suscetível de conferir maior força e efetividade à jurisprudência socialmente construída, principalmente com a consagração da repercussão geral em matéria de recurso extraordinário e da súmula vinculante com a EC 45/2004.

A morosidade desarrazoada do Poder Judiciário, a linguagem jurídica distante e predominantemente formalista, o sucateamento político da Defensoria Pública e o abuso do direito de ação para fins meramente políticos ou econômicos são fatores que impedem um acesso qualitativo à jurisdição e, por isso, bloqueiam o seu caráter democrático.

A função jurisdicional, como um dos mecanismos mais eficientes para a construção dos direitos das minorias, tem sido a maior responsável pelas suas conquistas jurídicas históricas no Brasil, transformando-as em verdadeiras “forças produtivas de interpretação”, “fragmentos constitucionais” eficazes, “agentes conformadores da realidade constitucional” e partícipes soberanos da essência constitucional, tais como os trabalhadores rurais, homossexuais, concubinos, índios, idosos, deficientes, portadores de HIV e as pessoas carentes em geral.

O direito de ação, assim, passa a ser visualizado como um dos principais instrumentos da soberania popular e da democracia participativa, visto que provoca a jurisdição, instaura o debate democrático em torno das normas abstratas sob a dialética do conflito e sob a regência do contraditório e dos imperativos do devido processo legal, inicia o processo de construção dos modelos jurídicos jurisdicionais mediante o intercâmbio entre hermenêutica popular e hermenêutica dos intérpretes jurídicos e, finalmente, colabora para o aperfeiçoamento e para o desenvolvimento da legislação brasileira, inclusive em prol das minorias históricas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARAÚJO, Ana Valério. *Povos Indígenas e a Lei dos "Branços": o direito à diferença*. Brasília: MEC: UNESCO, 2006.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Direito Alternativo: notas sobre as condições de possibilidade. In: _____. *Lições de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.
- BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal: Esse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2003.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Linguagem Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial: um consenso mínimo entre os humanos*. Brasília: Letraviva, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. Os dois Ministérios Públicos: o da Constituição e o do Governo. In: MOURA JÚNIOR, Flavio Paixão de; ROCHA, João Carlos de Carvalho; DOBROWOLSKI, Samantha Chantal (Coords.). *Ministério Público e a ordem social justa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRASIL, Rebeca Ferreira Brasil. *Apontamentos sobre o Direito das Obrigações sob a ótica do Código Civil de 2002*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/17/27/1727/>>. Acesso em: 16 out. 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Súmula nº 11 da TNU/JEF. A renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante. Disponível em: <http://www.soleis.com.br/sumulas_JEFs.htm>. Acesso em: 02 abr. 2008.

BRASIL. Decreto nº 4.827, de 03 de setembro de 2003. Altera o art. 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999. *Diário Oficial da União*, Brasília, 04 set 2003. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/2003/4827.htm>>. Acesso em: 08 maio 2008.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.168, de 22 de março de 1939. Altera a lei do Imposto sobre a Renda. *Coleção de Leis do Brasil*, 31 dez. 1939, p. 121. v. 2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1168.htm>. Acesso em: 08 mai 2008.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 jun 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 12 abr 2008.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 12 abr 2008.

BRASIL. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 fev 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em: 07 mar 2008.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 mai 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L4717.htm>. Acesso em: 10 mar 2008.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 out 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 08 maio 2008.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L6001.htm>>. Acesso em: 3 jul. 2008.

BRASIL. Lei nº 6.825, de 22 de setembro de 1980. Estabelece normas para maior celeridade dos feitos no Tribunal Federal de Recursos e na Justiça

Federal de Primeira Instância e dá outras. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 set 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6825.htm>. Acesso em: 10 mar 2008.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 set 1981. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L6938org.htm>>. Acesso em: 07 mar 2008.

BRASIL. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 mai 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8036consol.htm>>. Acesso em: 07 mar 2008.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 abr 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 23 abr 2008.

BRASIL. Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994. Dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional, institui a Unidade Real de Valor (URV) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 jul 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8880.htm>. Acesso em: 10 mar 2008.

BRASIL. Lei nº 8.922, de 25 de julho de 1994. Acrescenta dispositivo ao art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, para permitir a movimentação da conta vinculada quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jun 1994. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/421994/8922.htm>>. Acesso em: 10 mar 2008.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 01 fev 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 10 mar 2008.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 nov 2008.

BRASIL. Medida provisória 2.164-41, de 24 de agosto de 2001. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para dispor sobre o trabalho a tempo parcial, a suspensão do contrato de trabalho e o programa de qualificação profissional, modifica as Leis nos 4.923, de 23 de dezembro de 1965, 5.889, de 8 de junho de 1973, 6.321, de 14 de abril de 1976, 6.494, de 7 de dezembro de 1977, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 9.601,

de 21 de janeiro de 1998, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 ago 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/impv/2164-41.htm>>. Acesso em: 10 mar 2008.

BRASIL. Medida provisória 2.169-43, de 24 de agosto de 2001. Estende aos servidores públicos civis do Poder Executivo Federal a vantagem de vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento, objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 ago 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/impv/2164-41.htm>>. Acesso em: 10 mar 2008.

BRASIL. Medida provisória 2.225-45, de 04 de setembro de 2001. Altera as Leis nos 6.368, de 21 de outubro de 1976, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.525, de 3 de dezembro de 1997, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 ago 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/impv/2164-41.htm>>. Acesso em: 10 mar 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 3005, *Diário da Justiça*, 25/10/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 591370, *Diário da Justiça*, 02/08/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 591370, *Diário da Justiça*, 02/08/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ROMS 11895, Relator: Min. Paulo Medina, *Diário da Justiça*, 07/11/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 266, 22/05/2002. Concurso Público - Posse em Cargo Público - Diploma ou Habilitação Legal para o Exercício – Exigência. *Diário da Justiça*, 29/05/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante nº 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a constituição federal.

Disponível em: <

http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_00_13.htm>. Acesso em: 13 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. *Diário da Justiça*, 08 maio 1964. Disponível em: <

http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_03_80.htm>. Acesso em: 08 mar. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <
http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0473.htm>. Acesso em: 05 mar. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 516. O serviço social da indústria (sesi) está sujeito à jurisdição da justiça estadual. Disponível em: <
http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0516.htm>. Acesso em: 05 mar. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 686. Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público. Disponível em: <
http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0686.htm>. Acesso em: 03 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo do STF*, n. 516, 18/22 ago. 2008. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo516.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4374-MC/PE, Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, *Diário da Justiça*, 06/02/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 140.889, Relator: Min. Marco Aurélio (vencido), *Diário da Justiça*, 15/12/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 150.455, Relator: Min. Marco Aurélio, *Diário da Justiça*, 07/05/1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR-AG.REG. no RE 400.754, Relator: Min. Eros Grau, *Diário da Justiça*, 04/11/2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). AC 199801000534002, Relator: Des. Federal João Batista Moreira, *Diário da Justiça*, 09/04/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). AC 199934000293452, Relator: Des. Federal Fagundes de Deus, *Diário da Justiça*, 09/11/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). AC 2004.01.99.021453-6/GO, *Diário da Justiça*, 07/07/2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). AMS 2006.35.00.004203-3/GO, Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, *Diário da Justiça*, 13/07/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). AMS 155110, *Diário da Justiça*, 29/01/2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). AMS 50526, Relator: Juiz Guilherme Calmon, *Diário da Justiça*, 13/02/2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). AC 200171000262799, Relator: Des. Federal Roger Raupp Rios, *Diário da Justiça*, 22/08/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). AG 200004010441440, Relator: Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon, *Diário da Justiça*, 26/07/2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas, SP: Booksseller, 1998. v. 1.

COELHO, Inocêncio Mártires. As Idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 137, jan/mar. 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 185-192, abr./jun. 1998.

COELHO, Inocêncio. Sobre a Federalização dos Crimes contra os Direitos Humanos. *Direito Público*, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v.2, n. 8, 2005.

CONFERÊNCIA DEFENSORIA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS, 1., 2003, Brasília. *Anais...* Brasília: Ministério da Justiça: Defensoria Pública, 2003.

CRUET, Jean. *A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. 2. ed.. Leme, SP: Edijur, 2003.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DIREITOS Humanos no Cotidiano: manual. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001.

FARIAS, Vital. Intérprete: Geraldo Azevedo. Canção *Saga da Amazônia*.

FILHO, Roberto Lyra. *O que é Direito*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

FIÚZA, Ricardo Malheiros. Eleições para Juiz de Direito? *Correio Braziliense*, Caderno Direito & Justiça, Brasília, 12 fev. 2001.

FOUCAULT, Michel. *As Palavras e as Coisas*. Tradução: Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FROWEIN, Jochen Abr.; BANK, Roland. A Participação das Minorias nos Processos de Tomada de Decisões. Tradução de Fábio César dos Santos Oliveira. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flavia (Coords.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004. p. 282. v. 2.

GALLIEZ, Paulo. *A Defensoria Pública: O Estado e a Cidadania*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GARCIA, Maria. A Interpretação da Lei como a Interpretação da Lei pelo Cidadão Comum. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 52, p. 106, jul./set. 2005.

GOLUP, Stephen. Paralegais como Apoio Jurídico para suas Comunidades. In: GOLUB, Stephen; McCLYMONT, Mary (Coords.). *Caminhos para a Justiça: Projetos de Promoção e Defesa de Direitos Apoiados pela Fundação Ford no Mundo*. Rio de Janeiro: Renovar: Fundação Ford, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.2.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS. *Radar Social*, 2003. Disponível em: <

http://integracao.fgvsp.br/BancoPesquisa/pesquisas_n44_2005.htm>. Acesso em: 12 mar. 2008.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. Instrução normativa n. 57, de 10 de outubro de 2001. Estabelece critérios a serem adotados pelas linhas de Arrecadação e de Benefícios. *Diário Oficial da União*, 11 out. 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1988.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

MARMELSTEIN, George. *Papel Social da Justiça Federal*. Disponível em: <georgemlima.blogspot.com>. Acesso em: 11 mar. 2008.

MARX, Karl. *La ideologia alemana*. Buenos Aires: Ediciones Pueblos Unidos, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU, Barão de. *O Espírito das Leis*. Livro V, Capítulo II. 2. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995.

MUKAI, Ana Cândida de Mello Carvalho. Breve Estudo sobre a linguagem da Constituição: a linguagem como via de acesso ao conteúdo da Constituição pelos cidadãos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 62, p. 10-11, jan./mar. 2008.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, p. 05, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

NEVES, Marcelo. Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade(s) na Modernidade

Periférica e suas Implicações na América Latina. *Revista Jurídica do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, Recife, Biênio 1993-95.

OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007-. Anual. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/index>>. Acesso em: 14 nov. 2008.

PIOVESAN, Flávia. A Litigância de Direitos Humanos no Brasil: Desafios e Perspectivas no Uso dos Sistemas Nacional e Internacional de Proteção. In: DORA, Denise Dourado (Coord.). *Direito e Mudança Social: Projetos de Promoção e Defesa de Direitos Apoiados pela Fundação Ford no Mundo*. Rio de Janeiro: Renovar: Fundação Ford, 2003.

PINHO, Ângela. Direitos humanos dependem mais da família, diz brasileiro. *Folha OnLine*, São Paulo, 12 dez. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u478443.shtml>>. Acesso em: 13 dez. 2008.

REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REFORMA Silenciosa da Justiça. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

ROBLES, Gregório. *O Direito como Texto: Quatro Estudos de Teoria Comunicacional do Direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves e Prefácio de Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Manole, 2005.

ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. Prefácio de José Pereira-Lira. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SÁ; GUARABYRA. Intérpretes: Sá e Guarabyra. *Canção Sobradinho*.

SANTAELLA, Lúcia. *O Que é Semiótica*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história Jurídico-Social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e direito: Leituras Básicas de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Pioneira, 1980.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo (Orgs.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. Por uma concepção alargada de Acesso à Justiça. *Revista Jurídica Brasília*, v. 10, n. 90. Ed. Esp. p. 01-14, abr./maio 2008. Disponível em: <www.Planalto.gov.br/revistajuridica>.

TORRES, Ricardo Lobo. A integração entre a lei e a jurisprudência em matéria tributária. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 03, p. 09, abr./jun. 1993.

WOLKMER, Antônio Carlos. Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima (Org.) *Lições de Direito Alternativo 1*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

ZIMMERMANN, Patrícia; SPITZ, Clarice. O Brasil é o oitavo país em desigualdade social. *Folha Online*, São Paulo, 07 set. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u112798.shtml>>. Acesso em: 12 jul. 2008.