

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO**

**FLEXIBILIDADE DE PARÂMETROS E TRANSBORDAMENTO DA
ATUAÇÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS: a fluidez do direito**

Décio de Abreu e Silva Júnior

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: **Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado.**

Linha de Pesquisa: Direito, Razão e História.

Projeto individual: Justiça: teoria e realidade.

A banca examinadora da defesa de tese de doutorado considerou _____
o candidato Décio de Abreu e Silva Júnior.

Belo Horizonte, _____ de _____ de _____.

Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado (orientador)

Avaliação

Profa. Dra. Mariah Brochado

Avaliação

Prof. Dr. Brunello Souza Stancioli

Avaliação

Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz

Avaliação

Prof. Dr. Lucas de Alvarenga Gontijo

Avaliação

Prof. Dr. Bruno Wanderley Junior (Suplente)

Avaliação

Que as fibras e os pontos envolvam vazios,
tramando uma malha com a estampa
sentir.

Dedico esse trabalho a todos que contribuíram para a sua realização, em especial,
à Ana.

Agradeço

a meus pais, irmãos, familiares e amigos por estarem na estrada;
a Dona Ester e tio Alexandre por me mostrarem os caminhos da ciência;
aos colégios Dom Helvécio e Santo Antônio, e à UFMG pelos preciosos ensinamentos;
aos colegas de trabalho e aos meus alunos pelo incentivo;

à CAPES pela bolsa de pesquisa durante período parcial;
à Faculdade de Ciências Jurídicas de Diamantina/MG, porque ensinar é também aprender;

à Profa. Dra. Maria Helena Megale pelo apoio no início de minha atividade docente;
à Profa. Dra. Maria Brochado e ao Prof. Dr. José Luiz Horta, sempre;
ao Prof. Dr. Ricardo Salgado, pelo suporte;
ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, meu orientador, pelas lições;

a Prof. Me. Humberto Leandro de Melo e Sousa, Prof. Me. Radamés Andrade Vieira,
Profa. Ma. Nara Pereira Carvalho e Profa. Dra. Ana Paula Ferreira pelo companheirismo e
interlocuções;

a Mesquita, Portus, Guerrero e Gustavo por inúmeros momentos.

RESUMO

Esta tese versa sobre a fundamentação e os limites da atuação judicial na efetivação de direitos fundamentais. A contribuição sustentada consiste: 1) na forma de tratar o tema, pelo prisma da flexibilidade desses parâmetros; 2) na postura crítica sobre a matéria que fundamenta e limita essa atividade judiciária, conectando-a à *eticidade* e ao constitucionalismo; 3) e na proposta do conceito de *direito fluido*, derivado de reflexões sobre a *liquidez da modernidade* e da preocupação com a manutenção da segurança jurídica, da coerência da aplicação do direito e da justiça no mundo contemporâneo. As discussões sobre segurança jurídica e coerência estão no cerne da tensão entre separação de poderes e efetivação de direitos fundamentais, contribuindo para indicação de parâmetros da função judiciária. O exercício dessa função gera implicações na própria definição *a posteriori* desses parâmetros, e produz, ainda, efeitos para além da esfera jurídica. Diante disso, um modelo de direito em construção, ressaltando a sua fluidez, é o resultado a que se chegou com o presente estudo teórico sobre atuação do Poder Judiciário, efetivação de direitos fundamentais e justiça no Estado democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Efetivação de direitos fundamentais. Parâmetros. Flexibilidade. Transbordamento. Direito fluido.

FLEXIBILITY OF PARAMETERS AND OVERFLOW OF THE JUDICIAL ACTIONS IN THE EFFECTUATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: the fluidity of Law.

ABSTRACT

This dissertation addresses the substantiation and the limits of the judicial actions on the effectuation of fundamental rights. The contribution of this work relies on 1) the manner in which the theme is handled, through the prism of the flexibility of these parameters; 2) the stance of the criticisms on the subject that substantiates and limits this judiciary activity, connecting it to the ethicality and the constitutionalism; 3) the proposal of the concept of the Liquid Law, derived from reflections on the liquidity of modernity and the concerns over the maintenance of legal security, of the coherence in the application of the law and of justice in the contemporary world. The discussions over legal security and coherence are at the core of the tension between the separation of powers and the effectuation of fundamental rights, contributing to the designation of parameters of the judicial functions. The exercise of that function creates implications in the very definitions a posteriori of these parameters, and still produces effects that reach beyond the legal sphere. Thence, a legal model in the making, which emphasizes the fluidity of the law, is the result achieved in the present theoretical study on the actions of the Judiciary Power, effectuation of the fundamental rights and justice in the Democratic Constitutional State.

KEYWORDS: Effectuation of the fundamental rights. Parameters. Flexibility. Overflow. Fluid Law.

SUMÁRIO

| | |
|-----------------|----|
| INTRODUÇÃO..... | 11 |
|-----------------|----|

PARTE I – A FUNÇÃO TÍPICA JUDICIÁRIA

| | |
|--|-----------|
| 1 A SEGURANÇA JURÍDICA..... | 14 |
| 1.1 Estado de Direito..... | 16 |
| 1.2 Primazia da lei. Supremacia e unidade da Constituição..... | 18 |
| 1.3 Coerência e justiça | 21 |
| 2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES | 23 |
| 2.1 Os planos da elaboração, execução e aplicação normativa..... | 26 |
| 2.2 Independência e harmonia entre os Poderes..... | 27 |
| 2.3 Proximidade entre direito e política | 29 |
| 3 PROBLEMATIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES DO PODER JUDICIÁRIO | 30 |
| 3.1 O controle institucional e a administração judiciária..... | 31 |
| 3.1.1 As instâncias superiores e a “auto-restrição”..... | 33 |
| 3.1.2 A separação de poderes como controle formal (estático)..... | 35 |
| 3.1.3 Dispersão e inchaço do Poder Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça..... | 36 |
| 3.2 Aplicação do direito | 38 |
| 3.2.1 A autoridade para aplicar o direito..... | 40 |
| 3.2.2 A lei como fundamento e limite..... | 41 |
| 3.2.3 O controle metodológico | 42 |
| 3.3 Eficiência judiciária | 44 |
| 3.3.1 Celeridade..... | 45 |
| 3.3.2 Acessibilidade..... | 45 |
| 3.3.3 Efetividade da atividade e do provimento judicial | 47 |

PARTE II – EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

| | |
|--|----|
| 1 DO ESTABELECIMENTO À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS | 48 |
| 1.1 Declaração e dimensões de direitos fundamentais | 49 |
| 1.2 Positivção de direitos fundamentais | 51 |
| 1.3 Ideia de direitos fundamentais | 52 |
| 2 O DEVER DE EFETIVAR DIREITOS FUNDAMENTAIS | 54 |
| 2.1 Momentos do Estado de Direito | 55 |
| 2.2 Exigibilidade dos direitos fundamentais e publicização do direito | 58 |
| 2.3 Eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais | 61 |
| 3 PROBLEMATIZAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS | 64 |
| 3.1 A efetividade de direitos fundamentais como ponto de partida | 65 |
| 3.2 Necessidade de parâmetros para a judicialização de direitos fundamentais | 66 |
| 3.3 Importância e insuficiência do procedimentalismo | 67 |

PARTE III – FLEXIBILIDADE DE PARÂMETROS E IMPLICAÇÕES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

| | |
|--|----|
| 1 PARÂMETROS | 71 |
| 1.1 Limites para o desempenho da função judiciária de tutela de direitos fundamentais | 72 |
| 1.1.1 Limites e segurança jurídica | 72 |
| 1.1.1.1 A inafastabilidade da jurisdição e a competência judiciária | 74 |
| 1.1.1.2 Harmonia e equilíbrio dinâmico entre os Poderes | 75 |
| 1.1.1.3 Fixação <i>a posteriori</i> de limites, complexidade e coerência | 77 |
| 1.1.2 Limites e constitucionalismo | 79 |

| | |
|--|------------|
| 1.1.2.1 A Constituição como limite | 79 |
| 1.1.2.2 Reprodução da tensão do constitucionalismo | 81 |
| 1.1.2.3 O constitucionalismo como limite..... | 82 |
| 1.1.3 Limites positivos e negativos..... | 86 |
| 1.2 Fundamentação da aplicação de direitos fundamentais | 87 |
| 1.2.1 Direito e eticidade | 88 |
| 1.2.2 Aplicação do direito no mundo contemporâneo e o constitucionalismo..... | 92 |
| 1.2.3 Interpretação e aplicação de direitos fundamentais | 95 |
| 1.2.3.1 Positivismo, axiologismo e realismo jurídico: o tridimensionalismo e a aplicação | 96 |
| 1.2.3.2 A força normativa do conteúdo de direitos fundamentais | 98 |
| 1.2.3.3 Abertura textual..... | 100 |
| 1.3 Atuação legítima do Poder Judiciário | 103 |
| 2 IMPLICAÇÕES | 105 |
| 2.1 Papel central do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais..... | 106 |
| 2.1.1 Risco de politização do Judiciário | 107 |
| 2.1.2 O Supremo Tribunal Federal e a aplicação de direitos fundamentais..... | 108 |
| 2.1.3 Uniformização da jurisprudência, repercussão geral e efeito <i>erga omnes</i> de decisões | 110 |
| 2.2 Impactos extraprocessuais | 111 |
| 2.2.1 Interpretação e reafirmação atual das normas | 112 |
| 2.2.2 Aplicação com parâmetros flexíveis constrói o direito | 113 |
| 2.2.3 Expectativa social das decisões e a observância do direito | 114 |
| 2.3 Repercussão para além do direito | 115 |
| 2.3.1 Política..... | 116 |
| 2.3.2 Moral | 117 |
| 2.3.3 Religião | 118 |
| 3 A FLUIDEZ DO DIREITO | 119 |
| 3.1 Fluidez, capilaridade e coerência..... | 120 |
| 3.1.1 Liquidez da modernidade | 120 |
| 3.1.2 Capilaridade da efetivação | 124 |
| 3.1.3 Coerência no sujeito e resgate da discussão sobre valores..... | 125 |
| 3.2 O direito fluido | 128 |

| | | |
|--------------|---|------------|
| 3.2.1 | Direção, abertura e moldura..... | 130 |
| 3.2.2 | Flexibilidade de parâmetros..... | 131 |
| 3.2.3 | Transbordamento | 132 |
| 3.3 | Atuação consistente do Poder Judiciário..... | 133 |
| 3.3.1 | Risco..... | 134 |
| 3.3.2 | Responsabilidade | 135 |
| 3.3.3 | Toda subjetividade possível mediatizada..... | 136 |
| | CONCLUSÃO..... | 137 |
| | BIBLIOGRAFIA | 138 |

INTRODUÇÃO

O texto está dividido em três partes, cada uma com três capítulos subdivididos em três seções secundárias. A parte III conta ainda com mais subdivisões, especialmente para detalhar os parâmetros (fundamentação e limites) de atuação do Poder Judiciário. Em número de três para remeter à estrutura dialética, no sentido hegeliano, que prevê um momento ou referência inicial, um segundo momento que traz modificação ou outra posição, e um terceiro momento de conclusão que recobra os anteriores, encerrando o tópico iniciado na epígrafe da instância imediatamente superior, e permitindo reler as partes anteriores pelos argumentos esposados. A organização em subseções não pretende lançar sempre novas e longas discussões em cada item, mas servir para assinalar e discutir desdobramentos de pontos centrais do nível superior.

Em todo o trabalho, os itens terminados em “1” têm a função de explorar os pontos de partida – ou posição – em cada capítulo ou seção secundária. Estão conectados, via de regra, à segurança jurídica e à função judiciária, abrindo espaço para a discussão sobre limites da aplicação do direito, delineando a tese proposta.

Já os itens “2” dialogam com a instituição e limitação do Poder (do Estado) e com o estabelecimento de direitos fundamentais – cerne do constitucionalismo (moderno) – mostrando que a referida aplicação, que busca assegurar a concretização desses direitos, é indissociável da interpretação, estando atrelada à problemática ínsita à abertura da linguagem (e do próprio direito). Dessa maneira, além de esses tópicos lidarem com a base anteriormente assentada – revelando sua substância (direitos fundamentais) – e desenvolverem sua estrutura (talhada da separação dos Poderes como competência judiciária), eles versam sobre a fundamentação da aplicação de direitos fundamentais e sobre a repercussão dessa atuação, uma vez que ela coloca o Judiciário em contato com outros Poderes, e o próprio direito com a moral.

O núcleo da tese, que consiste na afirmação de flexibilidade dos parâmetros e na aboradagem das implicações da atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, requer ainda um terceiro momento, identificado pelos diversos itens “3”, no qual um modelo teórico (de fluidez do direito) é apresentado para lançar reflexões sobre essa atuação quanto à sua coerência e ao seu procedimento, permitindo revisitar a função judiciária nessa perspectiva da *fluidez*, concluindo a tese.

O trabalho procura sustentar que parâmetros e implicações vêm do próprio direito em construção. Do fato de estar sendo construído a todo tempo decorrem os fundamentos e as balizas que serão buscadas, para além da Constituição, no próprio *constitucionalismo*, vislumbrando-se repercussões dessa abertura que resulta da interpretação e do direito que não se mostra estático quanto à alterabilidade, nem estanque como campo ou sistema apartado da realidade.

Trata-se de concepção com o nítido alinhamento à linha de pesquisa na qual se insere essa investigação que visa a propor uma ponte entre teoria e realidade da justiça, sob o recorte da efetividade de direitos fundamentais.

As contribuições, principalmente, de DWORKIN, BROCHADO, SALGADO, BONAVIDES, HESSE, MÜLLER e ZAGREBELSKY formam o referencial teórico jurídico de partida para as investigações e para a construção da argumentação que sustenta a tese.

As reflexões são lançadas após o tratamento do tema no plano científico, do entendimento. A parte I e II contêm o início da descrição do estado da arte, e mais, já problematizam e lançam argumentos para a solução de questões ligadas tanto à função judiciária quanto à efetivação de direitos fundamentais. A conexão entre ambas é retomada na parte III, na qual é exposta a tese de fundamentação da atuação judicial nesse âmbito, de suas implicações e da fluidez um direito em construção, haja vista toda essa dinâmica não ser outra senão de uma aplicação que não se esgota em sua atividade e na percepção de seus limites e acerca de uma matéria que não foge à abertura inerente ao desenvolvimento humano.

PARTE I – A FUNÇÃO TÍPICA JUDICIÁRIA

A doutrina classifica as funções dos Poderes do Estado em típicas e atípicas. Aqui o primeiro recorte: interessa debruçar sobre a típica função *jurisdicional*, a de julgar, de aplicar o direito. Ao Poder Judiciário estariam ainda associadas as funções atípicas de cunho *legislativo*, na medida em que, especificamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/1988), compete aos tribunais elaborar seus regimentos internos (art. 96, inciso I, alínea “a”), e de caráter *executivo*, tendo em vista estarem incumbidos, dentre outros, da organização de suas secretarias, dos juízos a eles vinculados, do provimento de cargos de juízes e servidores auxiliares e da concessão de férias (art. 96, I, b, c, e, f).

Como o presente trabalho aborda a atuação do Poder Judiciário brasileiro na contemporaneidade, objetivando investigação de seus parâmetros e implicações, considerando a fluidez do direito, a primeira preocupação está em relacionar a atividade jurisdicional à lei, objeto de aplicação e fundamentação dessa competência estatal. À problematização incipiente corresponde a hipótese de insuficiência da lei para demarcar essa atuação do Poder Judiciário e um universo jurídico dissociado do político. O argumento que lhe dá suporte é: a lei limita o Poder (Estado de Direito); a lei confere ao Judiciário a competência de (interpretar e) aplicar a lei; o Poder Judiciário está limitado pela interpretação que faz da lei, está limitado por si mesmo.

Surge, então, a necessidade de se buscarem fundamentos e limites para a atuação do judiciário que garantam a efetivação dos direitos mais caros, os direitos fundamentais. Primeiramente, contudo, será preciso perceber que a limitação do poder e a aplicação justa da lei são indispensáveis à segurança jurídica, para, depois (Parte II do presente estudo) se alcançar a noção de segurança dessa garantia, ou de garantia da garantia.

1 A SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança, inegavelmente, é uma necessidade humana. Não importa se as necessidades são hierarquizáveis – e ela representa o segundo patamar da pirâmide de Maslow (FIORELLI; MANGINI, 2009: 65) – ou não, o ser humano precisa sentir-se seguro. Transportá-la para o universo jurídico permite perceber a relevância do direito a ela e explorar a expressão *segurança jurídica* com toda sua significação de estabilidade (no respeito à lei e até mesmo na imutabilidade das decisões) e previsibilidade (dos efeitos jurídicos dos fatos).

A segurança é um dos valores supremos da sociedade brasileira (conforme o preâmbulo constitucional), ao lado da liberdade, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça. É finalidade do Estado brasileiro assegurá-los, bem como garantir o exercício dos direitos sociais e individuais.

Observe-se que a própria finalidade estatal não é outra coisa senão tornar seguro, dentre outros objetos, a segurança. Além disso, há expressamente um *direito à segurança* como direito individual (e coletivo) no art. 5º da CR/88, e social no art. 6º. Não se pode esquecer que a saúde, a previdência e a assistência aos desamparados também estão no rol dos direitos sociais, compreendendo a seguridade social, que é, por dicção legal (art. 194 da CR/88), um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a garantir esses direitos.

Cumpra esclarecer que, enquanto direito ligado à dimensão individual e coletiva (art. 5º), o direito à segurança vincula-se aos chamados direitos de defesa, representando garantia ao cidadão, sobretudo, à defesa de direitos, e contra ilegalidade e abuso de poder. Já o direito social à segurança, além do referido vínculo com a seguridade social, possui acepção centrada na segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144 da CR/88).

Para falar especificamente de *segurança jurídica*, é preciso distinguir seu tratamento pela doutrina como princípio ora ao lado da *certeza jurídica*, ora da *proteção da confiança*. “A segurança jurídica, na relação com o futuro, atine propriamente à previsibilidade das consequências jurídicas do fato; a certeza, na relação com o passado, à imutabilidade das consequências jurídicas do fato ocorrido” (BARROS CARVALHO *apud* SALGADO, 2006: 101). CANOTILHO (2000: 256) considera que

a *segurança jurídica* está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e

realização do direito – enquanto a *protecção da confiança* se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos.

Em CANOTILHO, ficam ressaltadas as relações do termo com a *estabilidade*, havendo ainda um específico elemento, a protecção da confiança, a compor o princípio geral da segurança jurídica, que poderia, segundo ele, ser assim enunciado:

o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico (2000: 256).

Segundo o autor, além da segurança jurídica significar “1) proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos”, relativa a *atos normativos*, ela toca ainda os *atos da administração pública*, indicando 2) “tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos”; bem como os *atos jurisdicionais*, enaltecendo a 3) “inalterabilidade do caso julgado” (CANOTILHO, 2000: 256).

A *segurança jurídica*, embora tecnicamente distinta da *certeza jurídica* ou da *protecção da confiança*, acaba por comportar acepção geral, reunindo as outras duas em um gênero homônimo. Dentre as suas nuances, é imperioso perquirir sua relação com a coerência na produção e aplicação normativa, o que conduz também ao debate sobre justiça.

A segurança jurídica está intimamente ligada ao Estado de Direito. CANOTILHO (2000: 256) aponta-a como um elemento que o constitui. SALGADO (2006: 108) preleciona que a “segurança jurídica pressupõe a estrutura do Estado de Direito”. Então, para se falar em Estado de Direito, deve-se verificar a existência de segurança jurídica, e, ciclicamente, o termo, tal como empregado historicamente, não pode prescindir da figura do Estado de Direito, em decorrência da limitação do poder que lhe é peculiar.

O Estado de Direito, e os seus desdobramentos em Estado Liberal, em Estado Social e Estado democrático de Direito, decorre da conquista da submissão do Estado (do poder) à lei (ao direito), afastando-se o arbítrio e a insegurança, suplantados pela estruturação e limitação legal do poder e pela atuação Estatal garantidora de direitos, que conferem segurança ao cidadão a partir do próprio direito.

1.1 Estado de Direito

O Estado de Direito surge com o estabelecimento de direitos aos cidadãos, da organização do poder e de limites legais para o seu exercício. O Estado é fundado, assim, no seio do direito, e

[...] o poder político, longe de se manifestar como uma simples potência que se exerce em circunstâncias particulares e contingenciais, em meio a tensões inevitáveis, é, ao mesmo tempo, condicionado formalmente pelo direito e limitado por ele, já que é nele que encontra seus critérios de validade. (GOYARD-FABRE, 2002: 3)

O exercício do poder do Estado regulado pelo direito suprime espaço para abuso de poder, e garante aos cidadãos uma atuação dentro dos limites legais. Do direito podem se valer para se oporem a atos que vão de encontro à lei, sendo também dele extraídas consequências para condutas dos cidadãos. Para que o bem comum da sociedade ordenada por um Estado de Direito seja alcançado, cumpre retirar dos cidadãos a possibilidade de se valerem da violência no trato de suas relações ordinárias, uma vez que o caminho deve ser pelo direito. Essa, quando necessária ao cumprimento do direito, cabe ao Estado.

A violência, a força, deverá ser utilizada quando não bastar a pressão dos efeitos que decorrem da possibilidade de seu uso. Segundo SALGADO (2006: 78-79),

[c]onvém aqui distinguir coercibilidade e coação. Coercibilidade é a possibilidade do uso da força física ou força aparelhada do Estado para fazer valer o direito, ainda que contra a vontade do destinatário, o portador do dever jurídico. A coação é o uso em ato. Não é esta que caracteriza o direito isolada ou abstratamente tomada, mas a sua possibilidade, vez que o direito se efetiva também na espontaneidade do seu cumprimento, independentemente da sua restauração nos tribunais quando lesado.

Como quem aplica o direito é o Estado, o resultado é passar a deter o monopólio da violência. COELHO afirma que

[à] luz do pensamento de Max Weber, de resto compartilhada pela generalidade dos teóricos do Estado e dos cientistas políticos, o conceito de *violência legítima* é a pedra de toque para a compreensão do Estado de Direito como instrumento de racionalização/institucionalização ou, se preferirmos, de *legitimação* do exercício do poder. (MENDES *et al.*, 2010: 196)

A legitimação do exercício do poder do Estado pelo direito, embora o coloque na posição de exclusividade da coercibilidade e coercitividade (coação), sugere condicionamento do poder à rubrica jurídica, e reprovação do arbítrio. Segundo ZAGREBELSKY, (2011: 21)

El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre

poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*.”

É o direito que institui o poder, o Estado. Aos cidadãos são atribuídos direitos e garantias, dentre eles, o de participar da política, de eleger, de se candidatar, de fiscalizar, que encerram deveres da cidadania. A participação em muito extrapola a simples manifestação de escolha política por meio do voto, pois significa chamamento à construção conjunta da dinâmica social, da qual Estado e cidadãos são engrenagens.

O Estado de Direito contemporâneo recebe o adjetivo *democrático*, uma vez que “na conjunção dos princípios originais da democracia – constitucionalidade, cidadania, legalidade –, condensa-se a ideia-força dos primórdios da democracia” (GOYARD-FABRE, 2003: 56). A expressão *Estado democrático de Direito* refere-se, portanto, ao momento atual do Estado de Direito, atrelado à democracia. Os momentos do Estado de Direito serão abordados na Parte II.

A soberania do Estado não pode ser pensada sem a *soberania popular*. O poder estatal emana do povo, sendo sua definição e finalidade sintetizadas por SILVA (2003: 107) como “*uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins*”. A atuação cidadã é indispensável ao universo político e social, de tal sorte que – tanto mais sob a perspectiva democrática – não deve ficar inerte, aguardando o Estado realizar o bem comum. Alcançar essa graça requer postura ativa do cidadão, contribuindo juntamente com o Estado, que também possui suas responsabilidades. Os deveres são complementares, assim como as autonomias pública e privada. FERNANDES (2011: 48), lembrando HABERMAS, ressalta que

os sujeitos de direito têm de se reconhecer *como autores das normas às quais se submetem*. Como consequência, *autonomias pública e privada devem estar pressupostas reciprocamente (co-originárias)*, sem que, contudo, *uma possa gozar de supremacia sobre a outra*.

A cidadania revela a existência de solidariedade geracional e intergeracional, ligada ao convívio e desenvolvimento (sustentável), e a democracia, além de reforçá-las, postula o respeito e a vedação de exclusão da minoria. Não é despropositadamente que preocupações com patrimônio ambiental e histórico-cultural figuram na pauta das discussões contemporâneas, bem como o combate ao preconceito, políticas de respeito e inclusão social.

O Estado democrático de Direito desafia a coletividade a lidar com seus anseios juntamente com ele, inclusive de *liberdade*. Na sua origem, enquanto Estado Liberal, o Estado de Direito era o baluarte da liberdade. Na atualidade, apesar da manutenção do valor da liberdade, deve ser feita uma releitura atual dela, considerando a ambiência democrática.

Deve-se discuti-la, construí-la, percebendo-se, contudo, a dificuldade de se pensá-la fora do manto do Estado de Direito e da democracia. GOYARD-FABRE (2003: 138-139) explica que

democracia não é, por natureza, ou seja, em si e por si, um regime de liberdade. Em outras palavras, até mesmo numa democracia, a liberdade do povo tem que ser construída juridicamente: ela exige a fragmentação do poder público e, correlativamente, a distribuição das prerrogativas governamentais a órgãos distintos. Esse esquema constitucional, segundo o qual “o poder para o poder”, tem como consequência o controle mútuo e recíproco dos poder legislativo, executivo e judiciário. Essa autolimitação é própria de um “governo moderado”, o único que pode aplicar uma política de liberdade.

A liberdade de um cidadão pressupõe sua limitação – e até renúncia – para coexistir com a de outro. As discussões sobre a liberdade estão presentes desde o afloramento do Estado de Direito. Embora a frase de HÖFFE a seguir faça mais sentido àqueles que perfilham uma visão contratualista, sua contribuição é inegável no sentido de expor as renúncias de liberdade. Segundo ele,

[o] contrato social, com intenção legitimadora, consiste, certamente, numa troca. Mas seu objeto não são mercadorias, prestações de serviço ou capitais, mas renúncias à liberdade. E estas renúncias não são um objeto arbitrário, mas a condição de possibilidade de uma coexistência de liberdades. (HÖFFE, 2006: 404)

Em MONTESQUIEU, encontra-se aceção da liberdade, dita política, que está relacionada à segurança e ao Estado de Direito, e pode ser trazida para concluir que a atuação dos cidadãos, incluídas as renúncias que praticam, aspira ao funcionamento da ordem social (e do Estado), e, principalmente, à liberdade e à segurança que o direito efetivo denota. Para o pensador, “a liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão” (2005: 168).

1.2 Primazia da lei. Supremacia e unidade da Constituição

Reconhecer liberdade ao cidadão no Estado de Direito implica conferir-lhe um direito de liberdade, haja vista que ela é positivada pelo mesmo ordenamento jurídico que funda o Estado. Por essa perspectiva, não somente as liberdades individuais encontram-se restringidas, mas também o próprio Estado, pelo direito. “O Estado é limitado pelo direito porque seu poder é juridicamente condicionado pela ideia de direito que o legitima. O Estado não se limita; nasce limitado”, conforme adverte BURDEAU (2005: 43-44).

Apontando exigências fundamentais à configuração do Estado de Direito, COELHO diz que

quando hoje em dia se fala em Estado de Direito, o que se está a indicar, com essa expressão, não é qualquer Estado ou qualquer ordem jurídica, mas apenas aquele Estado ou aquela ordem jurídica em que se viva *sob o primado do Direito*, entendido este como um sistema de normas democraticamente estabelecidas e que atendam, pelo menos, as seguintes exigências fundamentais:

- a) império da lei, lei como expressão da vontade geral;
- b) divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial;
- c) legalidade da administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial; e
- d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material. (MENDES *et al.*, 2010: 199)

Estudar peculiaridades de um dos poderes, do Poder Judiciário, demanda, portanto, considerações sobre a primazia da lei, a divisão dos poderes e a legalidade e controle judicial da administração, o que mostra o pilar da segurança jurídica atrelado à base jurídica tripartida dos poderes estatais. Requer também discussão acerca de garantia e efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, tudo isso justificando o recorte epistemológico da propositura de parâmetros e implicações da atuação do Poder Judiciário na efetivação desses direitos na atualidade.

O primado da lei, característico de Estados de Direito da tradição romano-germânica, coaduna-se com o vigor legal ao qual todos estão submetidos, inclusive o Estado, proporcionando segurança quanto à possibilidade de previsão das consequências jurídicas estabelecidas, às decisões tomadas em definitivo e contra arbítrios. A segurança jurídica e o primado da lei estão em imbricação.

Por ser “expressão da vontade geral”, a lei – tanto mais no viés democrático – advém com a imperatividade, que é assumidamente universal. A lei estabelece diretrizes para atuação e omissão do Estado e cidadãos, impondo-lhes deveres, proibições e permissões, resultando no *princípio da legalidade*. Como nota GOYARD-FABRE, a “força da lei é sagrada porque constitui a virtude do cidadão. É pela lei que vive e deve viver o cidadão na democracia tal como ela deve ser” (2003: 56).

Com SALGADO – escrevendo sobre o “preceito comum” que a lei é, oriundo da “racionalização da vontade formal”, o que permite “a fundamentação objetiva da decisão na norma externa” – compreende-se a objetividade legal e a sua conexão com a *segurança jurídica*. O autor explica essa fundamentação objetiva é empregada “no sentido de não

arbitrária ou subjetiva e de previsibilidade das consequências de direito. Por isso é a lei universal, no tempo e no espaço: *commune praeceptum*” (SALGADO, 2006: 112).

A lei, tomada em sentido material e denotando normatividade jurídica do ordenamento positivo, assume destaque como fonte do direito. DAVID infere que a “lei, considerada *lato sensu*, é, aparentemente, nos dias de hoje, a fonte primordial, quase exclusiva, do direito nos países da família romano-germânica” (2002: 111). O autor considera que hoje

a melhor maneira de chegar às soluções de justiça, que o direito impõe, consiste, para os juristas, em procurar o apoio nas disposições da lei. Esta tendência obteve um sucesso decisivo no século XIX, quando a quase-totalidade dos Estados membros da família romano-germânica publicou os seus códigos e se muniu de constituições, escritas. (DAVID, 2002: 121)

O constitucionalismo moderno torna indissociável o Estado de Direito (evidentemente também o Estado Social e o Estado democrático de Direito) da presença da Constituição. É nela que estão reunidas as normas “pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais”, como arrola BONAVIDES (2003: 80). Esse aspecto material, referente ao conteúdo da norma constitucional, não necessariamente escrita, difere-se do conceito formal de Constituição, atrelado ao texto, à forma. O aspecto formal, típico de constituições escritas, e a rigidez de um procedimento diferenciado do legislativo usual, mais exigente e previsto pela própria Constituição, conforme KELSEN, vêm ressaltar que, “além da forma legislativa, existe uma específica forma constitucional”, uma vez que a simples lei não tem “força para derrogar a lei constitucional” (2000: 249).

A estrutura escalonada da ordem jurídica, como descrita por KELSEN, prescreve que “uma norma jurídica somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por outra norma”, de modo que “esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela” (2000: 246). Da primazia da lei e escalonamento do ordenamento jurídico tem-se a *supremacia da Constituição*.

Toda a discussão sobre o primado da lei e o Estado de Direito que esta funda – associada à constatação de um tipo especial de normas no ordenamento jurídico, as *normas constitucionais*, que figuram como normas do estrato mais elevado – aponta para a superioridade hierárquica das normas constitucionais. BONAVIDES explica que

elas são de *superior categoria hierárquica* em face das normas da legislação ordinária, já pela natureza de que algumas se revestem (constitucionalidade material), já em razão do instrumento a que se vinculam ou aderem (constitucionalidade formal). (2003: 460)

A Constituição, como fundamento de validade de todo ordenamento infra-constitucional, dá unidade ao ordenamento jurídico, bem como à estruturação do Estado. Por enunciar poderes estatais, suas competências, exercício da autoridade e direitos políticos, é inegável sua posição basilar para regular também a política. Portanto, ela engloba fundamento jurídico e político em suas disposições normativas. Contudo, a Constituição é um conjunto de normas indissociáveis, sendo excludente falar somente do aspecto jurídico, olvidando-se o político, e vice-versa.

Esse caráter de único conjunto normativo e a segurança jurídica acarretam o princípio interpretativo de unidade da Constituição. Esse princípio, segundo CANOTILHO, “ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas”, obrigando o intérprete

a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar [...]. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios. (2000: 1186-1187)

Assim, é preciso considerar não somente a Constituição como uma totalidade coerente, mas também todo o ordenamento jurídico, sob pena de ruírem o primado da lei, a segurança jurídica e o Estado de Direito. BOBBIO indaga sobre a existência de um *dever de coerência* de um ordenamento jurídico dirigido aos “produtores de normas” e aos aplicadores. Ele antecipa que “se considera normalmente que a proibição das antinomias é uma regra do sistema, mas não se aprofunda nem em natureza, nem em alcance, nem em eficácia” (1999: 110).

1.3 Coerência e justiça

SALGADO (2006: 204) põe em relevo que “o princípio da coerência deve ser visto ou aferido negativamente, isto é, a norma não deve ser contraditória ou incompatível com o ordenamento”. O autor auxilia na compreensão da coerência de uma norma, não somente considerada frente a uma outra, mas a todo ordenamento, ao endossar que a “coerência exige a consideração da totalidade do sistema e vice-versa. Significa isso que não

se deve submeter uma parte da lei isoladamente à interpretação” (SALGADO, 2006: 204-205).

A coerência normativa é ínsita à segurança jurídica e ao primado da lei, fornecendo-lhes pressuposto lógico. A racionalidade no trato de uma, duas normas ou até mesmo do ordenamento jurídico como um todo, assegurando coerência na aplicação do direito, é o mesmo ponto de apoio da universalidade legal. Sem essa universalidade, faltariam condições à concretização da justiça, pois “o princípio de justiça, dar a cada um o seu direito (*ius suum*), ficaria abstrato e inoperante como realizador da justiça se o direito não fosse concebido como constituído para todas as pessoas [...] (SALGADO, 2006: 118).

A positivação do direito, entretanto, está vinculada à tramitação por procedimento próprio, que valida a pertença de uma norma ao ordenamento. A coerência não constitui requisito imediato para validade, uma vez que a inovação legislativa pode, inclusive, contradizer a norma substituída ou revogada parcialmente, embora as deliberações no processo legislativo não prescindam de discussão acerca de sua constitucionalidade e coerência hierárquica, que conferem presunção de constitucionalidade a uma norma legislada, só afastada pelo controle exercido por outro poder estatal para negá-la, ou pelo Poder Judiciário para transformá-la em definitiva, absoluta. BOBBIO (1999: 113) afirma incisivamente que “coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento”.

SALGADO (2006: 101) ressalta que a “lei é regra procedente da vontade”. Contudo, o seu caráter universal vem “da sua racionalidade”, aduzindo que “Max Weber retrata essa racionalidade ao mostrar a evolução do direito, que sai da contingência do júri e passa para a racionalidade do tribunal e da lei” (SALGADO, 2006: 112).

De lado a universalidade e a produção normativa, a aplicação do direito não dispensa a coerência, seja por direcionamento normativo, doutrinário ou lógico. BOBBIO (1999: 113) explica que

[o]nde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria.

Tanto para se preverem as consequências jurídicas com segurança, quanto para se alcançar uniformidade de tratamento e justiça, o enunciado normativo deve ser preciso e claro. DAVID expõe que

a lei, pelo rigor de redação que ela comporta, parece ser a melhor técnica para enunciar regras claras, numa época em que a complexidade das relações sociais obriga a conferir prioridade, entre os elementos de uma solução justa, às preocupações de precisão e clareza. (2002: 121)

A aplicação de normas coerentes é fundamental à justiça, porém, a própria aplicação deve também ser coerente, enquanto chegada ao resultado esperado e justo, porque o “direito é tudo isso: o momento da segurança ou de previsão, na relação de meio a fim, e o da valoração desse fim como justo ou o que deve ser alcançado” (SALGADO, 2006: 115).

Assim, *sustenta-se que a aplicação coerente é aquela alinhada à segurança jurídica e que realiza a justiça.*

Realçada a sua conexão com a segurança jurídica, a coerência permite retorno ao tema da limitação do Poder, contribuindo para enfrentamento do problema de limites da aplicação desses direitos, dialogando ainda com o controle da atividade judicial. Sobre a segurança jurídica e a limitação do Poder, HÖFFE assinala que

[n]o caso da norma jurídica, sua realização confiável consiste na *segurança jurídica*. Pressuposto que se revele uma regulação social e sua forma jurídica como legítima, a segurança jurídica é um princípio irrenunciável de legitimação e pode ter então consequências significativas do ponto de vista da realidade jurídico-constitucional, exigindo, por exemplo, clara divisão de poderes. (HÖFFE, 2006: 56)

2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A instituição e a limitação do poder do Estado pelo direito estão marcadas, de um lado, pelo estabelecimento de direitos e garantias fundamentais, e, de outro, pela separação dos poderes estatais.

A separação ou divisão de poderes não se confunde com a distinção de funções do poder, como lembra SILVA, porque esta “constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem”, enquanto aquela significa “confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgãos ou poder Executivo e órgãos ou poder Judiciário)” (2002: 108). A Constituição da República de 1988 dispõe em seu artigo 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O referido autor conclui que o poder político, embora “*uno, indivisível e indelegável*”, se desdobra e se compõe de “*várias funções*”, fato que permite falar em *distinção das funções*” (SILVA, 2002: 108). O poder estatal encontra-se separado, uma vez que é atribuída uma função preponderante a cada um de seus órgãos ou poderes, dita *típica* e que lhe dá nome. A incumbência de outra função (que não a típica) a determinado órgão ou poder, função *atípica*, é necessária para a independência e a harmonia entre os poderes. Para o desempenho de cada uma dessas funções, são instituídas competências para cada um dos Poderes.

Por definição, competências “são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções” (SILVA, 2003: 494). Neste trabalho, por vezes se utiliza a palavra no singular para significar ainda a “esfera delimitada de poder que se outorga a um órgão ou entidade estatal, mediante a especificação de matérias sobre as quais se exerce o poder de governo” (SILVA, 2003: 494).

O poder é dividido para ser exercido. É visto como dividido por meio da configuração da atribuição das funções aos órgãos ou poderes, diretamente vinculada à repartição de competência para o exercício do poder estatal. “Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se a *concentração de poderes*” (SILVA, 2002: 108).

Vale transcrever a célebre frase de MONTESQUIEU, rotulado geralmente pela doutrina como o principal referencial teórico originário da separação dos poderes, para quem

[t]udo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. (MONTESQUIEU, 2005: 168)

É inegável a grandeza das contribuições contidas em *O Espírito das Leis*, contudo, defender o nome de MONTESQUIEU como criador do citado princípio poderia ser injusto com outros autores. SILVA confirma que o “princípio da separação dos poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu” (2002: 109).

Embora talvez falte a expressão literal “teoria da separação dos poderes” na referida obra, um de seus pontos altos é, de forma indubitável, a investigação feita sobre o poder e sua divisão, o que a transformou em marco para as discussões sobre a separação dos poderes, inspirando estudos e releituras que resultam na consideração desse princípio como

pilar não apenas para o Estado de Direito, mas também para o Estado democrático de Direito. Como adverte GOYARD-FABRE,

[m]esmo que a intenção de Montesquieu não fosse, no caso, elaborar a estrutura constitucional do regime democrático, sua teoria da divisão do poder e da distinção de seus organismos institucionais (que foi chamada, sem fidelidade ao texto, de teoria da “separação dos poderes”) pôde servir de esquema jurídico exemplar para os doutrinários da democracia representativa ou parlamentar. (GOYARD-FABRE, 2003: 138)

Tratando sobre representação, MONTESQUIEU aponta:

[c]omo, em um Estado livre, todo homem que supostamente tem uma alma livre deve ser governado por si mesmo, seria necessário que o povo em conjunto tivesse o poder legislativo. Mas, como isto é impossível nos grandes Estados e sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo faça através de seus representantes tudo o que não pode fazer por si mesmo. (2005: 170)

Quanto ao procedimento de tomada de decisão, vale notar que FERNANDES (2011: 209) distingue a utilização da *regra da maioria*, baseada em critérios *quantitativos*, da democracia numa perspectiva *qualitativa*. O autor associa a primeira a BOBBIO, para quem a democracia “é um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos”, e a segunda a HABERMAS, porque, com a *razão comunicativa*, “a decisão democrática será aquela inserida em uma dinâmica procedimental na qual tanto autores como sujeitos da decisão possam consentir e reconhecer que o resultado foi o correto, por ser produto do ‘melhor argumento’”.

Desse modo, embora a divisão do poder estatal possa viabilizar o regime democrático, ela se mostra com importância ainda mais nítida para a garantia dos direitos humanos. Ela é um dos pilares do constitucionalismo, e acompanha a definição de Estado de Direito e a discussão sobre direitos humanos. Segundo magistério de SILVA, a separação de poderes

[t]ornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é. (2002: 109)

2.1 Os planos da elaboração, execução e aplicação normativa

As funções típicas dos três Poderes do Estado estão associadas imediatamente a três planos jurídico-normativos. Identificam-se, assim, o plano da *elaboração*, o da *execução* e o da *aplicação* da norma jurídica.

Por *plano normativo*, entende-se um recorte de um aspecto prático – que vai desde a elaboração até o cumprimento – da norma jurídica. Essa delimitação permite uma perspectiva de análise de diferentes atividades relacionadas à norma, em especial nesse trabalho, de sua aplicação.

Antes de focar o plano da aplicação normativa, é preciso fazer algumas considerações sobre as funções dos Poderes do Estado e a separação dos Poderes. A separação de Poderes implicou a reunião de competências específicas aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário para exercerem suas funções típicas, respectivamente, de elaborar, de executar e aplicar a norma jurídica. A separação de Poderes não é um mero estilo de estruturação do Estado, mas um princípio que une o Estado de Direito à *liberdade*. MONTESQUIEU (2005: 168) assevera que,

[q]uando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Cada uma das funções preponderantes em um Poder do Estado pode estar presente em outro, sendo chamada, então, de função atípica. O desempenho de qualquer função depende das competências instituídas. Por outro lado, os planos normativos relacionam-se com essas funções, independentemente dos Poderes que as desempenham.

O plano da aplicação normativa permite visualizar a ampla função de aplicar o direito. Enfocando-se a função de aplicação da norma jurídica, percebe-se que todos os Poderes podem desempenhá-la, em razão das competências a eles atribuídas, porém, a sua estreita ligação é com Poder Judiciário. Em geral, no presente trabalho, as referências ao *plano da aplicação normativa*, ou seja, à aplicação do direito, voltam-se para a função de aplicação do direito pelo Poder Judiciário, ou seja, para a atividade de função típica de julgar. Por isso, falar-se em *função típica judiciária*.

O aspecto propositivo deste estudo vincula-se à efetividade do direito, sobretudo, dos direitos fundamentais. Para se chegar a essa efetividade, o *plano da elaboração* e o *plano da execução normativa* são muito relevantes. Embora a aplicação do direito seja o foco, é preciso assinalar que há outras vias de eficácia do direito.

Esses três planos não são os únicos, sendo possível mencionar, por exemplo, os planos normativos da *observância*, do *controle* e o da *efetividade*, inclusive retomados em outros tópicos para discussão. O *plano da efetividade normativa* facilitará a visão da concretização do direito, quer pelo Judiciário, pelo Executivo ou Legislativo, ou ainda pelo cumprimento espontâneo da sociedade.

O destaque aqui voltado para os planos da elaboração, da execução e da aplicação normativa serve para enfatizar a racionalização do fenômeno jurídico, afastando-o de outros campos da cultura, como a moral e a religião. SALGADO (2006: 112) sustenta que “a racionalização do direito é um processo que vai da empiria da consciência jurídica à lei geral e ao conceito geral. É também um processo de separação do direito dos outros mundos culturais, como a religião, a moral, etc.”. Contudo, vale lembrar que a proposta de tratar das implicações da atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais requer aproximação do direito a esses campos (ver item 2.3 da Parte III), sem se descuidar da abordagem jurídica.

O plano da aplicação do direito, voltando-se para racionalidade embutida na aplicação, guiará a toda a discussão de fundo do trabalho sobre os limites e a fundamentação dessa atuação judiciária. Segundo SALGADO (2006: 113),

[a] racionalização é, ainda, a busca da fundamentação das decisões jurídicas em elementos objetivos, como a lei e o fato e, finalmente, a valoração racional dos fatos e da consequência que o direito lhes atribui, estabelecendo um critério reflexivo de construção do conteúdo da lei, que se põe por um ato de vontade, mas não se justifica (portanto não encontra seu valor) no próprio ato de vontade.

2.2 Independência e harmonia entre os Poderes

GOYARD-FABRE, mesmo com suas ressalvas quanto à afirmação de MONTESQUIEU como criador da teoria da separação dos poderes, concorda que visualizar a divisão entre eles acarreta imbricação entre eles. “Decerto interpreta-se com demasiada pressa a análise feita por Montesquieu como a teoria da ‘separação dos poderes’ quando se trata,

como mostramos noutra obra, de sua não-confusão, o que implica ao mesmo tempo distinção orgânica e colaboração funcional deles.” (GOYARD-FABRE, 2002: 104)

A separação não deve obstruir a visão dos poderes como articulados na unidade do poder do Estado. A independência e a harmonia são elementos complementares dessa divisão.

Conforme distinção de SILVA (2002: 109), a *independência orgânica* e a *harmonia dos poderes* estão ligadas ao presidencialismo, correspondendo à *colaboração de poderes* da tradição parlamentarista. A independência dos poderes significa, conforme ensina, autonomia para o exercício das atribuições próprias, para a investidura e a permanência nos cargos, e para a organização dos respectivos serviços (2002: 110). A harmonia entre os poderes, segundo o autor, é verificada por dois aspectos: “primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito”; e também pelas “interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados” (2002: 110).

Acerca do sistema de freios e contrapesos, VIANA analisa os freios – predominantes quando o Estado de Direito aflora – como limitadores do poder, quando visto de forma estática, estancado em seus limites. Já os contrapesos estão ligados à interação entre os poderes, sublinhando o seu viés dinâmico, uma vez que a colaboração entre eles pressupõe autorizada interferência reguladora, fazendo evitar a concentração. O autor distingue que a

técnica da separação de poderes pode servir a um propósito preponderantemente *limitador* ou, ao contrário, *construtivo* segundo se privilegie um dos termos que compõem a expressão *checks and balances*. O constitucionalismo clássico, ao exponenciar a função de contenção do poder em prol da auto-regulamentação atomista da vida social, privilegiou a funcionalidade obstrutiva (*checks*), o que levou a uma configuração estática dessa técnica. Por sua vez, o constitucionalismo social, ao acentuar a necessidade de promover a eficiência do poder em prol de uma heteroregulamentação institucional da vida social, promoveu a colaboração entre os poderes (*balances*), o que gerou uma configuração dinâmica da mesma técnica. (VIANA, 2010: 31-32)

Os planos normativos estão interconectados, sendo necessário refletir sobre a proximidade entre direito e política para, em seguida, focar o plano da aplicação do direito, pelo prisma da problemática da fundamentação e limitação do exercício da função jurisdicional.

2.3 Proximidade entre direito e política

A Constituição funda o Estado com seus poderes divididos. Dentre esses poderes, está o de aplicar o direito, que compete precipuamente ao Poder Judiciário.

A aplicação previsível e definitiva da norma jurídica confere segurança jurídica. A legitimação do Estado para a jurisdição, bem como para a atuação legiferante e executiva, finca raízes no mesmo conjunto de normas que estabelecem a base de todo ordenamento jurídico e os direitos fundamentais a serem concretizados. Essa é a matéria típica e tradicional da norma constitucional que, conforme BONAVIDES, possui

natureza *política*, porquanto rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre os direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta à ação dos governos, visto que no exercício de suas atribuições não podem eles evidentemente ignorá-las. (2003: 461)

A tentativa de desvincular direito e política fica frustrada, exigindo-se do aplicador mais do que a unilateralidade da juridicidade. BONAVIDES esclarece que

[a]s relações que a norma constitucional, pela sua natureza mesma, costuma disciplinar, são de preponderante conteúdo político e social e por isso mesmo sujeitas a um influxo *político* considerável, senão essencial, o qual se reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicável. (2003: 461)

O autor resume os problemas de compreensão constitucional à carência de consideração desse influxo político, de modo a colmatar os aspectos jurídico e político, sem que um predomine. Constata que

[t]odo o problema constitucional ainda hoje procede, contudo, da ausência de uma fórmula que venha combinar ou conciliar essas duas dimensões da Constituição: a *jurídica* e a *política*. A verdade é que ora prepondera uma, ora outra. No constitucionalismo clássico e individualista preponderou a primeira: no constitucionalismo social e contemporâneo, a segunda. E quando uma delas ocupa todo o espaço da reflexão e da análise, os danos e as insuficiências de compreensão do fenômeno constitucional se fazem patentes. (BONAVIDES, 2003: 95)

O mergulho no universo político pode ser feito a partir do direito, tanto para que não se afaste da zona de conforto (jurídica), quanto para se verificar como o direito rege a política, emergindo com novo olhar para os direitos políticos e para o poder instituído.

GOYARD-FABRE postula que o “‘direito político’ é precisamente constituído pelas normas que regem a organização institucional da política e seu funcionamento no âmbito por ela determinado e delimitado” (2002: 2), ressaltando que

[...] o ordenamento jurídico da política não poderia significar nem seu formalismo exclusivo – isto é, a ausência de substância, portanto, a vacuidade – nem seu imobilismo rígido – isto é, a institucionalização estática, portanto, o caráter definitivo. O direito político evolui – e deve evoluir – de acordo com os problemas criados pela movimentação histórica e pelo progresso das sociedades. (2002: 3)

Considerando a proximidade entre direito e política, é preciso ver a atividade da aplicação do direito como independente, porém pelo viés da harmonia entre os poderes. De tal sorte que a atividade jurisdicional complete a atuação conjunta dos poderes estatais, fornecendo-lhes anteparos e realizando seu dever dentro dos limites de suas competências.

Divisa-se, portanto, o problema dos fundamentos e dos limites: a segurança jurídica é alcançada pela fundamentação legal da atuação judiciária? O que/qual órgão define a competência, e, mais difícil, quais os limites da função judiciária?

3 PROBLEMATIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES DO PODER JUDICIÁRIO

Aplicar o direito, nos limites de sua competência, é função do Poder Judiciário. A problematização dessa atividade ocorre porque o direito não é um conjunto de soluções, previamente estipuladas, diretamente incidentes sobre todas as questões submetidas a julgamento.

A atividade de aplicação é eminentemente interpretativa, fazendo brotar dois problemas. O primeiro deriva da indagação sobre a própria competência judiciária e seu alcance, que são outra roupagem para a definição de fundamentação jurídica e limites da atuação judiciária. Unindo esse problema ao seguinte, está a questão de existência de uma solução jurídica única para cada caso, o que flerta com a ocorrência de uma interpretação ser a verdadeira, a correta, ou a juridicamente mais adequada.

O segundo problema está conectado à possibilidade de controle da interpretação. A reconstrução dos fatos no processo, os argumentos, as provas, o direito, tudo é interpretado para o aplicador chegar à solução. De sua decisão, ficará pendente revisão que abre novos flancos de recursos, até o trânsito em julgado. Mesmo após a decisão tornar-se definitiva, há como pensar em suas implicações, de modo que se vislumbram efeitos extraprocessuais e até metajurídicos.

A estrutura criada para o exercício da jurisdição permite a organização e o controle da atividade. Ao lado desse aparato, estão o dever de apresentação de razões da decisão requerido pela norma de motivação das decisões judiciais e o de submissão ao direito, ao devido processo legal, para garantir controle das decisões pelas vias competentes e segurança jurídica, sem prescindir dos ditames de agilidade na prestação jurisdicional.

A eficiência da atividade judiciária abrange a celeridade, a ampla acessibilidade e a efetividade do processo. As decisões devem produzir o efeito prático esperado. Em se tratando de efetividade de direitos fundamentais, como será explorado na Parte II, valer-se do processo judicial não pode significar ineficácia da consecução deles. A aplicação do direito, entretanto, será problematizada antes de ser conjugada com o tema *efetivação de direitos fundamentais*.

A ampliação da máquina, de recursos físicos e humanos, e a instituição de metas para combater e evitar lentidão tentam dar satisfação à exigência de agilidade na solução (da enorme e crescente quantidade) de processos, entretanto, causam risco de excessiva dispersão pelo inchaço de todo o aparato.

Os problemas estruturais convivem com o da busca por fundamentos e limites da atividade jurisdicional que recorrem à lei. A lei, reduto da segurança, transforma-se em calabouço lacrado por chave, cuja insígnia e cujo segredo remetem, respectivamente, à separação dos poderes e aos direitos fundamentais. Sua abertura pode resultar na perda de referências. Dessa forma, mostram-se necessários o controle metodológico da interpretação e o controle institucional da administração e de decisões de hierarquia inferior. A resposta fornecida pelo procedimentalismo será desenvolvida na Parte II, Capítulo 3.

3.1 O controle institucional e a administração judiciária

A organização institucional da autoridade e o procedimento processual de aplicação são fruto da racionalidade empregada no estabelecimento da impessoalidade funcional e na forma de aplicação fundada na lei.

A *burocracia* que a estrutura institucional e os procedimentos criam é necessária para compor um sistema que independa de pessoas determinadas para funcionar, e que permita respostas ou decisões com base na generalidade normativa. Na organização do Poder Judiciário encontra-se uma ampla e complexa rede de órgãos, funções, procedimentos.

A burocratização implica especialização, e sua impessoalidade não dispensa preparação profissional *en concordancia con la técnica racional de la vida moderna* (WEBER, 2001: 281). Segundo o autor,

[1]la burocratización se caracteriza frente a otros vehículos históricos del orden de vida racional moderno por su inevitabilidad mucho mayor. [...] La burocracia moderna se distingue ante todo de esos ejemplos anteriores por una cualidad que refuerza su carácter de inevitable de modo considerablemente más definitivo que el de aquellas otras, a saber: por la especialización y la preparación profesionales racionales. (WEBER, 2001: 281)

A especialização cria ramificações funcionais específicas e hierarquicamente estruturadas. Com um funcionamento desejável dessa estrutura burocrática, colhe-se a justiça plantada pela racionalidade. Em caso de entraves, emperramento e falhas, não raramente a impessoalidade afasta a responsabilidade com bordão inconfundível: *a culpa é do sistema!* Sistema que, assim como e até compond o método, não consegue garantir, por si só, a melhor ou única resposta ou decisão correta. Precisa constantemente ser atualizado às demandas contemporâneas, incluindo novas premissas e variáveis, bem como aperfeiçoado, e especializado.

Nesse sentido, vale lembrar da armadilha existente na atualização e na especialização infinita: para dar conta do volume da demanda e da precisão da resposta, a saída é recorrer à racionalidade, ampliando o sistema. Paradoxalmente, esse inchaço da estrutura acaba por produzir também efeitos deletérios, minando a racionalidade de seu íntimo com ineficiência e falta de uniformidade em procedimentos e decisões.

A especificidade dos casos concretos recobra a importância da qualidade da resposta, que deve também ser proferida em tempo hábil e sem se perder a referência da isonomia.

Assim, a crítica à burocracia demasiada, atrelada ao Poder Judiciário, começa com a constatação de um sistema que merece aperfeiçoamento para atender à demanda com sagacidade na avaliação das sutilezas dos casos e no encerramento ágil deles.

O controle que a instituição realiza pode ser tomado de duas maneiras. Na primeira, mais geral, significa manter o curso que a forma, corporificada na instituição e no procedimento, prescreve. Em segundo lugar, é a revisão das decisões anteriores, normalmente amarradas por grilhões da hierarquia, que possui, além da função legitimadora, a tarefa de conferir uniformidade no tratamento.

Assim, instâncias superiores podem tolher verdadeiras idiosincrasias oriundas da copiosa rede órgãos, instâncias e funcionários, em prol da segurança jurídica que transparece de um Estado que segue a lei para solucionar as controvérsias.

Contudo, como efeito adverso, constata-se uma estrutura complexa e dispersa dentro do próprio Poder Judiciário. Não sem causa, preocupa-se com a administração judiciária – mais uma especialização inevitável da burocracia – que se volta para o controle do funcionamento da instituição judiciária.

Já o controle operado pelos outros poderes será tomado primeiramente em seu aspecto formal para ser assinalado seu tributo à definição da competência. Desse modo, a existência de competências conferidas a outros poderes e a possibilidade de os poderes atuarem para harmonizá-las compõem garantias de um exercício contido.

Voltando ao tema da competência, um questionamento é saber como garantir contenção ou controlar o próprio poder. Ao Poder Judiciário, encarregado do julgamento, que inclui enfrentamento de definição de competências, incumbe se limitar. O mandamento da *auto-restrição*, apesar de sua natureza lógico-formal, redundando em diretriz de boa-fé do aplicador, presumindo que o poder que lhe é conferido faça prevalecer sempre a lei, dentro dos limites postos por ela.

3.1.1 As instâncias superiores e a “auto-restrição”

A organização do Poder Judiciário estabelece competências revisoras às suas instâncias superiores. Essas possuem a atribuição de rever as decisões *a quo* para garantir a uniformidade da prestação jurisdicional e do cumprimento da lei. Essas competências não são ilimitadas, haja vista serem reguladas pelo ordenamento, e conterem vedações ao reinício do processo, à modificação do pedido nele contido, à produção de novas provas.

O Poder Judiciário, como um todo, deve exercer sua função dentro dos limites postos pelo ordenamento jurídico. Excessos e falhas poderão ser revisados pelas instâncias superiores, controlando não somente a aplicação para prover justiça, mas também a competência judiciária para mantê-la submissa à lei. Assim, reforça-se a segurança jurídica de um Poder limitado que aplica o direito para realizar a justiça.

A *auto-restrição* pode ser entendida como autocontenção do poder, como exercício limitado da competência. Não pode significar restrição omissiva, geradora de

descumprimento desarrazoado de função, nem permitir tolerância a excessos e avocações de competência.

A *auto-restrição* segue a mesma sorte da aplicação do direito, podendo ser revisada pela instância superior que possua tal competência.

O controle exercido pelas instâncias superiores tem limite na instância máxima, o Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil, que cumula a função de tribunal constitucional, analisando, sobretudo, questões de natureza constitucional, e realizando o controle de constitucionalidade.

Ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição (art. 102 da Constituição da República de 1988). Assumi-la, coloca o STF como o guardião dos guardiões, e faz ressurgir a questão da proximidade com a política, uma vez que, como expõe CANOTILHO (2000: 662),

[o] Tribunal Constitucional, mesmo primariamente limitado ao controlo jurídico-constitucional das normas jurídicas, excluindo dos seus juízos valorações políticas ou apreciações de mérito político (a doutrina fala aqui do *princípio da autolimitação judicial ou judicial self restraint*), não se pode furtar à tarefa de **guardião da Constituição**, apreciando a constitucionalidade da política normativamente incorporada em actos dos órgãos de soberania. Por outras palavras: o Tribunal Constitucional assume, ele próprio, uma dimensão normativo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição.

O Poder Judiciário emprega a *auto-restrição* ao exercer sua competência dentro dos limites legais. Na perspectiva interna do Poder Judiciário, em que pese a competência de outros tribunais na solução de conflitos de competência, o Supremo Tribunal Federal desponta como referência para a definição de limites da aplicação do direito.

A *auto-restrição* deve ser vista ainda pelo prisma da coerência das decisões. Para tanto, é mister lidar com a competência associada ao direito material. Não se trata de limitar a função propriamente dita, mas de conter os limites de seu exercício, segundo moldes talhados na lei ou em decisões que a aplicaram.

Conforme dita a segurança jurídica, a aplicação coerente exige que uma decisão guarde correspondência com decisões pretéritas, ressalvadas as mudanças de entendimentos em novas decisões. A firmeza no posicionamento dos órgãos do Poder Judiciário é imprescindível para se evitarem casuísmos e injustiça. Contudo, a própria interpretação que pretende atualizar o sentido normativo indica que a firmeza não quer dizer imutabilidade de entendimento.

As decisões lavradas pelo Poder Judiciário constituem limites que os próprios órgãos judicantes se impõem. A jurisprudência que revele um entendimento sobre a delimitação de competência ou sobre a aplicação do direito é uma referência geradora de expectativa de novas decisões nessa linha, que constitui limite embasado na coerência da aplicação do direito.

A plano da aplicação revela também a instituição de súmulas com função próxima à da jurisprudência na definição de competências. Tratando-se de enunciados de entendimentos, as súmulas limitam a competência por fixar posicionamentos. Ao se seguirem as súmulas, as decisões do tribunal que as edita e as dos órgãos que lhe são hierarquicamente inferiores possuem impacto na competência pela restrição de entendimento que as súmulas promovem. Essa construção que a *praxis* gera é vista como um impacto da aplicação do direito no item 2.2.2 da Parte III.

A elaboração de regimentos internos por tribunais reflete, outrossim, na competência porque compõem e complementam o procedimento de aplicação.

3.1.2 A separação de poderes como controle formal (estático)

A estruturação do poder estatal apresenta a divisão de funções entre os chamados Poderes do Estado. Racionalmente justificada pela separação de atribuições que não perdem articulação, complementaridade e possibilidade de controle recíproco, essa divisão dos poderes pretende a instituição e o exercício do Poder dividido em competências articuladas e complementares para que a cumulação de funções não signifique sobrecarga de poder que desvie o Estado do direito. Assim, a separação de Poderes está no cerne do constitucionalismo em virtude da limitação do Poder que ela encerra.

Essa estruturação, analisada em capítulos anteriores, com base nas ideias de competência e autoridade, sobretudo, na perspectiva interna do Poder Judiciário, está também ligada ao controle da atividade de aplicação do direito pela presença da distinção de funções. A presença de outros Poderes funciona como possibilidade desse controle, que será denominada de *controle estático* ou *formal*, e também como controle dinâmico ou efetivo, nos termos tratados no item 1.1.1.2 da Parte III.

O controle estático possui a função deontológica de desestimular excessos ou abstenções pela divisão de tarefas. Sendo uma função formalmente atribuída a outro Poder, ela não deve ser exercida, por exclusão, pelo aplicador do direito simplesmente porque não

integra o seu rol de competências. Por outro lado, constituindo um dever de determinado Poder, por ser sua competência e não de outro, não pode deixar de ser cumprido.

Esse controle pode ser dito estático por considerar as competências pré-definidas não modificáveis pela atuação de outros Poderes, embora a articulação delas sugira certa dinamicidade. É tomado na perspectiva formal, enfatizando a definição de competências conhecidas de antemão pela estruturação realizada pelo direito. É óbvio também que esse controle possui uma dimensão prática, que lhe dá efetividade sempre que cumpridas tais competências, ou redefinidas pela modificação de entendimento do próprio Poder. Contudo, essa dimensão não é suficiente para retirar o foco da estrutura formal, que se confunde com a organização do Estado e a distribuição da competência.

O controle estático não requer a atuação de outro Poder para o seu exercício. Enquanto controle da aplicação, esse controle formal e estático é, de fato, um controle interno, alinhado à *auto-restrição*, e não um controle que outro Poder realize.

A divisão de poderes já permite indicar desvio de função, por oposição de competências pertencentes a outro Poder. A divisão de funções e essa modalidade de controle contribuem para que a independência funcional seja marcada pela harmonia.

A outra faceta do controle formal corresponde à possibilidade de controle por outro Poder. Só de ser possível esse controle ou de se considerar essa premissa, já acontece o controle do exercício da função de um dos Poderes. O integrante de um Poder, em foco o aplicador do direito, deve se ater às suas competências para evitar a ocorrência desse controle por outro Poder, uma vez que constitui logicamente uma sanção negativa e pelo desgaste republicano que gera, tendo em vista a tensão que causa entre os Poderes por esse controle não estar embasado em correição por instância superior.

Pode ser sublinhado que também ocorre um controle formal internamente no Poder Judiciário em relação à possibilidade de controle pelas instâncias superiores.

3.1.3 Dispersão e inchaço do Poder Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça

A burocracia, com esteio na racionalidade promotora da organização viabilizadora do cumprimento de procedimentos legais, demanda forçosa especialização funcional e profissional, bem como delimitação de competências. Atendendo ao formalismo, a burocracia acaba por engessar a estrutura.

Esse aprisionamento proveniente da racionalidade é descrito por WEBER (2001: 282-283):

Es espíritu coagulado asimismo aquella máquina viva que representa la organización burocrática con su especialización del trabajo profesional aprendido, su delimitación de las competencias, sus reglamentos y sus relaciones de obediencia jerárquicamente graduados. [...] la [máquina] viva trabaja en forjar el molde de aquella servidumbre del futuro a la que tal vez los hombres se vean algún día obligados a someterse impotentes [...].

O crescimento orgânico do Poder Judiciário e sua ampla difusão territorial geram efeitos negativos de desconexão e morosidade. Uma maneira de repelir esses efeitos é empregar o controle por instâncias superiores que uniformizem a jurisprudência, por corregedorias e pelo seguimento de procedimentos estabelecidos pelo ordenamento. O estabelecimento de promoção nas carreiras funcionais pelo critério de merecimento também pode contribuir para diligência no cumprimento de obrigações.

Contudo, cresce a discussão sobre a *administração judiciária*. O foco está na própria máquina burocrática, e não somente nas decisões jurídicas que constituem o seu produto.

A necessidade de enfrentar a dispersão e o inchaço da estrutura burocrática judiciária motivou a edição da Emenda Constitucional nº 45, que ficou conhecida pela tentativa de *reforma do Judiciário*. Essa emenda afetou vários artigos da Constituição, desde a inclusão do direito fundamental à razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, até a alteração de competências, a previsão do instituto da súmula vinculante e a criação do Conselho Nacional de Justiça.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão do Poder Judiciário, conforme dispõe o art. 92, I-A – acrescentado pela referida emenda. Ele possui a competência de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, segundo §4º do art. 103-B, também acrescentado.

Com efeito, o surgimento do CNJ mostra preocupação com a administração da máquina judiciária, cujo controle passa a ficar nele concentrado. O controle pretende alcançar toda estrutura ramificada desse Poder.

Os juízes, além dos deveres funcionais ligados à competência de julgar, devem contribuir para eficiência na tramitação processual. Ainda que não ocupem cargos administrativos nos tribunais ou de direção do foro, os magistrados atuam amparados por outros servidores da Justiça, para que o processo tome seu curso, notas sejam registradas, despachos cumpridos.

Preocupações administrativas trazem a atenção para o relacionamento interpessoal, gestão de pessoas e para eficiência no cumprimento das incumbências. É interessante perceber, por exemplo, que a Resolução nº 75 do CNJ – que inclui matérias no processo seletivo de ingresso na carreira da magistratura – possui tópicos específicos, respectivamente nas disciplinas de *Sociologia do Direito* e *Ética e estatuto jurídico da magistratura nacional*, sobre:

- Introdução à sociologia da administração judiciária. Aspectos gerenciais da atividade judiciária (administração e economia). Gestão. Gestão de pessoas.
- Sistemas de controle interno do Poder Judiciário: Corregedorias, Ouvidorias, Conselhos Superiores e Conselho Nacional de Justiça. Administração judicial. Planejamento estratégico. Modernização da gestão.

O Judiciário possui uma estrutura inflada e espalhada por todo o território. Fica nítida a importância da administração judiciária – de recursos humanos, técnicos e financeiros – para o bom cumprimento de suas funções, combatendo a desordem institucional que pode prejudicar a uniformidade, a isonomia, a celeridade, a justiça.

3.2 Aplicação do direito

O pilar da segurança jurídica, erguido sobre a base de limitação e separação dos Poderes, sustenta, sem esforço, o legalismo jurídico, aqui entendido como a vinculação estrita à prescrição legal.

A submissão ao império da lei limita o exercício do poder estatal aos preceitos legais, e torna previsíveis e definitivas as decisões jurídicas. Ao seguir e aplicar a *vontade do legislador* ou a *vontade da lei*, afasta-se a subjetividade do aplicador, e reforça-se a isonomia. Em que pese a perspectiva de busca da vontade do legislador ser chamada subjetivista, em referência à volição do legislador, ela marca, na verdade, o retorno ao momento da produção legislativa para resgate do sentido normativo originário, ou ainda das circunstâncias desse momento.

A oposição entre a origem, ligada ao legislador real ou histórico, e a atualidade da lei permite identificar aberturas atualizadoras do sentido do texto normativo. Tais aberturas vão de encontro ao legalismo jurídico pela dúvida quanto à existência e vigor de inovador preceito normativo. Dúvida que leva a abertura a abalroar a segurança jurídica. A atualização das normas pela interpretação de suas cláusulas mostra abertura do texto, e ofende o legalismo jurídico pela incerteza que incorpora ao objeto da interpretação.

A abertura do texto decorre do processo de interpretação como um todo, que concatena o desvelar com a atribuição do significado. Esse processo de interpretação é indubitavelmente necessário ao conhecimento, porém, a atribuição de significado não está associada apenas à *participação* do sujeito para a consecução semântica, mas à sua *vontade*. KELSEN (2000: 394) propôs que a interpretação jurídica constitui-se de *ato de vontade* de escolha entre as opções de significação normativa dentro da moldura que o texto normativo delimita. Os significados possíveis são, segundo o autor, revelados por *ato de conhecimento*, porém, é o *ato de vontade* que “distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica” (KELSEN, 2000: 394). Embora a exortação kelseniana possa encontrar-se superada por propostas teóricas que pretendem inibir a possibilidade de arbítrio na interpretação, ela merece destaque por reforçar a) a abertura normativa; b) a ligação da interpretação com a autoridade para aplicar o direito; e c) a necessidade do controle da interpretação.

O arbítrio, entendido como manifestação guiada pela vontade do agente, abre sempre oportunidades para ilegalidades, abusos de direito, injustiça, devendo ser repellido. Já discricionariedade, tomada como ato que é arbitrário dentro dos limites estabelecidos pelo direito, está circunscrita por este. Ela encontra solo fértil no campo político-administrativo, e será, nesse trabalho, problematizada enquanto discricionariedade interpretativa ligada à aplicação do direito, principalmente por reforçar a abertura normativa.

Lidar com a abertura da norma inerente à sua interpretação é função da hermenêutica jurídica. A hermenêutica jurídica clássica estuda relações entre significante e significado, estabelece cânones interpretativos, investiga plurivocidades, ambiguidades e indeterminações, buscando clareza e precisão, objetividade e ordem lógica, e visando à segurança jurídica.

A hermenêutica jurídica contemporânea, embora não abandone as preocupações clássicas, é marcada pela superação de dualismos, pela complementação entre princípios e destes com regras, pela consideração da complexidade e da probabilidade, e por forte apelo publicista, haja vista seu alinhamento com o dever de efetivar direitos fundamentais.

A autoridade para a interpretação jurídica vem da competência para se aplicar o direito, instituída com o anseio da isonomia no Estado de Direito. O procedimento que a autoridade instituída deve seguir, bem como o duplo grau de jurisdição, e a consequente revisão de decisões de instâncias inferiores, são facetas do controle, que é metodológico, ou

institucional, ou ambos, no momento em que o procedimento encontra balizas na própria instituição.

3.2.1 A autoridade para aplicar o direito

A autoridade para aplicar o direito é o poder de julgar com base no direito. O fundamento dessa autoridade corresponde ao lastro jurídico para o Poder Judiciário desempenhar sua função típica, ou ainda para os demais Poderes exercerem a função atípica judicante. Considera-se, nesse trabalho, ao se falar em aplicação do direito, a atividade desempenhada estritamente pelo Poder Judiciário.

O Poder Judiciário possui estruturação e competência estabelecidas a partir das disposições constitucionais do art. 92 ao art. 126. As competências para processar e julgar, originariamente, e as competências recursais atribuem aos órgãos do Poder Judiciário o exercício da jurisdição, instituindo a autoridade para aplicar o direito.

Excetuando-se o exercício de função atípica de julgar que os outros Poderes possuem, bem como a atividade da justiça desportiva ou de arbitragem, que conferem óbice à apreciação de mérito nas decisões proferidas pelo Judiciário, é o Poder Judiciário a referência quanto à aplicação do direito. Mesmo nessas exceções, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, expresso no art. 5º, XXXV, lesão ou ameaça a direito não estão excluídas da apreciação pelo Poder Judiciário.

A problematização da aplicação do direito mostra, de início, que, ainda que se considere *jurisdição* apenas a atividade de julgamento pelo Poder Judiciário, não é somente dele a incumbência de aplicar o direito. Ele não pode ser considerado sempre como primeira nem única referência, portanto. E nem como instância máxima, tendo em vista o Estado brasileiro se submeter “à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”, conforme o art. 5º, §4º da CR/88, e à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José).

É importante salientar que a atividade de aplicação do direito não é a única via de efetivação do direito, que é cumprido pelo governo ao executar as leis, implementar políticas públicas, e observado pela sociedade. Em se tratando de direitos fundamentais, o problema da efetivação será retomado na Parte II, e enfrentado em toda na Parte III.

Uma outra questão versa sobre a influência que uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* (HÄBERLE, 1997) causa no exercício da aplicação do direito. Nessa trilha, cabe refletir, principalmente, sobre a influência da opinião pública, da mídia e dos outros Poderes na atividade do Poder Judiciário. Porém, mais interessante que a reflexão sobre um ou outro desses fatores é considerar o Poder Judiciário, e em especial o Supremo Tribunal Federal, a autoridade detentora da interpretação vinculante do direito, contribuindo para essa interpretação as peculiaridades do momento histórico, inclusive os fatores mencionados. Isso não quer dizer que a interpretação do direito deva se curvar ao clamor público, muito menos que a argumentação jurídica deva sofrer inflexão pela utilização de argumentos de outra natureza para agradá-lo. Trata-se de perceber que a decisão judicial deve ser *jurídica*, fundamentada no direito, mas ela estará sempre muito próxima da política, da sociedade, ou de ambas, não podendo o Poder Judiciário se esquecer disso para indicar uma fundamentação jurídica robusta em qualquer sentido que seja uma decisão proferida, e para ter ciência de que suas decisões, embora sejam vinculantes e definitivas, estão sujeitas a críticas.

3.2.2 A lei como fundamento e limite

No Estado de Direito, como visto, a competência para o exercício de poder tem fundamento no direito. É a lei – em sentido amplo, e a começar pelas disposições constitucionais – que institui a autoridade e suas atribuições. Simultaneamente, ela estabelece limites para desempenho das funções do Estado, bem como limita direitos e liberdades para viabilizá-los. Pelo princípio da legalidade, a atuação estatal requer sempre correspondente fundamento legal. A lei fundamenta e limita o próprio direito e o Poder, incluído o de aplicar o direito.

O problema mais evidente da aplicação, contudo, está conectado à interpretação do direito material. Ele assombra juristas, teóricos e filósofos do direito e a própria sociedade, porque não se trata de poder julgar, mas de como decidir. A decisão, embora atrelada a um procedimento, é problematizada em seu resultado, pondo-o em dúvida frente a outras possibilidades de decisão. O problema da melhor decisão faz perquirir a melhor solução que o direito pode prover, o que requer a melhor atuação do Poder Judiciário e, portanto, a melhor interpretação do direito.

Identificado o problema da aplicação do direito como uma questão de interpretação do direito, justifica-se a discussão sobre parâmetros e implicações da atuação do Poder Judiciário – que tem por objetivo fundamentar essa atuação (Parte III) – na efetivação de direitos fundamentais. Essa efetivação será abordada e problematizada (Parte II) para se situar a questão central desse trabalho.

A função de aplicação do direito conferida ao Poder Judiciário está embasada nas normas que o instituem e o organizam e que lhe conferem competências, e está, por conseguinte, limitada a essas atribuições. Como se tratam de normas estruturadoras e definidoras de competências, elas estão sujeitas à interpretação, fazendo reaparecer a questão da abertura semântica.

Essa abertura para a própria definição de competências revela que a *interpretação*, inerente à *aplicação* do direito, está presente também nesse aspecto mais formal da aplicação, que inclui a identificação da competência e de normas processuais. É claro que do direito material também emanam fundamentos e limites com reflexo em tal aspecto formal. Basta notar que a subsunção de um caso ou de um fato no ordenamento jurídico revela normas aplicáveis. As demais, ainda que se pudesse argumentar que serão igualmente aplicadas por serem pertinentes a um ordenamento ou sistema que é aplicado como um todo, estão diretamente excluídas da aplicação naquele momento. Em outras palavras, há fundamento e limite no direito material que pode ser útil para constatar excessos ou erros na competência ou no processo.

Conjugada com a autoridade para aplicar o direito, percebe-se a primeira faceta do problema da aplicação, que é o controle da atividade de definição de competências e de entendimentos sobre normas materiais e processuais que interferem na competência. O problema pode ser reescrito como controle da possibilidade de atuação ou da competência do Poder Judiciário.

Assim, o controle metodológico e o institucional apresentam-se como controle da aplicação do direito, da interpretação, e como controle da própria definição de competências.

3.2.3 O controle metodológico

A lei não consegue, por si mesma, controlar a interpretação. Embora o texto normativo constitua, como visto, fundamento e limite da aplicação do direito, sendo o

intérprete elemento ativo no processo de leitura, é impossível delimitar a trajetória exata do ato de interpretação.

Lembrando GADAMER (2005), a variabilidade de pré-compreensões e a abertura da linguagem permitem distintos horizontes de sentido. Isso reforça a posição da linguagem como meio no qual serão resolvidas tensões entre diferentes interpretações. A linguagem é meio que possibilita a comunicação; é bagagem que permite a interpretação; e é limite para a interpretação.

O limite que a linguagem impõe à interpretação merece destaque no tocante ao horizonte de sentido que o texto abre. Há uma enorme diferença entre poder interpretar qualquer coisa, e poder interpretar qualquer coisa que o texto permita. O texto, portanto, constitui limite à interpretação.

Exercer o controle metodológico da aplicação é empregar-lhe um método para racionalizá-la. Esse controle pretende subjugar a interpretação, realizando o controle da subjetividade. Desse modo, as pré-compreensões ligadas às crenças e aos valores pessoais devem dar lugar àquelas que permitam avistar a vontade objetivada na norma jurídica.

A expressão *vontade da lei* ajusta-se mais precisamente a essa vontade que é tornada objetiva na norma, uma vez que, ainda que se insista em exaltar a *vontade do legislador*, a norma é texto que se desprende do seu autor, guardando com ele laço indireto, e até volúvel ao supor um sujeito que – ao produzir um texto em diferentes momentos, inclusive no presente – expresse por meio dele uma vontade que pode variar em função das circunstâncias em que é lido e interpretado.

O que se busca, ao ser inquirida a vontade da lei, é o preceito racional que ela contém. A racionalidade por trás de toda positivação da norma e de todo processo de interpretação tem como objetivos a igualdade, a segurança, a justiça. Para isso, em detrimento da vontade do sujeito, a autoridade embasada na competência do órgão ou da função judicante deve alcançar a vontade racional da lei.

Tomando-se o âmbito da *competência* para aplicar o direito, alinhado as noções de autoridade, método e vontade, encontra-se o *poder-dever de revelar ou alcançar o querer racional*.

O método, como denuncia GADAMER (2005), não é suficiente para se alcançar a verdade. Ele não é capaz de garantir que se chegue à melhor interpretação ou decisão possível. A decisão não pode ganhar a adjetivação de *mais* ou *única correta* apenas por ter percorrido um procedimento, por ter seguido um método. Sua correção está limitada ao

caminho seguido. Não é propósito desse trabalho dissertar sobre diversos métodos de interpretação, tampouco eleger o melhor para a compreensão do texto jurídico. As contribuições de MÜLLER e HESSE, contudo, estão em destaque na Parte III, item 1.2.3, pela relevância no trato da interpretação e concretização da norma constitucional.

A discussão desenvolvida sobre método não pretende invalidá-los frente à inexistência do método correto, mas reforçar sua importância como caminho que espelha a racionalidade. O método também limita a interpretação.

O controle metodológico na aplicação do direito tem o intento de afastar o arbítrio do julgador, evitando-se, assim, o decisionismo. Entende-se por decisionismo a aplicação com base na vontade de quem julga. Esse se opõe ao Estado de Direito pelo afastamento da lei e da segurança jurídica em favor da liberdade e da escolha do aplicador.

Quando KELSEN (2000) compara a norma como uma moldura, cujo conteúdo normativo fica à discricionariedade do intérprete, ele aproxima a interpretação ao ato de vontade do aplicador do direito. Essa concepção merece uma invectiva na medida em que corrobore qualquer decisionismo. Contudo, ela merece aplausos por denunciar a abertura semântica que o texto normativo comporta, e por atrelar a aplicação do direito à interpretação da autoridade.

Dentre as várias interpretações possíveis no bojo de um processo, é vinculante aquela proferida pela autoridade judicial, ou seja, é ela que põe termo a uma controvérsia judicial. O outro problema que ronda a aplicação do direito é saber se essa interpretação revela a vontade da lei, se é a melhor que poderia ser alcançada, e se está dentro dos limites da competência do órgão julgante.

3.3 Eficiência judiciária

Toda problematização do exercício da atividade jurisdicional tem como alvo – sem desprezar a legitimidade e a segurança jurídica – a celeridade, a acessibilidade e a efetividade das decisões. Esses são os três pontos centrais da eficiência judiciária.

Pode-se recorrer à análise combinatória deles para especificar dois dos três que fazem a eficiência padecer sem o terceiro.

3.3.1 Celeridade

É forçosa a ligeireza no exercício da jurisdição para que decisões judiciais, e, principalmente, as partes, não sofram prejuízo pelo decurso do tempo. As demandas judiciais que versem sobre direitos fundamentais, então, merecem atenção especial por lidarem com questões atreladas à dignidade e ao bem comum. A ineficácia que resulta de aviltante demora também conduziria à descrença do jurisdicionado.

Contudo, a celeridade não se sobrepõe ao devido processo legal, com todas as garantias que dele proveem, sendo mitigada pela segurança, que pode acarretar demora justificável para cumprimento do procedimento. Assim, o direito à *razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação* ganha assento constitucional como direito fundamental no rol do art. 5º (inciso LXXVIII) da Constituição da República de 1998.

Ferramentas como informatização e processo eletrônico são empregadas com essa missão. Já a utilização de súmulas vinculantes com esse fito gera controvérsia, assim como reformas que suprimem garantias processuais recurais.

3.3.2 Acessibilidade

No que se refere à acessibilidade, a produção da justiça em escala, na identificação de um produto a ser “consumido em massa”, ou melhor, universalizado, não pode retirar do procedimento a acuidade quanto aos matizes dos casos *sub judice*. Sutilezas que fazem lembrar, tanto mais se esteja lidando com direitos fundamentais, da riqueza de detalhes fornecidos por uma multidão de jurisdicionados que – à parte a belicosidade de atuação na defesa de seus direitos – tem na decisão proferida a obtenção de resultados de incomensurável significado, porque cada sujeito é único. A simples atenção à realidade de se estar frente a pessoas – para além de fatos, normas, números, cifras, objetos – leva o *devido respeito legal* a considerar a dignidade humana.

No Estado (democrático) de direito, a acessibilidade não pode ser pensada sem sua universalização. Contudo, o tema do acesso à justiça desperta outras considerações, como expõem FERNANDES e PEDRON (2008), aludindo a vários autores. Eles apontam CAPPELLETTI como “precursor teórico dos estudos e pesquisas em torno do tema do

‘acesso à Justiça’” (2008: 103), quem, juntamente com Garth, denomina três “ondas” (fases) que

não obedecem a uma ordem cronológica rígida e correspondem a situações diferenciadas em cada país. [...] A primeira solução para o acesso [...] é o da assistência judiciária; a segunda diz respeito às reformas tendentes a propiciar representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; a terceira “onda” será [...] aquela mais recente, delineada simplesmente como “enfoque de acesso à Justiça”, justamente porque incluiu os posicionamentos anteriores e, indo muito além dos mesmos, representa uma tentativa de atacar barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (FERNANDES; PEDRON, 2008: 103)

Para viabilizar o acesso à justiça em cada país, devem ser criadas condições como a assistência jurídica provida pelo Estado aos que dela necessitem. A primeira “onda” pode ser visualizada na composição de estrutura e pessoal para prestação da referida assistência. É nítida a medida, mas sua implementação demanda recursos, fazendo aparecer o fator *custo* para o Estado, o que não deve conter a universalização dessa função essencial à justiça. Por outro lado, também deve existir amparo estatal para que o (elevado) custo do processo para o jurisdicionado não lhe limite o acesso à justiça.

Os desafios quanto à tutela judicial de direitos difusos, e até de direitos transindividuais como gênero, reforçam a cidadania e atuação do Estado – com destaque para o Ministério Público – na preservação ambiental e histórico-cultural e na promoção de direitos que transpõem a esfera individual. As chamadas *ações coletivas* no âmbito processual são uma resposta ao tradicional modelo individualista. Elas se mostram mais adequadas a lidarem com os direitos difusos, cuja característica da indeterminabilidade dos titulares, ao denunciar que são pessoas indeterminadas ou indetermináveis, impunha entraves ao tratamento judicial, pelo esvaziamento da titularidade, na lógica de que, sendo em potência até de todos, acaba não sendo de ninguém.

A terceira “onda” pode ser entendida como uma série de medidas a suplantar os obstáculos de acessibilidade. A solução por meio de conciliação, os Juizados Especiais, o *jus postulandi*, a justiça itinerante, o fornecimento de informação para conscientização jurídica, são iniciativas que contribuem com tal finalidade, embora mereçam comentários indicativos de pontos negativos. Já a prevenção de demandas – gerando redução quantitativa – pode gerar ganhos evidentes de eficiência, sendo que todos, Estado e sujeitos de direito, têm como agir nesse sentido.

3.3.3 Efetividade da atividade e do provimento judicial

FERNANDES e PEDRON, tratando de “obstáculos ao efetivo acesso à ordem jurídica justa”, citam MARINONI, para quem “um dos principais entraves para um efetivo acesso encontra-se no excessivo custo do processo. Esse entrave atingiria, principalmente, as camadas de baixa renda da população” (2008: 142). Na opinião do referido autor, “a morosidade processual, com certeza, estrangula os direitos fundamentais do cidadão, sendo, muitas vezes, essa morosidade opção do próprio *poder dominante*” (2008: 143). A denominada “ideologia da ordinariedade” é causadora da “lentidão da tutela jurisdicional” pela “universalização do procedimento ordinário” (2008: 143).

Para maximizar o acesso à justiça, é básico que a capacidade de resposta deva ser correspondente à demanda, ou exceder-lhe. Essa capacidade é um elemento para se alcançar a celeridade, mas é necessária ainda a efetividade do processo. O exercício da jurisdição com cumprimento das normas processuais precisa acontecer de forma efetiva, sob o manto do devido processo legal e de sua razoável duração, para que ele não seja reduzido a um mero percurso formal legitimador de seu resultado. O processo é um meio, e deve ser suficiente para alcançá-lo. Sua ineficácia solapa o acesso à justiça.

FERNANDES e PEDRON citam novamente MARINONI para sustentar que “as sentenças da classificação trinária são completamente inidôneas para a prevenção, uma vez que são impotentes para impedir a violação de um direito ou mesmo para impedir a reiteração ou a continuação de um ilícito” (2008: 147), lembrando ainda que “nem mesmo o uso da ação cautelar inominada como tentativa de supletivamente se determinar uma tutela adequada e diferenciada para determinados direitos não foi suficiente para dirimir os entraves [...]” (2008: 148). Outras barreiras estariam relacionadas ao

problema cultural do reconhecimento dos direitos e os meios oferecidos para a tutela dos mesmos, bem como: questões psicológicas, questões relativas aos litigantes eventuais e litigantes habituais e a necessidade de reestruturação das categorias do processo civil individual para a efetividade da tutela dos conflitos de massa [...] (2008: 149).

Além disso, é importante pensar que o acesso à justiça célere inclui dedução sobre a efetividade do processo pela óptica da efetividade do provimento judicial. Portanto, a decisão judicial também deve, efetivamente, ser cumprida ou executada com a celeridade garantidora da tutela de direitos fundamentais.

PARTE II – EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esta parte do trabalho possui o mote da efetivação dos direitos fundamentais como imperativo. A existência de um dever de concretizá-los traduz a exigibilidade que possuem, estando conectada ainda à declaração e positivação deles.

Ao ser acentuada a proeminente tarefa estatal de garantia dos direitos fundamentais, dois vieses surgem. Primeiramente, o do reforço da atuação do Estado, sem descarte de sua abstenção geradora de liberdade. Produção legislativa, alocação de recursos e implementação de políticas públicas são realizadas com o intuito de tornarem efetivos os direitos fundamentais. O próprio Estado efetiva-se como Estado de Direito ao promovê-los. Destacam-se as funções de governo, a esfera política, e, portanto, os poderes Legislativo e Executivo.

Na outra senda, encontra-se a atuação do Poder Judiciário. Aplicar os direitos fundamentais é outra forma de lhes dar efetividade. Desse modo, a garantia de apreciação de lesão ou ameaça a direito, que corresponde à inafastabilidade da jurisdição, inclui mecanismo apto a assegurar efetivação de direitos fundamentais. Ilações sobre a importante tarefa do Judiciário na concreção deles e sobre procedimentos adotados revelam a necessidade de parâmetros para a atuação do Poder Judiciário nessa matéria.

1 DO ESTABELECIMENTO À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais vinculam-se à positivação, podendo ser exigidos e devendo ser efetivados no seio do Estado que os inscreve em seu corpo de normas fundantes. Possuem conteúdo inspirado nos direitos humanos cujas declarações marcam o compromisso de observância por diversos povos.

A dialética entre declaração, positivação e efetivação de direitos fundamentais é descrita por SALGADO (2006: 2) como momentos, respectivamente, de saber, querer e fruir. A efetivação de direitos fundamentais – momento universal concreto – é a superação dialética

do momento de declaração ou saber da juridicidade – universal abstrato – e de positivação na Constituição – particular.

Em suas palavras, a

ideia de justiça nesse momento realiza esses três valores, a igualdade, a liberdade e o trabalho, na forma dos direitos fundamentais: como consciência (saber) da juridicidade desses valores (universal abstrato); como declaração (querer) desses valores como direitos, por ato de posição empírica (particular) na constituição; como efetivação desse direito na forma de fruição pelo sujeito de direito (universal concreto). (SALGADO, 2006: 2)

Ao invés desse Capítulo 2, que começa pela *declaração e positivação* de direitos fundamentais, terminar no amplo debate sobre a *efetivação* – como sugere a descrição realizada por SALGADO – ele acaba na consideração dos direitos fundamentais como *ideia*, reavivando a discussão sobre o ponto de chegada do constitucionalismo, com o propósito de denunciar a falta de efetividade desses direitos. Assim, não se perde de vista o tema da efetivação de direitos fundamentais, que será problematizado, e explorado em toda a Parte III seguinte, especialmente delimitado àquela proveniente da atuação do Poder Judiciário.

1.1 Declaração e dimensões de direitos fundamentais

A declaração de direitos compõe o primeiro momento, seguido da positivação de direitos nas ordens constitucionais rumo à efetivação. Esses direitos, que têm primeiramente a qualificação de *humanos*, passam a ser chamados de *fundamentais* ao assumirem contornos particulares nas ordens jurídicas dos Estados. Conforme esclarece HÖFFE (2006: 417),

[p]ara destacar o novo, o positivo significado jurídico dos direitos humanos, também se fala de *direitos fundamentais*. Segundo esta convicção terminológica, os direitos fundamentais designam, bem como os direitos humanos, pretensões jurídicas válidas pré e suprapositivamente. Apenas falta ao “puros direitos humanos” aquela força jurídica positiva que possuem como direitos fundamentais. Enquanto os direitos humanos e os direitos fundamentais são iguais, sob o ponto de vista de conteúdo, seu modo de existência é diferente. Os direitos humanos são padrões morais, aos quais uma ordem jurídica se deveria submeter. Os direitos fundamentais ao contrário são os direitos humanos, na medida em que efetivamente são reconhecidos por uma ordem jurídica dada. Lá se trata de postulados ético-políticos, os quais, do ponto de vista do tempo e do espaço, são universais. Aqui se trata de normas jurídicas que, limitadas à respectiva coletividade, têm vigência positiva.

Deve-se acentuar que, sob o aspecto material, esses direitos podem ser tidos como sinônimos, uma vez que possuem núcleo comum centrado na dignidade humana. Como

esclarece BONAVIDES (2009: 562), “a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana”.

Por isso, a particularidade assumida na positivação desses direitos não compromete a universalidade deles, que “se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789” (BONAVIDES, 2009: 562).

BONAVIDES aduz que o lema da Revolução “expressou em três princípios cardiais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade” (BONAVIDES, 2009: 562). Tomar os direitos fundamentais como associados a esses valores, para além de pensá-los em termos de generatividade ou de dimensão de agrupamento ou de discussão, é realçar a conexão que possuem com a ideia de justiça.

O agrupamento dos direitos fundamentais em dimensões – que variam em quantidade, podendo chegar até cinco como em BONAVIDES (2009) – não deixa de ser interessante para que se explore o conteúdo desses direitos, embora sempre em torno do mesmo núcleo da dignidade da pessoa humana. Esse conteúdo, ampliado progressivamente para contemplar mais direitos específicos, é o que se pretende ver efetivo em uma ordem justa contemporânea.

Conforme ensinamento de SALGADO (2006: 2), a ideia de justiça no mundo contemporâneo “realiza os três valores *igualdade, liberdade e trabalho*”. O lema da Revolução Francesa seria simétrico a essa tríade de valores, se não fosse por faltar à fraternidade o forte apelo prático ou concreta regulamentação que o trabalho possui.

Embora não seja difícil encontrar manifestações de fraternidade, consolidá-la em direitos e torná-la exigível é um grande desafio. Poderia ser buscada uma relação da *fraternidade*, que remonta ao vínculo natural e à interação humana e com o ambiente, com o valor *trabalho*, uma vez que esse valor dialoga com o reconhecimento, termo indispensável para tratar de pluralismo, inclusão e solidariedade. O reconhecimento pelo trabalho é derivado da dialética que a relação de trabalho gera (atividade, interação), e do produto do trabalho, obra que é do produtor e manifestação cultural (SALGADO, 1996). Vale lembrar que o trabalho quer significar ainda resultado da interação com a natureza e modificação, sublinhando ou impingindo a discussão – assim como a fraternidade – sobre preservação

ambiental, desenvolvimento sustentável. O trabalho e a fraternidade ligam-se à liberdade e à igualdade, enquanto valores que não prescindem dos demais. Não por acaso, a Constituição da República de 1988 traz o valor social do trabalho como princípio fundamental no art. 1º, inciso IV, ao lado do valor social da livre iniciativa.

Declarações importantes vêm confirmar e renovar esse compromisso com o projeto iniciado no século XVIII, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada em 1992 pela República Federativa do Brasil. HÖFFE (2006: 418), reforça que

[a] história dos direitos humanos não começa nem com declaração de direitos fundamentais nem se encerra com ela. Na ideia de uma “breve história dos direitos humanos” se expressa uma tendência da modernidade a exagerar em sua importância. [...] Apoiando-nos num célebre pensamento de Hegel (*A razão na história*, 62 ss.), poderíamos ler a história universal como um progressivo – mas lento – reconhecimento dos direitos humanos. (HÖFFE, 2006: 418)

1.2 Positivação de direitos fundamentais

A positivação de direitos está, evidentemente, ligada ao plano da elaboração normativa. Na norma jurídica “está a universalidade posta da razão, que é um nós e um eu (Hegel), e nela o direito se expressa no seu conceito, refletidamente, por meio da unidade da *ratio* e da *volutas*, do saber do valor, do justo, e do querer a sua realização” (SALGADO, 2006: 114-115).

Em relação ao Estado de Direito e sua finalidade de efetivação de direitos fundamentais, SALGADO (1996: 14-15) afirma que ele é

definido como o Estado cuja finalidade ou *ratio essendi* é a realização e garantia de direitos subjetivos considerados fundamentais, portanto, que se conferem a todos como pessoas. Esses direitos, [...] têm como conteúdo os valores também considerados essenciais que se criaram e se desenvolveram na cultura ocidental.

É interessante que a universalidade da norma jurídica, em termos de generalidade, ganha especial significação, quando conectada aos direitos humanos, passando a revelar que, embora a positivação institua normas na ordem interna, esse ordenamento pode estar próximo a outro que também preze os direitos humanos. Esses direitos são elaborados ou ratificados

pelas ordens jurídicas internas, mas não deixam de se destinar, em grande medida, ao gênero humano, enquanto valores revelados na cultura ocidental.

A positivação de direitos fundamentais permite, conforme SALGADO (2006: 256) ressalta, declará-los como

elemento nuclear das constituições dos Estados Democráticos de Direito e o Estado, na forma procedimental da vontade que dá origem à legitimidade do seu poder, a forma democrática, passa a constituir o instrumento capaz de declará-las e garantir, por intermédio dos mesmos titulares desses direitos, a sua fruição e seu exercício.

Para que o Estado realize a efetivação de direitos fundamentais, ele deve assumir a forma de Estado de Direito, da qual a limitação de seu poder representa outro pilar. HÖFFE (2006: 422) adverte que

[e]m lugar da “gramática política” de um poder absoluto, segundo o qual aquele que possui suficiente poder de proteger a todos também possui suficiente poder de oprimir a todos, toma lugar, como nova gramática, um sistema de “*checks and balances*”. Os direitos humanos só alcançam a plena realidade jurídica quando o monopólio de poder está com a coletividade, e quando ninguém, nenhuma instância, nenhum órgão estatal possui poder ilimitado, mas o poder estatal tem uma múltipla articulação e se une numa rede de poderes públicos que se controlam reciprocamente.

1.3 Ideia de direitos fundamentais

Sobre o Estado de Direito “edificado pelo pensamento moderno, GOYARD-FABRE (2002: 497) esclarece que “a *Constituição republicana* não tem apenas a fenomenalidade do texto fundamental e primeiro do aparelho jurídico e dos poderes públicos”. Segundo o autor, ela está ligada à racionalidade, tendo em vista que o direito “do Estado moderno edificou-se sobre bases racionais que faziam contrapeso à espontaneidade” (2002: 497).

Para tratar do “movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno”, é preciso entender esse *constitucionalismo* como a “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade” (CANOTILHO, 2000: 51).

Uma outra acepção do *constitucionalismo moderno* é, segundo CANOTILHO (2000: 52), a histórico-descritiva, que quer

designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico

os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.

Como a Constituição tem seu conteúdo normativo desenvolvido para se adaptar, e continuar a regular a sociedade e o Estado sob esse manto principiológico, isso permite compreender o constitucionalismo não somente como o momento de criação da Constituição, mas de todo o contínuo processo que envolve o seu desenvolvimento. Assim, pode-se entender o sentido do contínuo *movimento do constitucionalismo* como “desenvolvimento da ideia constitucional” (CANOTILHO, 2000: 55) e do próprio direito. Assim, pode-se considerar o próprio constitucionalismo, em síntese, como *ideia*.

A ideia, segundo SALGADO (1996: 241), “é em Hegel [...] a unidade do conhecer e do agir, da vontade e da razão, ou seja, *vontade racional (vernünftiger Wille)*”. SALGADO (1996: 223) esclarece ainda que

[o] universal da Ideia é o pensar da totalidade do processo de aparição do real, como revelação interior desse processo no plano do pensamento, ou como revelação da inteligibilidade imanente à efetividade, no plano do pensar. O universal especulativo da ideia, enquanto é a unidade do particular e do universal, não é o universal abstrato e o extrínseco das ciências do entendimento, mas o infinito, o *universal concreto*.

Discutir a efetividade dos direitos fundamentais na contemporaneidade, sem desconsiderar a processualidade histórica deles e a conexão que possuem com a justiça, é o que se propõe ao considerá-los como *ideia*. Sustenta-se que o *constitucionalismo* dá base para as reflexões sobre os direitos fundamentais, uma vez que permite tratar da *universalidade concreta* deles.

SALGADO (2006: 270), ao tratar da justiça no mundo contemporâneo, sustenta que o “direito é [...], na medida em que todos os valores éticos convergem na sua universalidade, material e formal, e na medida em que é o resultado dialético dos momentos éticos (portanto, como um processo, não como um procedimento), o *maximum ético*”. Segundo o autor,

[a] ideia de justiça no que realiza esse *maximum ético* no mundo contemporâneo, entendida como inteligibilidade ou racionalidade imanente do direito positivo no processo histórico da sua formação, tem, portanto, como momento de chegada, a *efetividade* dos direitos fundamentais declarados e reconhecidos nas ordens jurídicas contemporâneas. (SALGADO, 2006: 270)

Ao serem trazidos o constitucionalismo e o tratamento *ideológico* que se lhe dá, críticas podem surgir quanto a um “aprisionamento” que os direitos humanos e, sobretudo, os direitos fundamentais causam, enquanto construção ocidental. Do aspecto ideológico do constitucionalismo pode originar, então, uma repulsa a tudo que não esteja em sua esteira. Isso não o deixa imune a críticas.

Contra essas críticas, adianta-se o forte argumento de que o constitucionalismo, assim como o direito, contribui para o desenvolvimento histórico com fundamento na liberdade, e para revelá-la. Estar contra o constitucionalismo é se distanciar do próprio direito, e, com SALGADO (2006), do *maximum* ético.

Ademais, lembrar WEBER “engaiolado” por barras da liberdade ou da racionalidade deve conduzir ao postulado do máximo ou do melhor desenvolvimento, senão, não faria sentido insistir tanto nele, como se faz há muito com a ideia de direitos fundamentais. Inspiram-se esses argumentos nas obras de SALGADO e HEGEL, ilustrada na passagem hegeliana:

Não se pense, porém, que a história universal é o simples juízo da força, quer dizer, da necessidade abstrata e irracional de um destino cego; antes, sendo em si e para si razão, e como seu ser para si é no espírito um saber, a história é, de acordo com o conceito de sua liberdade, o desenvolvimento necessário dos momentos da razão, da consciência de si e da liberdade do espírito, a interpretação e realização do espírito universal. (HEGEL, 1997: 307)

O constitucionalismo e os direitos fundamentais, quando nesse trabalho associados ao aspecto ideológico, devem ser tomados pela perspectiva da *ideia*, e não pela carga pejorativa que *ideologia* comporta. Segundo SALGADO (2006), os direitos fundamentais sustentam a ideia de justiça no mundo contemporâneo.

Afirma-se que direitos fundamentais, vistos em seus valores e atuando como vetores do constitucionalismo, dão direção ao movimento do próprio direito.

2 O DEVER DE EFETIVAR DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado possui em sua base a Constituição, permeada de direitos a serem por ele assegurados. A finalidade do Estado de ordenar as relações sociais visando ao bem comum (SILVA, 2003: 97) contém o dever de implementar direitos fundamentais.

A própria atuação (e omissão) dentro da lei começa por garantir esses direitos. A postura *positiva* do Estado e a sua ausência, dita *negativa* pela falta ou negação de atuação, em todos os casos dentro dos limites legais, é garantia de direitos (fundamentais) porque a limitação significa conformidade com o direito, o que tanto traduz *segurança* quanto acentua espaço de *liberdade*. Ademais, é pressuposta atuação do Estado para tornar concretos os direitos fundamentais, principalmente aqueles que são concretizados pelo fornecimento estatal por meio de políticas públicas, como os direitos sociais, ou aqueles que flertam com encargos de fiscalização e conscientização, a exemplo dos direitos transindividuais.

Contudo, frente à constatação de inefetividade de direitos fundamentais, o próprio Estado é chamado a combatê-la, tanto com novas propostas legislativas e executivas, quanto convocado a trazer demandas para serem resolvidas pelo Poder Judiciário. À apreciação judiciária dessa matéria, exigindo a sua efetividade, corresponde a *judicialização de direitos fundamentais*.

Na esteira do Estado democrático de direito, o dever de efetivação de direitos fundamentais é também do cidadão, chamado a participar dos processos decisórios e a construir, em conjunto com outros e com o Estado, a ordem social e a realizar o bem comum. Dizer-se que o Estado não é mais a única referência nessa tarefa, contudo, não retira do plano estatal a importância para que seja alcançada.

É importante perceber que a pulverização dos centros de efetivação, que dialogam inclusive com o plano internacional, entretanto, não deixa de ser acompanhada de um reforço da esfera pública e da atuação estatal. O Estado perde o monopólio da efetivação, mas não deixa de ser fundamental para a conformação desse novo arranjo, ainda que se esteja diante de uma configuração supraestatal tal como a da União Europeia. BAUMAN (2001: 212) afirma que

[o] romance secular da nação com o Estado está chegando ao fim; não exatamente um divórcio, mas um arranjo de “viver juntos” está substituindo a consagrada união conjugal fundada na lealdade incondicional. Os parceiros estão agora livres para procurar e entrar em outras alianças; sua parceria não é mais o padrão obrigatório de uma conduta própria e aceitável.

2.1 Momentos do Estado de Direito

A estruturação do Estado pelo direito e a elaboração normativa pelo Estado conduzem a uma circularidade com ponto de partida no poder constituinte originário, de

titularidade popular, cuja manifestação põe a determinada sociedade uma Constituição, lançando as bases do ordenamento jurídico e fundando o Estado a partir dela.

Embora reste falar, na linha da democracia (contemporânea), da limitação do poder e do equilíbrio dos poderes estatais para permitir o contínuo acesso dos cidadãos ao poder, aos processos decisórios e à participação geral na construção coletiva – e em conjunto com o Estado – da ordem social, o equilíbrio dos poderes vem favorecendo a concretização do valor *liberdade* desde os primórdios do Estado de Direito, dialogando com a limitação do poder. “O *equilíbrio constitucional dos poderes* não é apresentado por Montesquieu como o princípio decisivo da democracia, mas como a condição *sine qua non* de uma política de liberdade.” (GOYARD-FABRE, 2003: 138)

Não por coincidência, o Estado de Direito, em seu momento inicial, toma a forma do Estado Liberal, devendo se abster de atuar para privilegiar a liberdade do cidadão, reduzido-se, por isso, a um Estado mínimo. Na lógica do mercado liberal, leis da oferta e da procura devem bastar à regulação dos preços, e o liberalismo (*laissez-faire*) reforça a autonomia e iniciativa privada. Dois problemas resultaram na preponderância da autonomia privada: concentração da produção e comércio com a formação de monopólios, e a exploração do homem pelo homem. Se a autonomia da vontade enseja a contratação com prodigalidade das horas de trabalho diárias, se é possível empresas associarem-se ou fundirem-se e estipularem preços elevados para os produtos, cuja produção e comércio concentram, mazelas do capitalismo como a exploração do trabalhador e a desigualdade na distribuição de renda, de fato, exacerbam-se, e o Estado Liberal fraqueja. A liberdade não basta, se a igualdade estiver circunscrita ao âmbito formal.

Um novo momento do Estado de Direito o sucede, o Estado Social. Também conhecido por Estado do bem-estar social, apoia-se sobre os pilares da intervenção do Estado no domínio econômico e social e na busca por igualdade material. Da postura negativa, ou de ausência de ação estatal para privilegiar a liberdade, passou-se à positiva, frente à forte atuação atribuída ao Estado para lograr o bem comum, com o condão de suprir as deficiências do modelo anterior.

Entretanto, novos problemas – aliados à inclusão de novas demandas na ordem do dia, sobretudo discussões ambientais, de desenvolvimento sustentável, histórico-culturais, de respeito a diferenças, de inclusão social, de bioética, de comunicação, de paz – contribuíram para o Estado Social ruir. Percebeu-se uma sufocação (da iniciativa e acomodação) do

cidadão pelo Estado-providência, principalmente em países de maior efetividade do Estado Social.

Outro demérito foi a postergação da implementação de políticas sociais para um inalcançável futuro. Como consequência disso, direitos foram relegados à baixa densidade de normas meramente programáticas.

O Estado democrático de Direito é um modelo refinado, apto a contemplar as discussões anteriores e dar azo a novas respostas, inclusive reconstruindo o modelo do Estado de Direito pelo amálgama de liberdade, igualdade e solidariedade, essa reconhecendo a importância de cada cidadão, o que dialoga tanto com respeito e inclusão quanto com responsabilidade e participação para almejar o bem comum e para as conquistas individuais.

É um modelo elástico, que comporta complexas discussões de fronteira no plano do Estado acerca da aglutinação de Estados e soberania, como na União Europeia, passando por regulamentação e fiscalização da manipulação genética, e até pela renúncia de direitos no plano individual (STANCIOLI, 2010). É um modelo que se reinventa, mas conservando sua natureza, mesmo que tenha havido certa restrição de *liberdade* em favor de *segurança*, notadamente após o atentado às Torres Gêmeas de 11 de setembro de 2001, com adoção de uma série de medidas de segurança que redobram a fiscalização pelo Estado. Nessa linha, encontra-se a restrição ao uso de aparelhos celulares em estabelecimentos bancários. O problema de medidas como essas é o de universalizar *restrições à liberdade*, ao invés da prevenção e da repressão para combater condutas antijurídicas e a insegurança. Em outras palavras, é arriscado universalizar a segurança suprimindo a liberdade.

O advento de um novo momento do Estado está sempre associado a uma mudança profunda nas bases jurídico-político-sociais, situando uma visão diferente a partir dessa nova perspectiva jurídico-paradigmática, como lembra CATTONI (2004: 198). Uma releitura de direitos e deveres, de problemas e respostas é operada. Isso não quer dizer que tenham sido extintas as demandas de outros tempos, pelo contrário, persistem e acabam por ganhar novos contornos; tampouco significa que novas demandas sejam apenas somadas. Os acréscimos integram o paradigma jurídico, podendo ainda culminar na mudança de suas próprias bases, e na releitura de todo o modelo.

Tanto a eficácia quanto a exigibilidade dos direitos fundamentais já foram relidas, adaptadas segundo os modelos de Estado de Direito que se seguiram, reconhecendo imperatividade aos direitos fundamentais de dimensões progressivamente ampliadas.

2.2 Exigibilidade dos direitos fundamentais e publicização do direito

O dever de efetivar e cumprir direitos fundamentais implica exigibilidade pelos seus titulares, pelos cidadãos. Essa imperatividade decorre da positivação de direitos fundamentais que, como normas jurídicas, guiam a atuação do Estado, a implementação de políticas públicas e, em caso de inobservância pelo Estado e por particulares sujeitos à eficácia horizontal, embasam *causa de pedir* de ações judiciais para alcançarem concreção.

A Constituição da República de 1988 arrola princípios fundamentais em íntima conexão com direitos fundamentais, marcadamente nos arts. 1º e 3º. Em seguida, dispõe sobre os direitos fundamentais do art. 5º ao art. 17, inclusive prevendo que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º). As denominadas *cláusulas pétreas* do art. 60, § 4º, proíbem a deliberação sobre projetos de emendas constitucionais tendentes a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico (inciso II), e os direitos e garantias individuais (inciso IV). O “Título VIII” versa sobre a ordem social, com disposições sobre saúde, previdência e assistência social; educação, cultura e desporto; ciência e tecnologia; comunicação social; meio ambiente; família, criança, adolescente, jovem e idoso; e índios.

A exigibilidade vem da positivação desses direitos como normas explícitas ou implícitas. Ainda que se considere sua natureza principiológica, são dotados de vigor, dada a normatividade dos princípios. Tal força normativa constitui fundamento para atuação do Poder Judiciário, como será melhor desenvolvido no item 1.2.3.2 da Parte III.

Dizer que os direitos fundamentais são exigíveis é, afastando-lhes do plano de meras promessas, realçar a *coerção* como condição de efetividade desses direitos. Na lição de SALGADO (2006: 79),

[a] coerção não é [...] categoria de essência do direito, mas condição de sua eficácia, portanto de existência do direito. Contudo, não se pode separar a realidade, a essência, da existência. A realidade jurídica é a totalidade que se consuma na efetividade, que é a essência existente, que se dá na singularidade do ser do direito. [...] O conceito do direito envolve, pois, tanto as categorias de essência como as condições de existência. A coerção ingressa nesse conceito como momento necessário para a efetividade do direito. (SALGADO, 2006: 79)

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, segundo o art. 5º, § 1º da CR/88. Em que pese tal dispositivo figurar no seio do art.

5º, ele é claro ao afirmar a aplicabilidade imediata de direitos fundamentais, como gênero, não repetindo o constituinte a expressão “direitos [e deveres] individuais e coletivos” que empregara na epígrafe do Capítulo I que contém o art. 5º. Pelo menos os direitos fundamentais que tenham forte conexão com o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, presentes no *caput* do art. 5º, não deixariam espaço para dúvidas quanto à aplicabilidade imediata.

Ademais, normas que estabelecem direitos sociais e coletivos em sentido amplo – estes também chamados direitos *trans* ou *metaindividuais* pelos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos que protegem – possuem um mínimo de eficácia (imediata), mesmo que estejam pendentes a implementação de políticas ou as discussões sobre baixa densidade normativa e aplicabilidade das normas constitucionais de eficácia limitada ou complementável.

A exigibilidade de direitos fundamentais contribui para o fenômeno da *publicização* do direito, associado à supremacia da Constituição e à importância que suas normas adquirem ao orientarem a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais não apenas contribuem para a fundação das bases do Estado, mas também regem as relações sociais. A amplitude do conteúdo deles, nesse sentido, cresce ao ponto de se poder falar que todo o direito sofre esse influxo publicista. Segundo BONAVIDES (2009: 602-603), esse conteúdo, por seu aspecto jurídico-objetivo, provoca

a chamada “hipertrofia dos direitos fundamentais” (Bettermann). Mas configura, ao mesmo passo, numa variação incontrastavelmente qualitativa, o rompimento e a mudança da relação direta, exclusiva e unidimensional do cidadão com o Estado e vice-versa. [...] A hegemonia traslada-se, então, para a Sociedade, com as novas gerações de direitos fundamentais incorporadas ao constitucionalismo contemporâneo, transformando a Constituição em ordenamento jurídico fundamental da Sociedade, e não apenas do Estado.

Visões publicistas dos diversos ramos do direito, bem como o atendimento a interesse público, função social e direitos fundamentais têm estado na vanguarda jurídica. A publicização do direito reforça o vigor do direito público, e submete o direito privado à interpretação pelo prisma publicista. Em verdade, a própria distinção público/privado já não merece tanta atenção, na medida em que esses campos se apresentam interconectados, e o âmbito público se consagra como espaço de debate e de construção democráticos. Conforme BONAVIDES (2009: 603),

[c]om efeito, os direitos fundamentais, ao extrapolarem aquela relação cidadão-Estado, adquirem, segundo Böckenförde, uma dimensão até então ignorada – a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo

indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula.

A esse fenômeno da publicização do direito, na medida em que se considere o “relacionamento necessário entre constituição e democracia” (VIANA, 2010: 59), pode ser a viragem que o autor denomina como *pública*. Ele explica que essa “viragem *pública*”

aproximou democracia e constituição na medida em que afastou do aparelho estatal o monopólio da gestão da dimensão pública, inscrevendo-o também no seio da sociedade civil. O adjetivo não faz referência, portanto, ao sentido corrente de *publicidade*, de *visibilidade*, mas ao de *coisa comum*, à esfera de sentido, de relações, ações e decisões na qual a política encontra seu *habitat* natural. O reconhecimento constitucional dessa nova esfera pública teve como resultado a difusão das oportunidades de gestão *pública* das questões de interesse político, permitindo a abertura de vias alternativas de debates, influências e participação formal no processo decisional. Em especial, as instâncias representativas estatais foram obrigadas a sair de seu isolacionismo e a conviver com arenas e institutos participativos. (VIANA, 2010: 59)

Essa nova configuração da esfera pública deve ser compreendida como fruto da superação de sua significação no momento do Estado Social. Em resumo, a ampliação do Estado para prover direitos fundamentais produz o risco de acomodação no âmbito particular, enquanto o Poder Público sobressai. A redução do intervencionismo estatal que se segue, não implica retorno direto ao Estado Liberal, mas divisão de tarefas com o cidadão. No Estado democrático, é preciso cuidado redobrado para se avertar sobreposição da esfera pública, de modo que a esfera privada também seja evidenciada. Entretanto, não se deve enaltecer a esfera privada como no liberalismo, nem desconsiderá-la como o efeito de um emprego irrefletido da *publicização* do direito ou da referida “viragem *pública*”.

Ressaltar a esfera pública significa, nesse momento, destacar o espaço de debate, de construção democrática, de discussão sobre a criação de direitos da qual a própria sociedade participa.

A exigibilidade assinala que, em paralelo com direitos fundamentais, correm *deveres fundamentais*, ônus do Estado e da sociedade. Pode-se e deve-se, então, exigir do Estado a efetivação desses direitos, até mesmo recorrendo-se ao Poder Judiciário para garanti-la, bem como cobrar da sociedade, que também possui esse dever de efetivação. É possível, então, pensar que, na recusa do cumprimento desse dever por um ator social, inclusive um cidadão em uma relação particular com outro, os direitos fundamentais sejam exigidos, trazendo-se a demanda à esfera pública para que o Poder Judiciário possa tutelá-los.

2.3 Eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais

A relação do poder estatal com os cidadãos é dotada de verticalidade, tendo em vista a pujança do poder instituído frente à sociedade que ele regula. Essa superioridade é mais sentida na dinâmica do poder, no funcionamento dos órgãos e instituições do Estado, uma vez que o monopólio do poder que ele detém permite intervenções nos domínios social, econômico, ambiental, ao lado de fiscalizações, restrições e privações direcionadas às esferas coletivas e individuais, incluídas pessoas jurídicas e físicas.

Se vista pelo prisma da estática da fundação, essa polaridade seria invertida, sob o argumento da soberania popular (para, literalmente, criar um Estado de Direito), ou do eterno controle social em potência de refundação do Estado, já que o poder constituinte originário não se esgota.

Vale considerar que, no atual desenvolvimento político, é saliente a parceria que Estado (democrático de Direito) e sociedade possuem para consecução do bem comum, com exigência de postura ativa e imposição de deveres a ambos. Esse fato iguala os pólos, trazidos para o mesmo plano de responsabilização pela construção do presente e do futuro. Uma perspectiva, cujas arestas sejam essa atuação conjunta, somada à constante reconstrução do Estado e à co-originalidade das autonomias público e privada (HABERMAS, 2005), faz com que a polarização até tenha sentido, desde que para especificações de funções, ou para o entendimento. Assim, público e privado, Estado e cidadão são dicotomias relativizadas.

Acrescentam-se ainda, para fragilizar a vertical relação entre Estado e cidadão, os questionamentos quanto à soberania estatal e à remodelação da configuração do poder. As ideias trazidas por teóricos que defendem a *supranacionalidade*, a *relativização do conceito de soberania*, e o *transconstitucionalismo* (NEVES, 2009) acarretam reflexão quanto à supremacia do poder estatal. Nesse sentido, outro fato digno de nota é a crescente importância das cidades e das grandes empresas/corporações. Essas empresas, que acabam por apresentar feições multinacionais, concentram riqueza, possuem inúmeros empregados, acabando por desempenhar um forte papel na economia dos países. Já as cidades de grande porte e megalópoles reforçam a presença do Estado, na medida em que o poder descentralizado na localidade ou na regionalidade expande-se para liderar áreas para além de seus limites geográficos, ou a cidade passa a negociar com o Estado e atuar no cenário internacional. Assim, a parte passa a fazer frente ao todo (unidade do Estado) no plano interno e internacional. A atração de investimentos para um Estado pode significar atenção para uma

grande cidade só ou megalópole. A mudança do diálogo Estado-Estado para região-região ou cidade-cidade traz à tona uma reconfiguração que pode ser associada à distante *polis* grega, cuja tradução como cidade-Estado parece agora de fácil entendimento.

Em que pesem essas observações, a expressão *eficácia vertical* dos direitos fundamentais enfatiza a possibilidade de produção de efeitos na relação entre Estado e sociedade ou Estado e cidadão, e possui dois sentidos. No primeiro, de baixo para cima, a eficácia dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo individuais, coletivos e até difusos de fiscalização pelos cidadãos, visa a assegurar a atuação estatal nos limites da lei, protegendo o cidadão, inclusive contra ilegalidade ou abuso de poder. No sentido de cima para baixo, ou seja, do Estado para a sociedade, a eficácia vertical resulta em um direcionamento do desenvolvimento do país pela atuação do Estado e um recebimento de prestações estatais pela sociedade, haja vista o empenho na promoção social, cultural, ambiental, política, democrática.

A *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais significa a possibilidade de produzirem efeitos na relação entre particulares. Na elucidação de CANOTILHO (2000: 1243),

[e]sta questão era conhecida, inicialmente, como questão da **eficácia externa** ou **eficácia em relação a terceiros** dos direitos, liberdades e garantias (*Drittwirkung*). Hoje prefere-se a fórmula “efeitos horizontais” (*Horizontalwirkung*) ou a expressão “*eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada*” (*Geltung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung*).

O plano horizontal é marcado pelas relações que ocorrem no seio da sociedade, presente o Estado apenas indiretamente para regulamentá-las. A espontaneidade da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas assinala a observância desses direitos pela sociedade. Contudo, para dirimir dúvidas e garantir o cumprimento deles, o Estado pode ser chamado a agir de forma mais contundente, aplicando direitos fundamentais nas relações privadas. Conclui FERNANDES que

a vinculação de particulares aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente vem sendo reconhecida. Porém, ainda não há na jurisprudência do STF uma teorização (fundamentação teórica) sobre os limites e alcances dessa aplicação, ou seja, sobre o campo de incidência dos direitos fundamentais de forma direta (imediate) ou indireta (mediata) nas relações privadas. (FERNANDES, 2011: 264)

A observância social pode ser reforçada e pode buscar referência na atividade estatal de aplicação do direito. Entretanto, o ponto principal é definir se e em que âmbito os

direitos fundamentais possuem eficácia horizontal. Para facilitar a delimitação, é preciso divisar o dever de cumprimento de direitos fundamentais pelos terceiros em geral, e o dever pelos particulares que agem exercendo atividades tipicamente do Estado. Nesse caso, haveria extensão dos efeitos próprios da relação vertical, submetendo os particulares que assim atuam – incluídas as entidades paraestatais que integram o chamado *terceiro setor* – a cumpri-los perante terceiros. Naquele outro, a afirmação de eficácia horizontal encontra divergência tanto na existência da eficácia quanto na aplicabilidade nas modalidades imediata ou mediata.

A existência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais perante os particulares em geral é questionada, principalmente, pela sustentação de ser indevida a horizontalização de efeitos dos direitos fundamentais, historicamente atribuídos aos cidadãos na relação vertical com o Estado. A transposição não caberia, então, às relações de mesmo nível, entre particulares. Tal posicionamento é refutado por afirmações no sentido da promoção de reconhecimento que a eficácia horizontal de direitos fundamentais gera, e da reafirmação da dignidade da pessoa humana.

Cumprir lembrar que determinadas relações entre particulares são dotadas de uma *verticalização imprópria*, que se conecta à anteriormente discutida importância das grandes empresas que fragilizam a onipotência estatal, mas tem base na hipossuficiência oriunda das relações de consumo ou na subordinação proveniente das relações trabalhistas. É nítida a aplicação de direitos fundamentais nessas situações. De forma exemplificativa, atender às exigências de fornecimento de informação ao consumidor coaduna-se com o direito fundamental de acesso à informação. A própria defesa do consumidor no ordenamento jurídico pátrio, com previsão expoente pela Lei nº 8.078/90, figura como direito fundamental individual e coletivo disposto no inciso XXXII do art. 5º da CR/88. Quanto às relações de trabalho, a obrigatoriedade da observância dos direitos trabalhistas, rotulados como direitos sociais e coletivos, alcança, não somente empresas particulares, mas o cidadão-empregador. Em recente decisão nessa linha, a Emenda Constitucional nº 72 ampliou os direitos do trabalhador doméstico, impondo cumprimento ao cidadão do pólo empregador.

Nesse contexto de um Estado democrático de Direito, de importância da esfera pública e dos debates nela ocorridos, de foco no coletivo e sua refração espectral para alcançar o matiz do pluralismo, de preocupação com a efetivação de direitos fundamentais, é retomada a atuação do Poder Judiciário para problematizar os propósitos e a forma que legitime a aplicação desses direitos.

3 PROBLEMATIZAÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quais os direitos efetivar? Como efetivá-los? No Estado democrático de Direito, encontram-se fortes demandas por efetivação de direitos fundamentais, e discussão sobre parâmetros de aplicação do direito.

A discussão de parâmetros da aplicação de direito fundamentais permite questionar seu *procedimento* e sua *legitimidade*. Parâmetros são necessários para que a tutela judicial desses direitos ocorra por meio de procedimento idôneo, e seja legitimada. A Parte III do presente trabalho enfrenta a questão da *legitimidade*, abordando ainda as *implicações* de um *procedimento* com parâmetros flexíveis e do conteúdo por ele fixado. Desse modo, o procedimento estará junto da legitimidade para compor a denominada *atuação judiciária consistente*.

A problematização da atuação judicial na efetivação de direitos fundamentais toca na legitimação dessa aplicação, abrindo discussão sobre a abertura normativa do conteúdo desses direitos, e retomando os problemas gerais do exercício dessa atividade já desenvolvidos na Parte I, porém agora com esse recorte específico. A Parte III, núcleo desta tese, sustenta uma contribuição para enfrentar essas questões. A afirmação da insuficiência da contribuição do proceduralismo antecipa a hipótese de que a resposta para compreensão dessa legitimidade requer a consideração da flexibilidade dos parâmetros dessa atividade, que são reconstruídos ao mesmo tempo em que esses direitos são efetivados.

Por ora, cumpre problematizar a efetivação desses direitos, tarefa que não é ônus apenas do Poder Judiciário, mas que gera, com a atuação desse Poder, mais do que segurança jurídica. Gera renovação da esperança de desenvolvimento promovido pelo Estado.

Merece críticas essa crença advinda de vestígios do Estado Social, ou de uma sociedade marcadamente patriarcal (HOLANDA, 2010: 85), que passa a ver no Estado a figura do provedor (MAUS, 2010).

Primeiro, é preciso ter ciência da função do Estado de efetivar direitos fundamentais, à luz da *participação* de todos, Estado e cidadãos, não só no processo judicial, mas a todo momento em que se esteja diante de uma situação de concretização desses direitos. Cidadãos não são filhos incapazes nem clientes do Estado.

Sustenta-se que *participar é assumir o dever-querer racional*.

Em um segundo ponto, cumpre ver a efetividade dos direitos fundamentais como um ponto de partida, de liberdade e dignidade, do qual o cidadão possa buscar sua felicidade, sua realização, promover seu desenvolvimento humano em sociedade, encontrar paz. A eficiência do Estado é, nesse sentido, muito mais qualitativa, uma vez que proporcionar essas condições vale muito mais do que as cifras gastas na tarefa. Atuar em sintonia com a sociedade de seu tempo e lugar, em prevenção de problemas, em combate das causas e não dos sintomas, tudo isso faz parte da temperança e qualidade da atenção aos cidadãos e gestão de recursos públicos.

A efetivação de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário é uma das vias, mormente para garanti-la. Esse caminho deve ser eleito para se exigirem esses direitos, porém, é preciso sempre recordar que o Estado tem o dever, para além da prestação jurisdicional, de concretizá-los valendo-se dos demais Poderes.

3.1 A efetividade de direitos fundamentais como ponto de partida

O primeiro ponto a ser destacado é que os direitos fundamentais, tendo seu conteúdo expandido, aumentam em termos de âmbito normativo e em número de direitos. A esse aumento da “oferta” corresponde um incremento da “procura”. Ainda mais em uma sociedade complexa, e considerando ainda a eficácia horizontal desses direitos. Mais direitos requerem maior eficiência para a concretização, que no caso do Estado, sobretudo, pela atuação *positiva* na prestação de direitos fundamentais, exige maior atenção da política e do Poder Judiciário, quando este é convocado a aplicá-los. A efetivação desses direitos, enquanto ponto de chegada ou finalidade do Estado, deve conter esse aspecto quantitativo.

Contudo, a atuação do Poder Judiciário, que deve ser capaz *eficientemente* de responder a demandas, não deve crescer em número, e, principalmente, em importância, de modo que comprometa a atuação dos outros Poderes. A sua atuação, ainda que represente controle efetivo ou dinâmico dos outros Poderes, deve ser de colaboração, em função do princípio da harmonia.

Em termos políticos, o Estado possui recursos limitados para atender a essas demandas, o que não pode servir de justificativa para o descumprimento daquilo que é possível realizar, sobretudo, para garantia da dignidade da pessoa humana. Contudo, a escolha

de prioridades e as políticas públicas demandam juízos sobre os quais não cabe o controle pelo Judiciário.

Pode-se pensar os direitos como ponto de partida, para dar ênfase ao que eles, uma vez efetivados, possibilitam às pessoas em termos de desenvolvimento e de paz. Assim, a dignidade da pessoa humana seria a plataforma para investidas individuais em autoconhecimento e autorrealização.

Outro ponto de partida liga-se ao fato de que os patamares de concretização alcançados no passado precisam ser mantidos no presente. A continuidade da atuação estatal, inclusive judiciária, para manter esses pontos converte-os em pontos de partida para os que serão alçados em seguida.

Mesmo que se tome por estacionada a expansão desses direitos ou por efetivos em um determinado momento, sempre haverá necessidade de continuidade de esforço, de atuação estatal e social para efetivar esses direitos no momento imediatamente seguinte, e nos que virão com as gerações futuras.

3.2 Necessidade de parâmetros para a judicialização de direitos fundamentais

O déficit de efetividade de direitos fundamentais, ainda mais considerando a efetivação como ponto de partida, reforça a necessidade de atuação judicial para garanti-los. *A judicialização de direitos fundamentais* é a oportunidade de tutela judicial desses direitos.

A judicialização deve ser tomada como recurso para suprir a falta de efetividade desses direitos, de modo a colaborar, dentro dos limites de sua competência, com a universalização deles.

O foco na finalidade de efetivação não retira o peso sobre os meios dos quais se serve o Poder Judiciário. Devem ser pensados os limites para o exercício dessa atividade de aplicação do direito, bem como os seus fundamentos para essa atuação ser *legítima e justa*.

A legitimidade pode, nessa perspectiva, remeter ao procedimento que o Poder Judiciário segue. A preocupação com a legitimidade formal, cumprimento do procedimento, não supre, entretanto, as justificações de adequada interpretação desse procedimento e do direito material cuja aplicação ele viabiliza. Desse modo, as discussões quanto ao método e ao controle da interpretação retornam, sendo aqui problematizadas em função da aplicação de

direitos fundamentais que integram o ponto de chegada da ideia de justiça no mundo contemporâneo.

Assim, os parâmetros, limites e fundamentos, da atuação judicial na efetivação de direitos fundamentais devem ser evidenciados para que a legitimação dessa atuação não seja lastreada apenas em autoridade ou procedimento. É preciso salientar a fundamentação e os limites dessa aplicação para que ela possa ser compreendida, assim como o direito material. Os direitos fundamentais estão no centro desses parâmetros, permitindo que se vislumbre a legitimidade dessa aplicação e a sua contribuição para a justiça. A legitimidade, então, realmente poderá significar aceitação da aplicação justa.

A abertura para julgamentos de direitos humanos por cortes internacionais acarreta mais uma questão relevante, que acaba por acrescentar outro integrante do controle dinâmico ou efetivo. Isso serve para retirar do judiciário o rótulo de “instância máxima” na efetivação desses direitos, o que, na verdade, já não mereceria prosperar frente a uma parceria com a sociedade nessa responsabilidade, e a uma abertura para contemplar a outras contribuições à efetivação que atores internacionais promovem, como a ajuda humanitária.

3.3 Importância e insuficiência do procedimentalismo

O termo *procedimentalismo* é aqui empregado para designar preocupações teóricas com o procedimento no direito. São salientadas as concepções de ALEXY, pelo foco vertical nos direitos fundamentais, e a de HABERMAS, pela expressividade da influência no meio jurídico.

Embora ALEXY (2008) dedique grande atenção ao aspecto material dos direitos fundamentais, ele é destacado pela extensa análise que faz do aspecto estrutural, morfológico, desses direitos. Suas contribuições na distinção entre princípios e regras, na proposta da *ponderação* ou *sopesamento* como para modelo para aplicação de princípios e na descrição do princípio da proporcionalidade fazem parte de um arcabouço teórico-procedimental que é sempre lembrado na doutrina, e reiteradamente utilizado, mesmo que e de maneira equívoca, pela jurisprudência. Por esse apelo *formalista* de sua teoria, em contato com procedimento, é que aqui se classifica ALEXY como um procedimentalista.

A principal crítica às contribuições desse autor poderia ser resumida em FERNANDES (2011: 197), ao afirmar o retorno “ao risco do *decisionismo* que já estava

presente em Hans Kelsen e que, supostamente, Alexy pretendia evitar”. FERNANDES (2011: 259) completa:

[a] leitura axiológica levada a cabo pela teoria da “proporcionalidade” comete o equívoco de tratar tudo como uma questão de preferência, retirando do direito a sua função de traçar antecipadamente as condutas socialmente corretas (lícitas) do seu oposto (o ilícito) [...]. Logo, fica ao *arbitrio* do magistrado defini-las, abrindo espaço para particularismos que vão novamente “engolir” o esquema coerente de direitos, bem como o referencial de licitude para uma ação. No meio desse *mar revolto de incertezas*, o direito perde sua força de coesão social, colocando em risco a estrutura da sociedade.

HABERMAS, em sua obra *Facticidad y validez* (2005), propõe que, no procedimento de tomada de decisão, haja oportunidade para o “diálogo (ou discurso) no qual todos os destinatários da decisão poderiam tomar parte na condição de seus coautores. [...] Isso, para Habermas, é peça fundamental para que se possa atestar a legitimidade de uma decisão” (FERNANDES 2011: 198).

Para crítica ao procedimentalismo habermasiano, recorre-se a LYOTARD (2002: 118):

Trata-se, com efeito, de supor duas coisas. A primeira é que todos os locutores podem entrar num acordo sobre regras ou metaprescrições válidas universalmente para todos os jogos de linguagem, quando está claro que estes são heteromorfos e resultam de regras pragmáticas heterogêneas. A segunda suposição é que a finalidade do diálogo é o consenso. Mas [...] o consenso não é senão um estado das discussões e não o seu fim.

LYOTARD (2002: 118) aduz ainda que o “consenso tornou-se um valor ultrapassado, e suspeito. A justiça, porém, não o é. É preciso então chegar a uma ideia e a uma prática da justiça que não seja relacionada à do consenso”.

As contribuições de ALEXY e HABERMAS, assim como as de outros procedimentalistas, são importantes para realçar o aspecto formal da aplicação, atrelado ao procedimento. Com isso, as questões quanto ao método de interpretação e aplicação podem ser aprofundadas em análises estruturadas, lógicas e profundas. As contribuições são ainda maiores ao se fixarem regras para esse procedimento. A legitimação se daria pelo cumprimento fiel deste.

Essas contribuições se mostram insuficientes pelos mesmos argumentos aventados na Parte I. O procedimento é, sem dúvida, uma forma de controlar a aplicação. Mas como controlar a interpretação do próprio procedimento? Para responder a isso, um olhar sobre os parâmetros da aplicação judicial de direitos fundamentais será proposto na parte seguinte, que pretende responder especificamente à pergunta: os parâmetros do procedimento de aplicação

não estão também em construção que, por sua vez, é afetada pela efetivação dos direitos fundamentais?

PARTE III – FLEXIBILIDADE DE PARÂMETROS E IMPLICAÇÕES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esta parte do trabalho contém as contribuições mais relevantes para a tese em torno da fundamentação, dos limites e das implicações da atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais. Toda argumentação desenvolvida com o escopo de ressaltar a firmeza dos parâmetros e dos impactos dessa atuação acaba, paradoxalmente, por sustentar a fluidez deles. A complementaridade dessas características opostas afasta a desconstrução niilista da atividade jurisdicional, entretanto, sugere uma reflexão sobre ela que abarque a fluidez e reafirme o caráter dinâmico do direito.

A tese alinhava-se, associando eticidade e constitucionalismo para fundamentar a atuação jurisdicional, buscando limites no constitucionalismo, discutindo repercussões no seio do Poder Judiciário, bem como para além do processo e do próprio direito. Para rematá-la, é imprescindível o aporte advindo do mergulho na função típica judiciária e sua problematização, operado na Parte I, e da imersão na imperatividade de concreção e na judicialização de direitos fundamentais, realizada na Parte II. Além de delinear o problema, que é tema da tese, essa bagagem aponta as bases de amparo e reflexão desse terceiro momento (Parte III), a saber, a *segurança jurídica*, a *separação dos poderes*, o *estabelecimento* e o *dever de efetivação de direitos fundamentais*, de tal modo que as respostas esperadas correspondem a uma releitura dessas bases, sobretudo, sob a perspectiva da *fluidez do direito*. Desse modo, para fundamentar e exhibir limites de uma atuação judiciária legítima, é importante recuperar as discussões das partes anteriores, bem como para concluir sobre uma atuação consistente do Poder Judiciário em meio a um *direito fluido*.

1 PARÂMETROS

Consideram-se parâmetros para a atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais tanto os seus fundamentos quanto os seus limites, tendo em vista que as referências ou medidas para a atuação correspondem às suas razões e às suas demarcações. Se os parâmetros forem discutidos, por exemplo, em função da *competência* judiciária, os fundamentos ou razões corresponderão à sua base ou “chão”, enquanto os limites ou demarcações ao alcance ou “teto”. Contudo, uma esfera é melhor do que um poliedro para a representação tanto do campo da competência como da configuração dos próprios parâmetros em geral, perdendo-se as referências de base e alcance, para convertê-los em uma coisa só, que é tanto “chão” quanto “teto”, cujo espaço corresponde, no exemplo, à esfera de competência.

Embora analisados separadamente os limites e, em seguida, os fundamentos, ambos são indispensáveis para legitimação e legitimidade dessa atuação, tendo em vista, respectivamente, o lastro jurídico de sua instituição, e o sentido e aceitação do seu exercício.

O recorte na *efetivação de direitos fundamentais* pela atuação judicial justifica-se pela posição central que a efetivação desses direitos possui no Estado democrático de Direito, traduzindo um imperativo que se confunde com função precípua do Estado.

Cumpra advertência quanto à perspectiva de sujeição desses parâmetros à abertura inerente ao direito, pelo pragmatismo da linguagem. Não se pretende aniquilá-los, porém, afirmar a fragilidade deles frente ao dinamismo da construção do direito que contém sua efetivação.

Em relação aos limites, será nítida a percepção de que todo o processo de efetivação de direitos contribui para defini-los. Já a fundamentação – embora finque raízes na filosofia e na teoria do direito, mostrando-se mais sólida – tem sua precariedade assinalada pela abertura filosófica (zetética), pela consideração da dimensão ética no direito e pela prática da aplicação, sendo constantemente reajustada e remodelada com o desenvolvimento do direito, do constitucionalismo.

1.1 Limites para o desempenho da função judiciária de tutela de direitos fundamentais

Talvez seja um choque perceber que os limites para a atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais encontram-se em constante redefinição. À medida que o direito é atualizado por inovações legislativas ou interpretativas, ou concretizado por meio da aplicação (e da observância, como será tratado no item 3.1.2), visualiza-se um novo arranjo normativo que possui o condão de redefinir os limites do próprio direito.

Desse modo, não somente há a possibilidade de alterações nos limites formais para atuação do Poder Judiciário ligados às suas atribuições ou competências, mas também nos limites materiais em função da modificação do próprio direito a ser aplicado. Nesse último caso, a modificação do âmbito normativo do direito material a ser aplicado interfere diretamente nas possibilidades de atuação judicial para concretização desse direito, redefinindo também os limites da atividade.

Os direitos fundamentais ocupam posição de destaque no ordenamento jurídico, a começar por figurarem como matéria necessária em qualquer Constituição, sendo a interpretação deles guiada pelo princípio da máxima efetividade, e a concretização deles um dever do Estado (e também de todos os cidadãos).

É preciso discutir os limites e suas redefinições à luz da segurança jurídica, para perceber como eles a modificam, sem, entretanto, fazê-la sucumbir. Preservada a segurança jurídica, conseqüentemente, confirma-se a manutenção e importância de limites *a priori*, embora estejam em constante redefinição.

As alterações *a posteriori* dos limites da atuação judicial na efetivação de direitos fundamentais, bem como a fluidez dela resultante, acabam por revelar a Constituição e o próprio constitucionalismo como referências para a alteração e o estabelecimento desses limites.

Os limites podem ainda ser pensados como positivos e negativos, isto é, vislumbrando-se limites dentro dos limites, o que se conecta com toda a fundamentação da atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais.

1.1.1 Limites e segurança jurídica

Tomando-se a segurança jurídica em sentido amplo, que implica tanto a previsibilidade das decisões judiciais como a imutabilidade delas, percebe-se a íntima relação

existente entre a limitação da atividade judiciária e a segurança jurídica. Justamente por ser limitado o desempenho da função judiciária, a segurança jurídica é alcançada, ao passo que, ao se situar a segurança jurídica como um princípio a ser protegido, deve-se estabelecer limites ao poder do Estado, especialmente ao Poder Judiciário.

O controle da atuação do Poder Judiciário, realizado pelos outros Poderes com consequência de definição ou limitação de competências, ganha nitidez em seus contornos na prática, ou seja, quando ocorre. Enquanto potência, ele compõe o controle formal, como visto anteriormente.

Não menos dignos de nota são os limites encontrados no seio do Poder Judiciário, na aplicação do direito. Para lidar com eles, é preciso retomar o estudo da função judiciária, aprofundando-se na investigação de suas competências estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Contudo, constatando-se que o desempenho da atividade jurisdicional acaba por revelar limites, pela interpretação das normas que os estabelecem, defronta-se também com a ideia de limites *pós-fixados*.

Esses limites dizem respeito à atividade jurisdicional em geral. Em se tratando da aplicação de direitos fundamentais, a verticalidade de sua relação com a fixação posterior de limites torna-se mais profunda, porque discutir limites da atuação do Poder Judiciário na efetivação deles é debater a tarefa precípua que o Estado possui.

A questão dos limites está diretamente relacionada à competência, que dialoga com a separação de poderes no âmbito do constitucionalismo. Entretanto, o entendimento sobre conteúdo dos direitos tem reflexo, como visto, na competência, porquanto seja delimitador do âmbito normativo.

A discussão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais flerta imediatamente com o estabelecimento e efetivação deles, e, conseqüentemente, com a fundamentação da aplicação, abordada no item 1.2.

A problematização da aplicação do direito começa a ser enfrentada por proposições acerca de seus limites. Alguns limites estão nomeados e desenvolvidos no item 1.1.3, a limitação da aplicação associada ao constitucionalismo no item 1.1.2, e os limites estão ainda relacionados à segurança jurídica. Essa última relação traz à tona a flexibilidade dos limites. Os limites, apesar de se encontrarem previstos, não são conhecidos até o momento de efetividade do direito, como visto no item 1.1.1.3. A fundamentação do direito segue essa mesma sorte, como abordado no item 1.2.3.

O efeito dessa qualificação *a posteriori* de limites para a segurança jurídica é a transformação da perspectiva de *previsibilidade* para a de *probabilidade* das decisões judiciais.

1.1.1.1 A inafastabilidade da jurisdição e a competência judiciária

Para se aprofundar o debate sobre limites da aplicação de direitos fundamentais em relação à segurança jurídica, deve-se ter em mente as reflexões sobre *autoridade* e *competência* desenvolvidas anteriormente. É preciso também relembrar o princípio da *inafastabilidade da jurisdição*, expresso no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República de 1988, o qual veda à lei a exclusão da apreciação do Poder Judiciário sobre lesão ou ameaça a direito.

Assim, nota-se que a competência para a aplicação do direito limitada pela lei tem um contra-limite interessante. A própria lei está embargada quanto à possibilidade de excluir a competência de apreciar lesão ou ameaça a direito.

Além de servir de indicador da competência, a inafastabilidade da jurisdição influencia na fixação *a posteriori* de limites. Verificando-se, pela apreciação judicial, lesão ou ameaça a direito, aflora-se a competência para aplicação do direito. É preciso haver a apreciação para se confirmar a competência. A atribuição de decidir sobre o direito para conceder ou denegar o pedido processual tem, na atividade de aplicação, revelados seus limites, embora deixem de ser previstos de antemão.

Considerando o dever de efetivar direitos fundamentais como tarefa precípua do Poder Judiciário, a inafastabilidade da jurisdição na tutela de direitos fundamentais alça os limites da aplicação desses direitos ao patamar que seus conteúdos lhes permitem atingir. Desse modo, os limites alcançam as bordas que a fundamentação da aplicação puder sustentar.

Outro detalhe interessante é que o *direito à segurança*, de que trata também o art. 5º, institui garantias contra atuação estatal ilegal ou que cometa abuso de poder. A atividade de aplicação do direito guiada pelo direito está incluída nessa proteção constitucional. Não poderia ser diferente essa limitação de Poder em um Estado democrático de Direito, o que permite falar em um *direito fundamental à limitação do Poder*, ou seja, um direito fundamental à atuação estatal submissa ao império da lei.

Ainda que não seja necessário se afirmar esse direito fundamental, ao argumento de constituir a limitação do Poder um pilar do Estado democrático de Direito, de ser um pressuposto, dele decorre um dever exercício da autoridade dentro dos limites impostos pelo direito. Uma vez constituindo um dever para o Estado sua atuação limitada, só se vê reforçado o direito fundamental a tal limitação.

Ao Poder Judiciário incumbe julgar e efetivar o direito, aplicando o direito material, por meio do caminho ou procedimento que é fundado também no direito, realizando a aplicação do direito formal. Consequentemente, essa previsão e seu cumprimento fecham parceria com a *segurança jurídica*.

Dessa forma, visualiza-se tanto um mandamento para que cada um dos Poderes do Estado atue de forma contida, bem como outro para que cada um dos Poderes exerça suas competências para o controle dos demais, significando o funcionamento harmônico e o desempenho em ordem.

1.1.1.2 Harmonia e equilíbrio dinâmico entre os Poderes

Em termos de controle externo, a *harmonia* entre os Poderes é a sua diretriz. Os Poderes são, além de independentes, harmônicos entre si, conforme dispõe o art. 2º da Constituição da República de 1988.

Essa *harmonia* entre os Poderes se liga diretamente à interação entre eles, ou seja, à colaboração que realizam para o exercício da soberania estatal. Vale lembrar que essa articulação envolve não somente atuações complementares, que reforçam o controle estático, mas, principalmente, colaboração entre os Poderes que serve para definir, em sua prática, os limites dos demais.

Quando o Presidente da República nomeia Ministro do Supremo Tribunal Federal (parágrafo único do art. 101 da CR/1988), após aprovação da escolha pela maioria da absoluta do Senado Federal, o que há é o exercício tão somente o somatório da competência de cada Poder, com impacto na composição do referido tribunal, e não propriamente uma interação entre eles que defina limites ou competências.

O controle que exsurge da interação entre os Poderes pode ser caracterizado como controle *efetivo e dinâmico*. O adjetivo efetivo visa a realçar a dimensão prática desse controle. Ele resulta da atividade que um dos Poderes realiza, que serve de contrapeso para a atuação dos demais. Qualifica-se como dinâmico, uma vez que é fruto dessa interação entre

Poderes. O foco aqui buscado é no controle dinâmico entre os Poderes do Estado, mas esse tipo de controle chamado *dinâmico* pode muito bem incluir a participação da sociedade, ou seja, originar-se do controle social.

Chamar de *efetivo* o controle da aplicação do direito realizado por outro Poder permite reforçar, mesmo que nem todas as decisões antes de sua realização estejam a ele sujeitas por força da certeza jurídica, que os limites da aplicação – enquanto competência que é continuamente exercida até a efetivação do direito em cada demanda judicial – são definidos *a posteriori*. Por exemplo, quando decisões judiciais impulsionam o Poder Legislativo a legislar para alterar a norma por meio da modificação de seu texto, a expectativa é de que a interpretação judicial do preceito normativo alterado tenha a mesma sorte. Normas processuais e que dispõem sobre a execução judicial também podem ser alteradas, anistias e indultos concedidos, afetando diretamente a aplicação do direito.

Já *dinamicidade* desse controle refere-se à construção conjunta de limites, o que condiz com a ideia de que os Poderes são todos expressão de um só Poder do Estado. No âmbito geral das diversas competências distribuídas para os Poderes, um exemplo desse controle efetivo e dinâmico é a estipulação de limites, pelos Poderes em conjunto na lei de diretrizes orçamentárias, para a elaboração das propostas orçamentárias dos tribunais, como disposto no § 1º do art. 99 da Constituição da República de 1988.

É possível trazer a noção de *equilíbrio dinâmico*, utilizado em outros campos da ciência, para visualizar o controle efetivo dinâmico e efetivo como o ajuste resultado das pressões que as atuações dos Poderes geram para as demais esferas de competência. Por definição, um equilíbrio dinâmico está sujeito ao estabelecimento de novos pontos de sustentação frente ao conhecimento práticos dos dados das variáveis e do comportamento de todos os elementos que o integram.

Fica caracterizada a *flexibilidade* do ponto de equilíbrio entre os Poderes, condicionada à prática das funções. A ideia de equilíbrio é bem vinda para acertar que os três Poderes estão no mesmo plano hierárquico em relação à soberania do Estado, embora se afirme, recorrentemente, a preponderância de um deles em determinado contexto histórico ou papel de destaque para desempenho de tarefas estatais específicas. Todos os Poderes estão aptos a contribuir para tal ajuste do campo de competência, que acontece com a interação da atuação de um com os demais, mesmo que se relativize peso de um ou outro dentro da República.

Mesmo outro(s) Poder(es) realizando atuação no plano normativo, o Poder Judiciário efetua internamente – com respeito à harmonia, mas centrado na sua independência funcional – a discussão e interpretação de toda a legislação com impacto na sua própria competência. O Supremo Tribunal Federal, na guarda da Constituição, assume a curiosa tarefa de fornecer interpretação que serve de referência para todo o Poder Judiciário, bem como para os demais Poderes. O instituto da *súmula vinculante* exemplifica essa possibilidade de forte interferência no equilíbrio dinâmico, cujo ímpeto não pode significar usurpação de competência, que deve ser repelida. Deve-se lembrar ainda da *doutrina da questão política*, a qual postula que a aplicação do direito não deve se imiscuir no âmbito da decisão política, atendo-se à juridicidade dos atos provenientes dos outros Poderes.

Transformar o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, em instância de chancela quase obrigatória talvez seja primar pela segurança, mas fazendo aflorar uma completa insegurança para atuação independente dos demais Poderes e da sociedade. A interpretação e aplicação de direitos fundamentais e de cláusulas constitucionais de competência contribuem para converter o STF em um polo emissor de uma profusão tão abundante de precedentes ou mais do que legislação. A vigilância e o combate, nesses casos, deve ocorrer para evitar que haja a sobrecarga desnecessária do Poder Judiciário, e que o direito positivo tenha, de forma generalizada, o seu vigor arrefecido, só recobrado por intermédio da tutela judicial.

1.1.1.3 Fixação *a posteriori* de limites, complexidade e coerência

A fixação *a posteriori* dos limites para a aplicação do direito marca a flexibilidade que eles possuem. A necessidade da prática para que sejam definidos os contornos para a atuação judicial em toda demanda amplia tanto o número quanto a indeterminação prévia das variáveis envolvidas na composição deles. Contudo, a coerência que tange os planos normativos não lhes retira a previsibilidade, assumida em termos de probabilidade.

É preciso pensar o direito como um fenômeno *complexo*, bem como as atuações que cercam a sua efetivação. Assim, as variáveis que interferem nos limites da aplicação do direito são determináveis, mas carecem da *praxis* para serem identificadas, mensuradas, interpretadas.

A complexidade, tão associada à teoria do caos, da relatividade do tempo, da incerteza quanto à determinação da velocidade e da posição de um elétron simultaneamente,

está associada nitidamente às ciências da natureza, sendo incorporada às ciências do espírito à proporção que se considerem as respostas e comportamentos de organismos vivos, em particular, do ser humano. Como o ser humano é imprescindível para a aplicação do direito, toda a estrutura organizacional e procedimental da autoridade judicial recebe influxos da operação humana da máquina judicante, bem como do controle formal e do dinâmico a que fica submetida essa função do Estado.

Esses exemplos de conhecimentos desenvolvidos por outras ciência podem compor um trocadilho para mostrar que o isolamento das ciências do espírito, especificamente o da Ciência do Direito, talvez não seja tão apropriado como transparece do mergulho dogmático: *é necessária a prática da efetivação para que o sistema responda a partir de cada demanda, de referenciais específicos e da interação e possibilidade de interferência que cada provocação tem no sistema; o produto será tanto coerente e previsível quanto sua flexibilidade permitir.*

Adicionando-se a coerência normativa à aplicação do direito, os limites para a tutela de direitos, principalmente de direitos fundamentais, por sua relevância, estão em diálogo com o passado, que traz referências e permite prever a continuidade delas, e com o presente, que os revela na prática, os sujeita aos controles, mas tolera, sem esforço, alterações com potencialidade de incremento da efetividade desses direitos em cada caso, bem como no futuro.

A coerência lança, assim, limites para as decisões que devem ser coerentes com o ordenamento jurídico e com aqueles contidos nos julgamentos realizados pelo próprio juízo ou tribunal que as proveem. Todavia, existe a possibilidade de atualização, de mudança de entendimento sobre os limites, o que reforça o fato de que a possibilidade não é uma certeza, mas uma probabilidade de seguimento dos limites esperados.

Os limites pré-fixados não possuem garantia de eficácia absolutamente, mas podem ser, a todo tempo, reafirmados pelas decisões. Sem dúvida, os limites produzidos ou revelados pela aplicação do direito constituirão referências futuras, tal como as pré-compreensões no círculo hermenêutico, auxiliando na salvaguarda da segurança jurídica. A manutenção da segurança jurídica é perfeitamente possível, ainda que seja necessário destituir a certeza da imutabilidade e da previsibilidade que a integram, repondo-as com as noções de probabilidade de permanência e de obtenção da resposta judicial, resultado da consideração da complexidade nessa aplicação.

1.1.2 Limites e constitucionalismo

A limitação da atuação judicial na tutela de direitos fundamentais decorre da instituição de um poder dividido em funções, cada uma com competências específicas. A separação de poderes, como visto, é exigida para garantia de uma esfera de segurança, e, principalmente, de liberdade aos cidadãos. Assim, justapõem-se a divisão de poderes e os direitos fundamentais.

Em um primeiro momento, a própria Constituição configura limites. Ela estabelece, diretamente, limites formais e materiais por meio de suas normas.

A tensão no interior do constitucionalismo criada entre o objetivo de limitar o Poder do Estado e o de lhe conferir o ônus de efetivar direitos fundamentais é capaz de influenciar no ajuste ou na definição dos limites constitucionais.

Pode-se pensar, assim, em limites para além do direito positivo, mas em conexão com ele, e ainda no campo jurídico. O constitucionalismo constitui metalimites que são produzidos pela eticidade e integram a esfera jurídica.

Em relação à limitação da atuação judiciária para efetivação de direitos fundamentais, o constitucionalismo permite perquirir limites para além do campo do direito positivo explícito, mas ainda em âmbito jurídico, por meio da utilização de princípios, de normas implícitas ou da interpretação do âmbito normativo através do prisma do conteúdo ou dos propósitos do constitucionalismo. O constitucionalismo pode ser considerado referência pelo simples argumento de que o Estado (e o Judiciário) não deve(m) atuar contra seu(s) propósito(s).

1.1.2.1 A Constituição como limite

A Constituição, precipuamente, institui o Estado, organizando-o, distribuindo competências, bem como estabelecendo direitos e garantias fundamentais. Assim, visualiza-se o típico conteúdo da norma constitucional. (BONAVIDES, 2009: 80)

Esse conteúdo, embora presente também em normas infraconstitucionais, está direta e tradicionalmente ligado à Constituição e, por conseguinte, ao constitucionalismo. É a Constituição que dá unidade a essa matéria, assim como ao ordenamento jurídico. Desde quando se apontam as origens e o desenvolvimento desse conteúdo, fala-se em constitucionalismo. Quando toma forma a Constituição, ou o conjunto de normas

materialmente constitucionais dispersas permite identificá-la, fala-se em constitucionalismo moderno. Na contemporaneidade, a Constituição tem sua importância e seu vigor ressaltados, o que chama atenção para os limites que estabelece.

Os deveres e a organização que a Constituição impõe ao Estado limitam-no. Primeiramente, o Estado democrático de Direito está limitado a atuar a partir de e conforme o direito, e, principalmente, a Constituição que, por sua vez, institui as bases de sua organização e da repartição das competências. Ela decorre da submissão do Estado à lei e da supremacia da Constituição. Uma segunda delimitação, que não está dissociada da primeira, é fruto da separação dos Poderes e do estabelecimento de direitos, que, por um lado, pretende repelir o arbítrio, a ilegalidade e o abuso de direito, e por outro, garantir, sobretudo, direitos fundamentais, em especial, a liberdade. Essa proteção não segue a fórmula liberal do Estado-mínimo, em que, quanto menor o Estado, mais espaço de liberdade, porém o raciocínio de que, quanto mais o Estado democrático de Direito desempenhar suas atividades dentro dos limites jurídicos e atuar para efetivar direitos fundamentais, maior a promoção da liberdade. A atuação do cidadão soma-se a esse raciocínio, quando o sujeito participa ativamente da política, do controle da atuação do Estado e da efetivação do direito, reforçando a liberdade.

Esses limites estão conectados, principalmente, ao conteúdo *limitação do Poder*, mas também à *consecução dos direitos fundamentais*, mas serão denominados *formais* porque têm relação imediata com a forma do agir estatal. Tanto o controle estático quanto o dinâmico contribuem para a definição deles, sobretudo ao tratarem da *competência*. Especificamente para a aplicação do direito, os limites formais estão associados ao seu procedimento.

Os direitos fundamentais, que servem para guiar a atuação do Estado, também constituem limites, uma vez que conduzir é dar rumo abalizado, na medida em que se evitam outros caminhos, bem como ditar o ritmo dentro do caminho. Esses direitos dos cidadãos constituem *limites materiais*, estando atrelados ao conteúdo normativo dos *direitos fundamentais*. Conquanto tenham implicações em competências e procedimentos, não se desvinculando da limitação do Estado, uma vez que acabam figurando como limites para a atuação estatal, saltam aos olhos os limites que impõem ao Estado em relação ao conteúdo a ser efetivado.

Os limites materiais possuem, portanto, uma acepção positiva e outra negativa. Os limites positivos visam a reprimir a atuação tendente a se desviar do conteúdo normativo. Imaginando o plano da aplicação, eles a pressionam de fora para dentro, limitando a compreensão desses conteúdos. Esses limites criam condições para o controle do âmbito

normativo. Considerando ainda que mostram o que não pode ou não deve ser feito, ou até onde vai a competência para efetivar esses direitos, os limites materiais se comunicam com os formais. O controle dinâmico presta auxílio na definição de conteúdo normativo, tanto na acepção positiva quanto na negativa.

Os limites materiais negativos, por sua vez, revelam: 1) o que não pode deixar de ser compreendido; 2) o que não pode ser limitado; 3) o que não pode deixar de ser efetivado. Assim, apontam para um mínimo, que qualitativamente tomado, é um máximo a ser compreendido ou concretizado. Dialogam ainda com os limites formais pelo reforço da competência que não pode deixar de ser exercida, mesmo em zona tênue, a pretexto de falta ou excesso de atribuição ou de carência de recursos.

Pensado no plano da aplicação, os limites negativos têm um papel diferente, como uma força de dentro para fora, auxiliando na sua sustentação. Relacionam-se evidentemente com a fundamentação da aplicação do direito. Funcionam como limite para os limites positivos, contribuindo para que se visualizem barreiras para restrição na compreensão e efetivação de direitos fundamentais ligados à aplicação desses direitos.

1.1.2.2 Reprodução da tensão do constitucionalismo

A tensão no interior do constitucionalismo entre limitação do estado e consecução de direitos fundamentais revela um conjunto de influências ou de pressões que cercam a atividade estatal. O Estado deve realizar suas obrigações, mas não fora de seus limites. Acatar a expansão do conteúdo e da efetivação dos direitos fundamentais é bem mais incontestado do que a mitigação do poder do Estado. Esse poder sofre limitação para dar azo à liberdade, pelo menos na visão liberal. A tensão está justamente no pensamento de que, quanto menor ou mais reduzido o poder do Estado, menos ele pode atuar para garantir e efetivar a liberdade, inclusive naquilo que ela dialoga com outros valores da sociedade.

Em relação à atuação judicial, essa tensão ajuda compreender e estabelecer limites para a essa atividade, principalmente quando a aplicação versa sobre direitos fundamentais. O dever de efetivá-los sofre contenção oriunda do requisito de atuação dentro dos limites. A pressão que o dever de efetivar direitos fundamentais exerce tende a expandi-la, enquanto a limitação do poder a controla, lhe traz moderação.

Há a reprodução, no seio da aplicação, da tensão que ronda o estabelecimento desses direitos e as políticas para concretizá-los. Isso faz com que os limites para aplicação

não se vinculem somente à lei, à Constituição, mas sejam buscados em princípios ou bases do próprio constitucionalismo.

1.1.2.3 O constitucionalismo como limite

O movimento do constitucionalismo, associado ao surgimento e desenvolvimento das matérias ontologicamente constitucionais, acaba por assumir o papel de limite para a interpretação da Constituição, da atuação do Estado, da aplicação de direitos fundamentais. Os limites normativos extravasam do texto e daquilo que está implícito na Constituição para o *constitucionalismo*, uma vez que ele ajuda a interpretar o texto para fixá-los.

Os limites da atuação judicial na tutela de direitos fundamentais são sustentados e moldados pelo constitucionalismo. Ao lado da fundamentação dessa atuação, eles constituem parâmetros para a atuação do Poder Judiciário nessa seara.

Propõe-se a consideração desses parâmetros como flexíveis.

A *flexibilidade* desses parâmetros caracteriza-se pela *dinamicidade* ou movimentação emparelhada à *efetividade*. Embora o sufixo do termo *flexibilidade* denote possibilidade, ela não se esgota na mera viabilidade de alteração ou de construção que veicula. Está alinhada à efetividade, pois a prática de uma ou outra é reveladora e constitutiva de seus parâmetros que, por sua vez, só são revelados ou compreendidos *a posteriori*, quando empregados. Já a *dinamicidade* é o próprio movimento que a *flexibilidade* permite. É o movimento da forma e do conteúdo, e, portanto, dos parâmetros que são fixados por esse movimento.

Essa característica não descarta a pré-constituição dos parâmetros, mas reforça a fluidez do próprio direito em contínua construção, que se mostra guiada pela efetivação de direitos fundamentais. A flexibilidade dos parâmetros da aplicação de desses direitos proposta quer sublinhar que o plano da aplicação normativa interfere no molde de seus parâmetros, e não somente permite conhecê-los.

Como os direitos fundamentais estão estabelecidos na Constituição, é preciso focar a norma constitucional para argumentar em favor da flexibilidade dos parâmetros da aplicação deles. Em seguida, perceber a conexão dos limites dessa atuação judicial com o constitucionalismo.

A norma constitucional possui conexão com o tempo histórico e a cultura que condicionam a sua criação ou a sua interpretação. A possibilidade de mudança normativa por

procedimento de alteração como a emenda, ou por mudança interpretativa que acarrete uma mutação normativa denota sua *flexibilidade*. Não no sentido de constituições flexíveis, que não estabelecem procedimentos especiais, dificultosos para alteração de suas normas, mas na consideração da flexibilidade simplesmente pela possibilidade de alteração.

Outra alteração, resultado dessa flexibilidade, que a norma constitucional pode sofrer, refere-se à *elasticidade* de seu conteúdo, que indica modificação interpretativa, sem alterar a norma propriamente dita. Essa alteração será considerada apenas atualizadora de sentido, embora uma norma atualizada, não tendo equivalência com a originária, permita discutir a existência de duas normas distintas. A elasticidade do conteúdo significa sua maleabilidade, mas considerando a manutenção da mesma norma com nuances diferentes.

Perceba-se que elasticidade do conteúdo difere-se de elasticidade do texto. Tratando-se do texto, de maneira mais brusca, a interpretação pode realizar o desvio ou inversão de seu sentido, ocasionando uma mudança da norma. No caso de sua ocorrência em um texto constitucional, denomina-se *mutação constitucional*.

Assim, a construção da Constituição está aberta à reconstrução que se faça, textual ou normativo-semântica, esta podendo traduzir atualização ou mutação normativa. Toda essa abertura permite “captar a dinamicidade da vida política e social” (CANOTILHO, 2000: 1373).

Os limites para as alterações textuais, para as emendas, estão sujeitos à interpretação como qualquer outra norma. As mutações e atualizações normativas são eminentemente interpretativas. Portanto, para verificarem-se os limites para todas essas alterações concernentes à norma constitucional, é preciso voltar ao problema de sua interpretação.

A abertura da norma constitucional que a interpretação implica possui limites que são buscados nas próprias normas explícitas, nas normas implícitas, no texto constitucional como um todo, nas balizas doutrinárias ou jurisprudenciais, nos controles formal e dinâmico dos Poderes.

A Constituição, como já visto, expressa limites. O triângulo que compõe o direito positivo com a doutrina e a jurisprudência contribui para limitar a interpretação da norma constitucional. Os limites oferecidos pela jurisprudência à interpretação da Constituição são flexíveis, uma vez que a jurisprudência está refém das mudanças do entendimento jurisprudencial.

A doutrina também possui uma função de destaque na compreensão do fenômeno jurídico. As teorias, os conceitos e as críticas que ela veicula dão suporte ao conhecimento e construção do direito, independente da corrente ou escola que um doutrinador perfilhe.

Os limites à interpretação de normas constitucionais vêm junto com esses conceitos, essas teorias, esses métodos discutidos na doutrina. Dos debates doutrinários resultam posições majoritárias que, dada a estabilidade, a profundidade, são associadas a dogmas. A dogmática jurídica, que está associada a todo esse assentamento de conteúdo, no entanto, mostra sua flexibilidade por meio das alterações às quais está sujeita a doutrina. Primeiramente, novas teorias que suplantem as anteriores são inerentes à produção científica. Por outro lado, como o direito deve acompanhar as mudanças sociais, deve ser capaz de se adaptar, também a doutrina fica submetida à constante revisão.

É preciso ainda lembrar que o exercício dos controles formal e dinâmico é uma atividade de limitação não só da competência, mas da interpretação da norma constitucional a ser aplicada pela atuação do Poder Judiciário. Esses controles estabelecem limites flexíveis, uma vez que lidam com, sobretudo, com a interpretação normativa, principalmente o controle dinâmico, que recebe esse nome pela movimentação ou atividade de um Poder que contribui para estabelecer limites com outro(s), que gera constante reconstrução do ponto calibrado.

Falar de todos esses limites flexíveis de interpretação da norma constitucional corrobora a flexibilidade da limitação a que a aplicação de direitos fundamentais está submetida. Portanto, a flexibilidade advém não só da interpretação na atividade de interpretação da norma constitucional, mas da limitação de mesma característica que os outros Poderes imputam, bem como da sujeição a Cortes Internacionais e ao controle social, esses também integrantes de um controle dinâmico.

A Constituição é a primeira referência em termos de limites, mas não a única. O mais importante é visualizar que os parâmetros da aplicação de direitos fundamentais extravasam para o constitucionalismo, que serve para acomodar a interpretação a ela associada em uma esfera ampla, porém, bem definida, de tal sorte que o constitucionalismo sirva para fundamentar e limitar a interpretação.

CANOTILHO (2000: 51) afirma que “o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. [...] É no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”.

O aspecto ideológico do constitucionalismo que orienta essa interpretação é o pano de fundo que se confunde com os seus dois grandes objetivos. Conforme FERNANDES (2011: 8) são eles:

- 1) *A limitação do poder com a necessária organização e estruturação do Estado [...];*
- 2) *A consecução (com o devido reconhecimento) de direitos e garantias fundamentais.*

Na aplicação de direitos fundamentais, tudo o que estiver fora dessa esteira do constitucionalismo, certamente, ultrapassará limites. Se puder ser justificado nele, tem mais chances de prevalecer ou perdurar.

Propõe-se o conteúdo do constitucionalismo como base para a identificação da coerência dos limites e da fundamentação da aplicação de direitos fundamentais, em virtude de sua direção que não é outra senão a da justiça no mundo contemporâneo ao realizar o maximum ético.

Essa fundamentação da atividade judiciária de efetivação de direitos fundamentais será desenvolvida no item 1.2, bem como conectada à eticidade e ao constitucionalismo particularmente no item 1.2.2. Contudo, ao se abordarem os parâmetros, como um todo, dessa atuação judicial associados ao constitucionalismo, desde já, adiantam-se argumentos em favor da flexibilidade não só dos limites, mas também dessa fundamentação.

Deve-se, contudo, perceber o constitucionalismo em sua fluidez para sustentar a flexibilidade dos parâmetros a que ele dá base. Ela decorre 1) da direção (ideológica), da qual o dever de efetivar direitos fundamentais constitui um vetor primordial, conferindo-lhe estabilidade no movimento; 2) de construção de velocidade inconstante, por vezes lenta – mesmo em Estados com Constituição formal como a República brasileira – cuja crítica por meio de olhar com distanciamento histórico não é possível no tempo presente para a atuação judicial que efetiva tais direitos; 3) do risco de não ser o caminho mais curto, de ter que se amoldar às circunstâncias supervenientes como crises, fatalidades, ou que envolver obstáculos como os das injustiças dispersamente distribuídas. A fluidez do constitucionalismo atende à necessidade de contorno dessas vicissitudes para a superação delas na marcha lenta ou acelerada que a direção da efetivação dos direitos fundamentais imprime.

1.1.3 Limites positivos e negativos

Para definir os limites da atuação estatal, convém pensar naquilo que não deve ser feito e no que não se deve deixar de fazer. Percebe-se, desse modo, a relação que existe entre limites e deveres. As arestas que apartam o campo de limite mostram que, depois delas está, o que deve ser evitado, o oposto, o negativo. Ao contrário, aquelas que separam o que deve ser feito acolhem-no positivamente.

Pensando a esfera da competência da aplicação do direito, a pressão que a limitação do poder exerce controla essa competência, traz-lhe moderação, enquanto o dever de efetivar direitos fundamentais tende a expandi-la. A discussão sobre os limites dessa atuação acarreta reflexão sobre os fundamentos sobre os quais ela repousa.

Há um campo reservado à política em que o direito não deve se intrometer, a não ser para verificar sua compatibilidade jurídica. Sobre políticas públicas, enquanto juízos políticos de oportunidade e conveniência, não cabe avaliação jurídica.

CANOTILHO (2000: 1264) lembra que esse

princípio foi definido pelo juiz Marshall como significando haver certas “questões políticas”, da competência do Presidente, em relação às quais não pode haver controlo jurisdicional. No entanto, como acentua a própria doutrina americana, a doutrina das questões políticas não pode significar a existência de *questões constitucionais* isentas de controlo. (CANOTILHO, 2000: 1264)

Outro ponto interessante, é o da chamada *reserva do possível*, especialmente associada ao campo dos direitos sociais. SARLET (2008-b: 29) resgata que surge na Alemanha, no início dos anos 1970, a chamada *reserva do possível* (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que condiciona a efetivação desses direitos à disponibilidade de recursos estatais.

O autor esclarece que esses recursos são de duas ordens:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativa, entre outras, e que, além disso, reclama a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. (SARLET, 2008: 29)

Por fim, e mais importante limite a ser lembrado neste rol exemplificativo, é a *dignidade da pessoa humana*. A aplicação dos direitos não pode deixar de garanti-la. SARLET (2008) assevera que a dignidade da pessoa humana pode ser identificada tanto como núcleo dos direitos fundamentais como fonte dos valores que estão presentes em cada um

deles. FERNANDES (2011: 252) reforça sua importância ao expor que “qualquer limitação (restrição) aos direitos fundamentais tem que respeitar o *núcleo essencial* destes, ou seja, o *núcleo essencial que envolve diretamente* os direitos fundamentais e por derivação a noção de *dignidade da pessoa humana, que não pode ser abalada*”.

1.2 Fundamentação da aplicação de direitos fundamentais

Um outro choque, além daquele já aventado quanto aos limites da atuação judicial na efetivação de direitos fundamentais (item 1.1 anterior), é notar que os fundamentos da aplicação de direitos fundamentais podem até ser considerados como pré-constituídos, mas também são identificados e fixados *a posteriori*, pelo fato de que a efetividade é reveladora de conceitos, constituindo momento que completa a aplicação.

Na efetividade do direito, encontram-se suprassumidos os momentos de positivação e de aplicação. É nesse momento da efetividade, para o qual o Poder Judiciário contribui, que o direito se mostra, na terminologia hegeliana, em como *conceito*, que mantém e supera o seu *ser* e sua *essência* ao mesmo tempo.

Na visão de SALGADO,

[a] aplicação tecnicamente é um processo de subsunção, de movimento lógico de subida, do fato para a universalidade da norma e da norma para a particularidade do fato e, na medida em que se faz aparelhadamente, é jurisdição. (2006: 123)

[...]

Toda aplicação, do ponto de vista do discurso que ela desenvolve, obedece a uma estrutura de argumento, na forma de um silogismo prático, dialético, que, no sopesamento dos valores aceitos socialmente e postos em jogo, resulta na decisão jurídica [...]. (2006: 125)

[...]

A justiça se completa na aplicação. A justiça da lei é apenas o momento abstrato do justo, portanto, inicial do processo da justiça. É na singularidade da aplicação, em que atua a consciência jurídica, que se completa a dinâmica da justiça, por meio da particularidade dos conflitos de interesses. O silogismo prático da aplicação é a articulação lógica desse processo pelo qual o justo universal e abstrato da lei, na particularidade dos interesses individuais, efetiva-se na singularidade da aplicação ou superação da oposição conflitiva do interesse particular e do justo universal. (2006: 123)

Fundamentar a aplicação de direitos fundamentais é dotar de lastro essa forma de efetivação. Não obstante, pretende-se ilação quanto ao conteúdo dessa aplicação, porque será demonstrado que ele compõe tal fundamentação, e a aplicação, dialeticamente, interfere no conteúdo por ser atividade que integra o momento da efetividade desses direitos.

1.2.1 Direito e eticidade

Para se demonstrar a flexibilidade da fundamentação da aplicação de direitos fundamentais, é necessário desenvolver os argumentos de que 1) ela é posta pelo próprio direito em seu desenvolvimento histórico, revelado na eticidade, e aqui associado ao constitucionalismo, por este ser expressão dos princípios norteadores do desenvolvimento do Estado (de direito) e do direito; 2) que esse fundamento só é conhecido no momento em que se efetiva o direito, no caso do Poder Judiciário, no momento da aplicação desses direitos.

Desse modo, sustenta-se a flexibilidade da fundamentação da aplicação judicial na efetivação de direitos fundamentais, qualificando-a como *a posteriori*. A fundamentação que se pode tomar *a priori*, isto é, a que se encontra pré-estabelecida – sobretudo pelas ideias de efetivação desses direitos e de justiça que ela traduz no mundo contemporâneo – é abstrata, uma vez que esse momento de efetivação para, definido o conteúdo dos direitos fundamentais que lhe dão sentido, a aplicação revele seus próprios fundamentos.

Essa linha argumentativa, embora presente neste item sobre *fundamentação*, pode ser estendida para o tópico de *limites* da aplicação de direitos fundamentais já abordado. Da consideração da flexibilidade desses parâmetros acaba exsurgir a *fluides* do direito, cujo conteúdo efetivado pela aplicação tem impacto no mundo jurídico e em outros campos da cultura. Assim a tese que é proposta por este trabalho se completa na investigação das *implicações* da atuação judicial que efetiva direitos fundamentais, e do *direito fluido*, respectivamente, nos itens 2 e 3 desta parte final do trabalho.

Começando a desenvolver o primeiro item, tratando em especial da eticidade e do direito, parte-se da distinção entre os discursos de *fundamentação* e de *aplicação* defendida por GÜNTHER (2004). Para o autor, “uma regra será *fundamentada* desde que contenha sinais característicos como os que ocorrem na descrição da realidade factual, se válida e generalizável segundo diversas formas de justificação externa” (2004: 342). Em relação à aplicação, explica o GÜNTHER, “nem todos os argumentos que aparecem em argumentações de adequação são compatíveis com a ideia de aplicação imparcial” (2004: 396).

O autor preocupa-se com essa ideia de aplicação imparcial, “da qual faz parte o exame de todos os sinais característicos normativamente relevantes de uma situação. Por conseguinte, ela está vinculada à ponderação de princípios e aos procedimentos que possibilitem uma consideração integral e adequada” (2004: 396). GÜNTHER sustenta que

[a] aplicação do Direito, nos quais também possam ser destacados os princípios políticos e morais que representam o nível pós-convencional de

argumentação moral. Desse modo, aplicação de normas, por sua vez, é de novo “procedimentalizada” e, com isso, novamente vinculada a argumentações imparciais de adequação. (2004: 396)

GÜNTHER procura, então, debater a posição que acabou considerando “o Direito, de antemão, segundo sua função de estabilização da expectativa geral”, que atua principalmente sob condições de “exiguidade de tempo e de conhecimento incompleto”. Sob essa perspectiva, “as argumentações de adequação somente possuem o valor de contribuir com recursos teóricos para se conseguir impor decisões” (GÜNTHER, 2004: 369). Justamente para refutar essa posição, GÜNTHER passa a discutir “a teoria da *Integrity* [integridade] de Dworkin, como exemplo de uma teoria da coerência de fundamentação e aplicação jurídicas”.

Para DWORKIN (2007: 273), *direito como integridade* é “tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração”. O autor sustenta

duas formas de integridade ao arrolar dois princípios: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. A primeira restringe aquilo que nossos legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas. A segunda requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. (DWORKIN, 2007: 261)

DWORKIN (2007: 271) postula que esse “princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – comunidade personificada”.

A integridade do direito, desse modo, permitiria aos juízes solucionar cada caso soluções a partir desse direito como um conjunto coerente de princípios. A coerência, entretanto, deve ser também das decisões que são proferidas com decisões anteriores (e, em certa medida, com decisões futuras). Ao propor o *romance em cadeia* (DWORKIN, 2007: 275), o autor associa o juiz a um romancista que estivesse a continuar a produção de uma obra começada por seus antecessores. Segundo DWORKIN explica,

[c]ada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. (2007: 276)

A partir dessa metáfora do *romance em cadeia*, DWORKIN (2007: 294) conclui que o direito como integridade “exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade,

perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo”. DWORKIN não supõe que algum juiz seja capaz de realizar essa tarefa, por isso imagina “um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor”, que poderia ser imitado por um juiz até certo ponto.

Deve ser reconhecido o mérito da concepção de *integridade* de DWORKIN, sobretudo pelas reflexões que proporciona em relação à coerência normativa e das decisões judiciais. GÜNTHER (2004: 411-412) ressalta que essa “teoria política geral coerente, estabelece uma ponte argumentos principiológicos morais e decisões a respeito de normas jurídicas. A desvantagem dessa proposta é que Dworkin restringe os princípios a serem considerados ao contexto de um comunidade política”.

Contudo, para não ser preciso recorrer a um *juiz hercúleo*, concebe-se a tarefa – embora não se diga que seja fácil, pelo contrário, ela será até mesmo qualificada como *arriscada* à frente – de captar e realizar o justo não como algo que se busca fora do direito, mas que o próprio direito revela em sua *eticidade*. Assim, é preciso trazer à discussão a *eticidade do fenômeno jurídico* (BROCHADO, 2006).

O termo *eticidade* remete a *Sittlichkeit*, que HEGEL (1988) emprega para tratar da *moralidade objetiva*, conforme expõe BROCHADO (2006: 112). A autora aduz que “a eticidade tem que ser compreendida como o momento de superação da subjetividade moral e da objetividade jurídica (do direito positivo) numa forma mais fundamental do espírito objetivo, síntese das duas” (BROCHADO, 2006: 112).

BROCHADO (2006: 238) sustenta que a concepção “normativista, que tentando autonomizar metodologicamente o direito, acabou por subtrair dele sua essência ética, em virtude da excessiva preocupação de delimitar o campo do jurídico e do moral”. Para autora, o direito é “normatividade ética em si mesmo (*eticidade*), por isso o realizador de um *maximum ético*” (2006: 155). Ela propõe o chamado *direito ético* para encontrar “uma definição *positiva* de justiça, construída numa ideia jurídica (e não moral – como virtude de justiça” (BROCHADO, 2006: 184).

É por meio do prisma do *direito ético* (BROCHADO, 2006) que se deve tomar a proposta de *flexibilidade de parâmetros e implicações da atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais*.

Essa aplicação tem limites e fundamentos que são revelados pelo próprio direito, enquanto fenômeno que já é, ele mesmo, integrante da *eticidade*, suprassumido nela. Assim, não é preciso que se recorra a argumentos externos ao direito para identificar esses

parâmetros, pois argumentos que, em princípio, possuiriam outra natureza, como moral ou política, estão incorporados ao amálgama do conteúdo jurídico, tendo em vista o direito como “*maximum ético*”.

É possível buscar em SALGADO (2006: 141) embasamento para se considerar que “a aplicação do direito é discurso fundamentado, e assim, de estrutura realizadora da racionalidade do direito, não havendo como separar aplicação e fundamentação”. Segundo o autor,

a distinção entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação não é precisa, do modo como sugere Günther. O discurso de fundamentação é sempre voltado para a aplicação. Não há norma que se interprete sem se ter em vista a aplicação. O discurso de fundamentação deve ser entendido como o que justifica, dá razão.

[...]

No momento da aplicação ocorre do mesmo modo a fundamentação. Mas, aí, não se trata de encontrar [...] a conveniência de aplicar ou não a norma. Não há o momento político. Se o aplicador não a aplica, erra, exclui-se da sua função; ou, se alega “inconveniência” na aplicação, é porque há uma ponderação dos efeitos da aplicação com relação aos bens ou valores em jogo, que dão peso aos interesses em conflito. [...] Nesse caso não se trata da conveniência política, mas da ponderação axiológico-jurídica.

O próprio direito revela – ao se mostrar enquanto *eticidade* – as bases e as diretrizes para aplicação de direitos fundamentais, porque esses direitos são o cerne da normatividade do *direito ético*, que não somente é *imperativa*, submetendo todos, mas também *exigível*, permitindo que se cobre efetivação desses direitos. Como lembra BROCHADO (2006: 163-164),

a denominada por Salgado *irresistibilidade* é que torna possível a universalidade objetiva do Direito. [...] A irresistibilidade é a própria impossibilidade imposta pelo direito de sua decisão ser modificada por qualquer outra forma de poder, que não o próprio Direito.

Ao se buscarem fundamentos jurídico-positivos para aplicação, não mais do que uma adequação pode ser obtida. Contudo, o direito não carece de fundamentos próprios a ponto de só se justificar com base exterior. Os direitos fundamentais, cujo conteúdo o movimento do constitucionalismo valida, constituem fonte dessa fundamentação. Uma aplicação do direito que consiga captar esses fundamentos *jurídicos* na *eticidade* para sua atuação, sem dúvida, não realiza mera adequação de normas, mas denificação de conteúdo substancialmente jurídico.

Desse modo, sustenta-se que a fundamentação da aplicação de direitos fundamentais coincide com os princípios norteadores do constitucionalismo, que podem ser

resumidos pela tensão entre limitação do poder estatal e o dever de efetivar direitos fundamentais.

Defende-se a flexibilidade dessa fundamentação no sentido de que ela não está pré-estabelecida, precisando do conteúdo revelado no plano da efetividade para se completar ou ser definida. Para tanto, normas que fundam a competência da aplicação judicial de direitos fundamentais devem ser lidas pela óptica daquilo que o constitucionalismo expressa enquanto destaca a *eticidade do fenômeno jurídico*.

1.2.2 Aplicação do direito no mundo contemporâneo e o constitucionalismo

É de grande relevância para esse trabalho o resgate da tese do direito como “*maximum ético*”, desenvolvida por SALGADO (2006), uma vez que trata da *ideia de justiça no mundo contemporâneo*. Embora o autor busque categorias do direito romano para fundamentá-la, ela pode ser vista como desenvolvida a partir das contribuições do idealismo alemão. Antes de retomá-la, alguns esclarecimentos apoiados em outras obras do autor merecem ser feitos.

É por meio das contribuições de KANT que o autor fundamenta a centralidade da *liberdade*. Considerando ainda a *igualdade* (formal) como elemento que forma a *ideia de justiça em Kant*, SALGADO (2012) ressalta o papel que ela possui para a universalidade da liberdade. Segundo SALGADO (2012: 251), a liberdade recebe sólida fundamentação filosófica por meio do pensamento de KANT,

que não consagra um puro individualismo, mas assenta as bases de um ideal de igualdade e liberdade do homem, enquanto também considerado na sociedade, como consequência da sua constante preocupação pelo universal; Kant coloca, no centro do seu conceito de justiça, a ideia de liberdade, seguida da de igualdade, em função das quais, somente, pode ser pensado o conceito de ordem na sociedade.

Segundo SALGADO (2012: 194-195), embora KANT considere todo homem como livre,

não fala em limitação da liberdade de um pela liberdade do outro, mas de limitação do arbítrio de cada um segundo uma lei universal da liberdade, que tem procedência na razão, de modo a compatibilizar esses arbítrios e fazer resplandecer a liberdade. Nesse conceito estão implícitos, portanto, os dois elementos essenciais do seu conceito de justiça: a liberdade e a igualdade. O direito procura realizar a liberdade na plenitude, na medida em que torna possível o pleno exercício, em sociedade, do maior dos bens do homem: a liberdade.

A liberdade é concebida em sua universalidade, e, ao mesmo tempo, em sua individualidade. Contudo, SALGADO critica o formalismo da tese kantiana, desconectada da sua efetividade.

A *ideia de justiça em Hegel* mostra-se, assim, mais interessante à compreensão da realidade, uma vez que

[...] não há para Hegel uma ideia de justiça separada da realidade em que ela se revela. A ideia, por ser a expressão maior da racionalidade, é também a máxima expressão da realidade. A ideia de justiça não é criação arbitrária do homem para ser aplicada como esquema compulsório a uma realidade que lhe é diferente, à guisa de forma sobre a matéria, mecanicamente. É ela exposição dessa mesma realidade. (SALGADO, 1996: 498)

[...]

A ideia de justiça é, portanto, a realidade efetiva do direito, não um em si imediato e natural, mas em si e para si, enquanto liberdade efetiva ou vontade livre. Essa vontade livre e efetiva (*wirklicher freier Wille*), concebida não mais no momento do em si, mostra-se no momento abstrato do direito como organização normativa, mas só se torna realmente concreta no sujeito do direito, que realiza na singularidade do seu direito a universalidade abstrata da ordem normativa.

Como é o ser humano o elemento da liberdade, não é essa considerada nele como mera forma, mas ideia, resultado dialético do fazer-se livre.

Em relação aos elementos que compõem a *ideia de justiça em Hegel*, SALGADO (1996: 506) revela a presença, para além da liberdade e igualdade, de um terceiro elemento, o *trabalho*. A liberdade é, ainda, pensada em sua efetividade, diferentemente da perspectiva kantiana. O conceito de *ideia* também se modifica, superando a perspectiva kantiana de criação “pela faculdade da razão” (SALGADO, 2012: 43) para significar esse “resultado dialético do fazer-se livre”.

Essa duas concepções são fundamentais para a compreensão da *ideia de justiça no mundo contemporâneo*, que considera os elementos elencados por KANT e HEGEL, e também reconhece a importância do momento da efetividade. SALGADO (2006: 257) afirma que a ideia de justiça no mundo contemporâneo é

entendida como a processualidade histórica da inteligibilidade do direito, o resultado dessa processualidade que se acumula no presente histórico do nosso tempo, e se expressa na efetividade do direito na ordem social justa com sentido universal, vale dizer, que efetiva a legitimidade do poder mediante a procedimentalidade democrática, enquanto esse poder tem origem na vontade popular e se estrutura na divisão da competência para o exercício do poder, com vistas ao seu núcleo (a declaração de direitos) e conteúdo axiológico, como processo historicamente revelado, constituído dos valores fundamentais da cultura, então formalizados conscientemente na declaração dos direitos fundamentais, na constituição, para a sua plena efetivação.

Desse modo, é possível compreender o motivo de, na *ideia de justiça no mundo contemporâneo*, SALGADO retomar as categorias romanas, principalmente “a *universalidade formal e material*, que justificam a exigibilidade, e que no Direito romano é coroada como efetividade na *actio*, ato que movimenta a realidade do ideal jurídico, para torná-lo concreto” (BROCHADO, 2006: 156). A preocupação é, pois, com a efetivação dos direitos fundamentais declarados.

SALGADO (2006: 270), como visto no item 1.3 da Parte II que trata da ideia de direitos fundamentais, sustenta que o direito é o “*maximum ético*”, e que a ideia de justiça no mundo contemporâneo, realizando esse direito, tem como ponto de chegada a efetividade dos direitos fundamentais. Segundo o autor,

o jurídico é [...] o último momento do processo ético que mostra a sua verdade através do processo histórico-cultural do Ocidente. O jurídico, portanto, assume o ético (moral) e o político [...]. Eis por que o cidadão, que era apenas função da *polis*, passa a ser titular de direitos políticos e o Estado, por outro lado, é juridicizado na era do constitucionalismo. (SALGADO, 2006: 5)

Pensar o momento de efetivação de direitos fundamentais na atualidade, sob o recorte da atuação judicial, faz emergir o problema dos parâmetros da aplicação deles.

Ao serem procurados fundamentos – bem como limites – dessa atuação, percebe-se que a tensão existente no constitucionalismo, anteriormente abordada, contribui para que esses parâmetros sejam revelados na marcha do constitucionalismo, que avança com a efetivação do direito, em especial dos direitos fundamentais.

BONAVIDES distingue “o velho Direito Constitucional da separação de poderes e o novo Direito Constitucional dos direitos fundamentais”. Segundo o autor,

com efeito, a esfera mais crítica e delicada para o estabelecimento de um Estado de Direito era, na idade do Estado liberal, a organização jurídica do Poderes, a distribuição de suas competências e, por conseguinte, a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania, bem como a determinação de seus limites. Hoje, os direitos fundamentais ocupam essa posição estrutural culminante. [...]

Já com o novo Direito Constitucional, a tensão traslada-se, de maneira crítica e extremamente preocupante, para a nervosa esfera dos direitos fundamentais. A partir de então, a Sociedade procura aperfeiçoar o sistema regulativo de aplicação desses direitos, em termos de um constitucionalismo assentado sobre as incoercíveis expectativas da cidadania postulante.

Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. (BONAVIDES, 2009: 601-602)

A atuação judicial destaca-se na concretização de direitos fundamentais, na medida em que permite a universalização desses direitos, e que contribui para a definição do

conteúdo deles. Completando o silogismo, ao aplicar direitos fundamentais, não só o conteúdo do direito é construído, como também os próprios parâmetros para a atividade.

Sustenta-se essa aplicação fundamentada no constitucionalismo, extrapolando as referências do direito positivo, em especial contidos na Constituição. Afirma-se a flexibilidade dessa fundamentação que, embora possa ser identificada a priori como o dever de efetivar direitos fundamentais, só tem o seu significado a posteriori encontrado, no momento em que esses direitos são revelados ou construídos.

1.2.3 Interpretação e aplicação de direitos fundamentais

Ao serem aplicados os direitos fundamentais por julgamentos com base em valores consubstanciados em normas, o conteúdo desses direitos é definido para o exercício da jurisdição. Esse conteúdo interfere nos fundamentos da própria aplicação, tendo em vista que “interpretar a Constituição significa tocar no que é mais importante para o indivíduo, enquanto cidadão: a sua liberdade. É desse direito fundamental, projeção da dignidade do ser humano, que decorrem todos os outros” (DINIZ, 2002: 259).

Para interpretar direitos fundamentais nessa perspectiva, é preciso perceber a complexidade do próprio direito em suas múltiplas faces ou dimensões. Assim, correntes do pensamento jurídico que contribuem para realçar essas faces são de grande valia.

A aplicação desses direitos contribui para se manifeste a força normativa do conteúdo deles, revelando a íntima conexão entre a *norma* e a sua *concretização*.

Para serem concretizados por meio da aplicação, os direitos fundamentais precisam ser interpretados. Isso permite voltar à discussão sobre procedimento, sobre métodos, sobre controle de interpretação. A proposta procedimental que se apresenta, contudo, quer realçar que a busca por estabilidade dos parâmetros para aplicação de direitos não deve ser maior do que a utilidade que o procedimento possui. O procedimento está em construção, assim como o conteúdo cujo cumprimento ele objetiva assegurar. Não se pretende postular regras para um caminho, mas perceber o movimento das regras que compõem o processo da efetivação desses direitos.

1.2.3.1 Positivismo, axiologismo e realismo jurídico: o tridimensionalismo e a aplicação

Correntes teóricas tradicionais, o positivismo, o axiologismo e o realismo jurídico realçam cada dimensão jurídica. A concepção tridimensional do direito, em conjunto com esses vieses teóricos, presta auxílio para a compreensão do momento de aplicação do direito, bem como da complexa segurança jurídica associada à articulação dessas dimensões na decisão.

O tridimensionalismo jurídico descreve o direito como *fato*, *norma* e *valor* (REALE, 1986). Essas três dimensões relacionam-se dialeticamente, compondo o fenômeno jurídico.

Tomando de empréstimo essa descrição, sugere-se atenção especial ao âmbito do fato, uma vez que se pretende olhar a aplicação do direito enquanto um fato. Assim, aquilo que é produzido pelo Poder Judiciário integra a dimensão do fato nessa proposição. Para melhor visualização, mantém-se a perspectiva tridimensional, porém com acréscimo do *fato* ao final da tríade para análise da aplicação do direito: *fato – norma – valor – fato*.

O *positivismo jurídico*, apesar de suas múltiplas linhagens, características e de seus diversos autores expoentes, possui foco na *norma*. O *normativismo*, o *legalismo* e o *formalismo* aos quais ele está associado evidenciam esse ponto central.

Aplicar o direito é interpretar, dentre outros, a *norma*, realizando-se o entendimento de seu significado, de seu preceito e de sua sanção. O *positivismo jurídico* pode ser tomado como utensílio analítico centrado nesse âmbito.

Contudo, no momento da aplicação, o posicionamento – principalmente jurisprudencial, mas também doutrinário – acerca do significado da norma está presente no âmbito do *fato*, compondo tudo aquilo que o direito é. A interpretação inafastável da aplicação atinge também esse entendimento. A própria norma, enquanto direito positivo, integra essa denominada dimensão fática. Só o positivismo não é suficiente para compreensão do direito, tanto mais se considerem as outras dimensões do valor e do fato.

Vale a pena refletir sobre a passagem de uma perspectiva de *potência-ato* (aristotélica) para a *dialética* (hegeliana) que envolve a interpretação normativa. Na primeira, o entendimento que está em potência na norma e em ato na sua interpretação pode até ser completo, mas é fragmentado em relação ao conceito, ou compreensão do significado normativo que contém, além da potência da norma, todo caminho composto por atos de aplicação.

Mas essas perspectivas não são expostas para se contraporem. Basta pensar que, no momento de aplicação, no ato de interpretação, o significado da norma está *em si* mesma em potência, não descartado o potencial presente no significa que já tenha apresentado anteriormente. Anteriormente, enquanto momento lógico, uma vez que esse momento remete tanto aos atos passados de interpretação, quanto à formação do significado a partir de pré-compreensões até se alcaçarem compreensões (que constituirão novas pré-compreensões) no processo cíclico do *círculo hermenêutico*, melhor descrito por uma espiral como lembra DINIZ (2002: 221).

Se o *positivismo jurídico* é útil para o recorte analítico que isola a *norma*, o *realismo jurídico*, por sua vez, é uma ferramenta para destacar os atos de aplicação do direito, sobretudo concepção do direito que esteja vigente, extraída das decisões dos órgãos do Poder Judiciário. Isso porque, para o *realismo jurídico*, o direito é aquilo que o Judiciário afirma que ele é.

Em verdade, a obrigatoriedade do cumprimento das decisões judiciais confere força à interpretação realizada pelo Judiciário. A autoridade para o exercício da competência de aplicar o direito gera decisões jurídicas que constituem o direito, uma vez que o tornam efetivo.

Embora analiticamente relevante, o *realismo* é igualmente incompleto. O direito não pode ser só aquilo que os juízes e tribunais decidem. A uma, porque o Poder Executivo, a sociedade e o Poder Legislativo – este com importância ímpar que envolve a imprescindível elaboração normativa, a fiscalização orçamentária e de contas do Executivo e o desempenho de atípicas competências administrativas e judicantes – também conferem efetividade ao direito.

Em segundo, saber o que foi decidido anteriormente ou recentemente é importante, mas não garante sua repetição. Há, no momento de aplicação, a consideração dialética, no sentido empregado por REALE, das três dimensões do direito, o que pode reafirmar ou refutar o que tenha sido anteriormente decidido.

A interpretação do direito para a sua aplicação é um processo que considera as três dimensões jurídicas, fornecendo as referidas correntes material teórico para enfrentamento de cada uma delas. Nenhuma das correntes sozinha dá conta de toda a complexidade do fenômeno jurídico multidimensional.

Na aplicação do direito, interpreta-se a situação (alegações, provas, pedido) que forma o caso jurídico, as normas aplicáveis do ordenamento e os valores nelas contidos. Particularmente, os valores são objeto de estudo do *axiologismo jurídico*.

O *positivismo jurídico* é um vilão responsável por alijar o *valor* da atenção dos juristas e teóricos. Deprecia a independente discussão acerca dos valores, por meio do argumento da subjetividade dos valores quando dissociados da norma jurídica. Sua concepção é de que o direito é norma jurídica, e os valores só têm peso à medida que nela consubstanciados.

O combalido *axiologismo jurídico* encontra-se desacreditado, ora pelo subjetivismo insuperável, ora pela inexecutável ordem objetiva de valores. No campo dos direitos fundamentais, o axioma contrário à hierarquia deles é um exemplo de que a discussão sobre valores se reduz a uma discussão normativa.

O *valor* é, como dito, uma das dimensões do direito, muito embora se lhe afaste a relevância reiteradamente, quando destacado da norma jurídica. Ele integra o preceito normativo tanto no plano de sua elaboração quanto de sua aplicação, sendo evidentemente importante. A interpretação do fato também envolve sua valoração, a exemplo do que ocorre na apreciação da prova em direito.

O *axiologismo jurídico* provê subsídio teórico para a investigação da dimensão valorativa. A discussão sobre os valores pode ser ainda associada à ideia de coerência, como abordado no item 3.1.3.

Considerar a complexidade de uma interpretação que considere a articulação das dimensões do direito permite perceber a complexidade da aplicação do direito. Reforçar a sobrepujança da prática da atividade judicial de aplicação de direitos fundamentais que resulta no desenvolvimento de seus próprios fundamentos é confirmar uma fundamentação *a posteriori* da aplicação desses direitos.

1.2.3.2 A força normativa do conteúdo de direitos fundamentais

A força normativa do conteúdo de direitos fundamentais está diretamente relacionada à possibilidade desse conteúdo ser adequado ao momento da efetivação. É a força que possui enquanto norma eficaz. Assim, fica ressaltado que a força normativa dele dialoga com a sua *concretização*.

HESSE escreve sobre a *força normativa da Constituição*. Destacam-se seus argumentos quanto ao desenvolvimento da força normativa da Constituição, e da necessidade de seu conteúdo ser assumido como prática. Ao se fazer uso aqui desses argumentos relacionados à Constituição, pretende-se tratar da força normativa de direitos fundamentais consubstanciado no conteúdo dela. Sobre a correspondência com a realidade, HESSE afirma que

Quanto mais o *conteúdo* de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Tal como acentuado, constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral. (HESSE, 1991: 20)

Adaptando para direitos fundamentais, seu conteúdo deve corresponder ao presente. Quanto mais correspondência alcançar, maior a força normativa. Uma vez que essa correspondência com o tempo presente está imediatamente vinculada à efetivação, os direitos fundamentais desenvolvem sua força normativa à proporção que são concretizados.

A concretização da Constituição, segundo HESSE, não deve ser tomada isoladamente, mas assumida enquanto *praxis*. Em suas palavras,

[u]m ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *praxis*. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que sua observância revela-se incômoda. (HESSE, 1991: 21-22)

Transpondo-se essa observação para direitos fundamentais, a força normativa do conteúdo desses direitos é algo que se renova com a efetivação. Deve-se notar, contudo, que a prática, o emprego desse conteúdo não visa somente a um momento específico, mas à amplitude que os *partícipes da vida constitucional* podem conferir à força desse conteúdo, uma vez que o respeitam.

Qualquer fundamento jurídico-positivo da aplicação de direitos fundamentais revigora sua força normativa quando a efetivação é operada. Deve-se reforçar que é possível

buscar esteio no constitucionalismo para que o conteúdo desse fundamento tenha sua força normativa justificada.

Unido-se as ideias de fundamentação e limites da aplicação de direitos fundamentais, a flexibilidade desses parâmetros permite que a força normativa não fique atrelada às fronteiras pré-estabelecidas. A possibilidade de que o conteúdo desses direitos corresponda à realidade está vinculada, nessa aplicação, às possibilidades abertas pelos seus parâmetros.

1.2.3.3 Abertura textual

O texto veicula um conteúdo normativo. Não é só no texto escrito que estão as normas jurídicas, porém, tanto mais se esteja alinhado à tradição romano-germânica, maior sua importância enquanto direito legislado.

É possível pensar a abertura do texto normativo como: 1) abertura do texto à significação; 2) sujeição do texto à interpretação por uma sociedade aberta de intérpretes.

O texto normativo constitucional, além de limite para aplicação de direitos fundamentais, como discutido, é indispensável para que se discutam os fundamentos dessa aplicação. Em que pese a possibilidade de algumas normas não estarem expressas no texto constitucional ou no ordenamento como um todo, mesmo assim, o texto continua requerido, haja vista que, obviamente, é nele que essas normas estão implícitas. É por meio do texto, portanto, que se conhecem normas sejam explícitas ou implícitas.

Toda essa discussão é importante porque, ao se aplicarem os direitos fundamentais, é o conteúdo normativo deles que é definido. A construção literal do texto está vinculada ao plano legislativo. Entretanto, a alteração do conteúdo normativo, do sentido do texto, como já abordado, é perfeitamente possível frente à interpretação, inerente ao processo de aplicação. Ampliar ou atualizar esse conteúdo é contribuir para o desenvolvimento de sua força normativa.

Para enfrentar a questão da abertura do texto, vale lembrar da proposta elaborada por MÜLLER (2008). A distinção que o autor faz entre *programa normativo* e *âmbito normativo*, visando à concretização normativa, é assim descrita por FERNANDES (2011: 167-168):

a concretização normativa [...] deve levar em conta dois elementos: *um* formado pelo conjunto de domínios linguísticos resultantes da abertura semântica proporcionada pelo texto do preceito jurídico (*programa normativo*) e *outro*, que diz respeito ao conjunto de domínios reais, fáticos,

abrangidos e função do programa normativo, ou seja, a porção da realidade social tomada como estrutura fundamental e que o próprio programa normativo autoriza a recortar (*âmbito ou campo normativo*).

O âmbito normativo, nas palavras de MÜLLER (2008: 93), “como componente estrutural da norma jurídica é um projeto tipificador no campo das possibilidades reais daquilo que aparece regulado realmente como caso particular no âmbito de validade da norma concretizada”.

Essa concepção, parte da *teoria estruturante do direito* que defende, merece destaque pelo tratamento especial que dá à norma jurídica, compreendendo-a como “algo mais que o texto de uma regra normativa. De sorte que a interpretação ou concretização de uma norma transcende a interpretação do texto, ao contrário do que acontece com os processos hermenêuticos tradicionais no campo jurídico” (BONAVIDES: 2009: 499). Contudo, o método proposto por MÜLLER acaba recebendo críticas, como a de BÖCKENFÖRDE – assinalada por MENDES (2013: 93) – por não oferecer “critério preciso para orientar essa correlação a ser estabelecida entre o programa normativo e o domínio da norma, ainda deixando a atividade hermenêutica sem calço seguro e sem produzir um parâmetro de controle racional da atividade”.

O outro tipo de abertura do texto normativo é em relação à pluralidade de intérpretes. Embora HÄBERLE não despreze a importância do Tribunal Constitucional, sustenta que deve haver uma *sociedade aberta de intérpretes da Constituição*. BONAVIDES explica a construção teórica de HÄBERLE através de três pontos principais:

o primeiro, o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição; o segundo, o conceito de interpretação como um processo aberto e público; e, finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma como realidade constituída e “publicização” (“*verfassten Wirklichkeit und Öffentlichkeit*”). (BONAVIDES, 2009: 509)

Uma das críticas que a teoria de HÄBERLE recebe é que, ao “colocar nas mãos de todos, sem distinção, a interpretação das normas constitucionais, transforma esta atividade primária num processo primariamente político” (DINIZ, 2002: 258). Entretanto, DINIZ (2002: 259), reconhecendo o mérito dessa teoria para a hermenêutica constitucional, chama a atenção para

a questão da necessidade de evitar a cisão entre as dimensões normativa e a política da Constituição, cuja unidade decorre do próprio conceito (de Constituição). Ela, de fato, é a lei fundamental da sociedade e do Estado. Daí porque a jurisdição constitucional, quando a interpreta, não pode – pelo menos não deve – menosprezar as consequências de suas decisões, que inevitavelmente afetam toda a comunidade.

O conteúdo dessas decisões, nessa perspectiva postulada por DINIZ, pode ainda gerar, nessa perspectiva, repercussão em outros âmbitos do mundo da cultura. Essa é uma das acepções do *transbordamento* que será abordado no item 3.2.3 da Parte III.

Há de se considerar, ainda, uma outra abertura textual, não do texto legal, mas daquele por meio do qual uma decisão é proferida, concretizando a norma. Antes de comentar essa abertura, vale ressaltar que a articulação entre *legislação, doutrina, e jurisprudência* é um preciso recurso para a interpretação.

Sem entrar na discussão sobre fontes do direitos, *doutrina e jurisprudência* contribuem imensamente para a compreensão do direito positivo. Em resumo, os conceitos e posições doutrinárias servem de pré-compreensão para o intérprete a compreender uma cláusula legal. A doutrina ainda contribui para sistematizar, esclarecer e criticar o repositório jurisprudencial.

Já a jurisprudência revela valiosos entendimentos que deram respostas a demandas, uma vez que já foi realizado um processo de interpretação para a aplicação do direito. Esse efeito poderia ser considerado uma *retroalimentação* jurídica.

Essa noção significa conexão com o tempo futuro, uma vez que o texto gerado no ato da decisão jurídica não só fica registrado para consultas diversas, mas é também utilizado como alvo de análises em relação ao seu teor comunicacional. Em outras palavras, o texto produzido quando de uma decisão é, assim como aquele que lhe dá origem, um texto aberto. Isso, inclusive, autoriza a afirmação de que o texto jurídico, legal ou da decisão, pode ser visto como um texto sempre e ciclicamente em construção.

As decisões que concretizam direitos fundamentais, dada a universalidade desses direitos, têm grande possibilidade de influenciar novas decisões. Essa possibilidade provém, portanto, da abertura do texto normativo e da necessidade de bagagem para apoiar a compreensão dele. O arcabouço de pré-compreensões do intérprete pode ser formado por essas decisões judiciais.

Essas decisões visam à solução de casos práticos ou de fixação de entendimento abstrato em situações de controle de constitucionalidade. A definição do conteúdo do texto normativo a ser aplicado segue limites e fundamentos que só são evidenciados no momento da aplicação, momento que é uma das formas de conferir efetividade a esses direitos.

1.3 Atuação legítima do Poder Judiciário

Pensando-se os parâmetros *fundamentos* e *limites* agora mais próximos, como uma unidade de referências da atuação judicial, retoma-se a questão da legitimidade dessa aplicação de direitos fundamentais. O problema da legitimidade está no pano de fundo deste trabalho, sendo abordado em diversos itens. Neste, é importante perceber que a legitimidade pode ser alcançada mesmo que se sejam propostos fundamentos flexíveis da aplicação de direitos fundamentais.

A aplicação de direitos fundamentais constrói o conteúdo desses direitos e, desse modo, sua própria fundamentação. Os limites dessa aplicação também ficam evidentes nesse processo.

Assim, a legitimidade pode ser tomada como desdobramento da própria efetividade desses direitos, à qual a aplicação se presta precipuamente. Esse aspecto ligado ao conteúdo da aplicação une o próprio procedimento ao conteúdo que ele fixa, revelando a legitimidade.

Neste ponto, é importante trazer a distinção que CANOTILHO (2000: 1376) faz entre *legitimidade* e *legitimação* da ordem jurídico-constitucional:

o esforço de constituir uma ordem política segundo *princípios justos* consagrados na constituição confere a esta ordem uma indispensável bondade material (*legitimidade*) e ao vincular juridicamente os titulares do poder *justifica* o poder de “mando”, de “governo”, de “autoridade” destes titulares (*legitimação*).

A aplicação implica a construção do conteúdo de direitos fundamentais. Constatase que eles possuem abertura, variando seu conteúdo, em função da interpretação que lhes é dada no momento da aplicação. Por essa razão, a discussão de limites para a interpretação é importante, uma vez assinala a possibilidade e métodos para ser controlada.

Se considerada a abertura ilimitada deles à interpretação, podem se perder as referências racionais que cercam a aplicação, abalando a segurança jurídica. Pode haver também o comprometimento da separação dos poderes, em virtude do fortalecimento exagerado do Poder Judiciário, uma vez que detentor da autoridade para aplicar o conteúdo desses direitos, reduzida a ato de vontade do aplicador. Nessa linha, BONAVIDES (2009: 604) revela que

[e]m rigor, a compreensão mais larga desses direitos e de suas funções, mediante uma interpretação jurídico-objetiva sem fronteiras, poderia acarretar a perda de racionalidade na aplicação das regras jurídicas, o afrouxamento dos cânones da hermenêutica clássica e o advento de uma

nova metodologia interpretativa, inclinada a fortalecer abusivamente o poder judicial, propiciando a usurpação das competências políticas de ordinário reservadas aos demais Poderes, a saber, o Legislativo e o Executivo.

Desse modo, BONAVIDES (2009: 604-605) levanta a questão de qual legitimidade “teria o Poder Judiciário para manter, por via de sua função hermenêutica, tal superioridade sobre os Poderes Legislativo e Executivo”.

Para responder a essa questão, primeiramente, é preciso reafirmar a relevância da atuação judicial na efetivação desses direitos. Em seguida, retomar a atuação judicial na tutela deles pelo aspecto procedimental. É imprescindível, para que seja legítima, que essa atuação seja nos limites da competência, que precisa ser fixada e exposta no momento da aplicação. Para se alcançar a legitimidade formal, então, competência e motivação são palavras-chave.

A competência da aplicação judicial de direitos fundamentais, nos termos já abordados, mostra que essa atuação pode ser fundamentada formalmente no poder atribuído ao Poder Judiciário para revelar a vontade da lei e aplicá-la. Essa autoridade, em relação aos direitos fundamentais, é derivada, racionalmente, não do mero estabelecimento da competência, mas de sua atribuição para realizar a justiça, na medida em que lhes dá efetividade.

Essa competência, contudo, não pode ficar encoberta pelo manto da autoridade, sob o risco de não ser conhecida pelas partes, pela sociedade. Ela precisa ser exposta, revelando o procedimento percorrido por essa autoridade para se chegar ao conteúdo normativo e à decisão.

A motivação das decisões é uma expressão que pretende contribuir para a fundamentação jurídica dessas decisões pelo aspecto formal e também pelo material. O conteúdo motiva. É, em verdade, a *exposição* dessas razões jurídicas.

Sustenta-se que a motivação é a exposição do conteúdo da vontade racional.

As próprias normas jurídicas que indicam o procedimento judicial devem ser interpretadas, mostrando que o procedimento possui também a abertura à interpretação, limitada pelos controles formal e dinâmico. Ademais, exemplos como o *princípio da livre apreciação da prova* (art. 131 do Código de Processo Civil) assinalam uma abertura ainda maior, que traz de volta a questão da discricionariedade interpretativa.

A discricionariedade – em sentido amplo, não como mera escolha, mas como escolha guiada pela vontade da lei, portanto, racional – deve ser considerada possível em todo caso, desde que se decida com base no querer racional obtido pela interpretação da lei. É

preciso perceber que o aplicador é parte desse processo; sem ele, o procedimento é uma forma estagnada na linguagem.

No sentido restrito de discricionariedade, como aquilo em que o próprio direito deixa nitidamente um espaço obscuro que requer *participação* do intérprete, fica acentuada a flexibilidade dos parâmetros da aplicação. Esses parâmetros não somente são conhecidos nesse momento da aplicação, isto é, *a posteriori*, como buscam esteio no constitucionalismo para serem definidos.

Para se avaliar um possível excesso no exercício da competência judiciária de aplicação de direitos fundamentais é preciso, portanto, avaliar o ato da aplicação com base nos parâmetros jurídico-positivos, bem como no *constitucionalismo*, na medida em que ele ajuda a fixá-los.

Afirma-se que a legitimidade é aceitação do dever-querer racional assumido por meio da participação.

2 IMPLICAÇÕES

Uma vez abordada a legitimidade, incluindo a discussão sobre participação e aceitação, convém tratar das implicações que a atuação do Poder Judiciário possui na efetivação de direitos fundamentais. Essas implicações são pensadas em termos de efeitos indiretos da aplicação do direito, ou ainda como efeitos imediatos da efetivação de direitos fundamentais.

O importante papel assumido pelo Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais é uma das implicações. Com ela, vêm o risco de politização do Judiciário e o destaque da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Uma outra implicação são os impactos de ordem extraprocessual. Eles mostram que a aplicação de direitos fundamentais não somente põe fim a demandas judiciais, mas gera efeitos para o direito, ultrapassando o âmbito processual em que as decisões são tomadas. Assim, a aplicação é vista como construtora do direito, geradora de interpretações para novas aplicações e de expectativa social que reforça a observância do direito.

Os impactos da aplicação de direitos fundamentais começam, então, a ser pensados em relação ao Poder Judiciário, passando, em seguida, para o universo jurídico

como um todo, e, por fim, alcançando repercussões para além do direito , atingindo outras esferas do mundo da cultura.

2.1 Papel central do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais

Dependendo da perspectiva, o Poder Judiciário acaba por assumir o papel central na efetivação de direitos fundamentais. Ainda assim, isso não quer dizer que ele seja o único ator da efetivação desses direitos, mas que figura como referência indispensável, associada às decisões que profere e ao controle de constitucionalidade.

É indiscutível que a tutela judicial de direitos fundamentais é uma garantia à efetivação deles. A efetivação pela via judicial confirma a exigibilidade desses direitos. Contudo, o recurso a ela deveria ser utilizado como exceção, para resolver eventuais controvérsias, caso os demais Poderes e a sociedade não deixassem os direitos fundamentais em situação de déficit de efetividade e sensação de contínua lacuna.

À apreciação do Poder Judiciário são levadas as deficiências do Estado e da sociedade na concretização dos direitos fundamentais. Em um plano ideal, quanto maior a efetivação estatal e social desses direitos, menor a necessidade de atuação judicial. O Estado e a sociedade, contudo, não só deixam de conseguir uma proximidade à plenitude de efetivação desses direitos, como fazem surgir inúmeras questões atreladas à complexidade das relações entre os Poderes, entre os Poderes e a sociedade e entre os próprios cidadãos. Quanto maior o número de problemas, quanto mais distintos e delicados, maior a estrutura e a importância do Poder Judiciário. Ele passa de último recurso a ferramenta utilizada de forma corriqueira.

O Poder não é um fim em si mesmo. O Poder Judiciário muito menos. Ser suficientemente bem estruturado e ágil para dar conta de todas as demandas acerca de direitos fundamentais é um importante mérito, porém, que não se compara ao que esses direitos, na realidade, significam ou permitem às pessoas. Não é necessário que o Poder Judiciário aumente o seu tamanho constantemente, que aparente se sobrepor aos demais Poderes ou que resolva mais casos a cada ano para que não perca importância. Seus créditos advêm qualitativamente de cada decisão sobre esses direitos, que promove a dignidade da pessoa humana.

De todo modo, seja nas demandas versando sobre direitos fundamentais ou na realização do controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário acaba funcionando como

referência quando se trata de efetivação desses direitos. Seja pela garantia que ele representa, seja pelas decisões proferidas, há sempre interpretação na atividade de aplicação do direito. A interpretação judicial sobre os direitos fundamentais é dotada de alta relevância para o Estado e a sociedade.

O Supremo Tribunal Federal, como última instância do Poder Judiciário ou órgão que realiza o controle concentrado de constitucionalidade, destaca-se na efetivação desses direitos e na emissão de interpretações vinculantes.

É preciso olhar para o requisito da repercussão geral, para o efeito *erga omnes* de suas decisões e para a uniformização da jurisprudência que esse órgão realiza para se compreender a atuação do STF na efetivação dos direitos e o porquê de despontar notavelmente como protagonista nessa tarefa.

2.1.1 Risco de politização do Judiciário

Antes de tratar da *politização do Judiciário*, é preciso distingui-la da *judicialização da política*. Apesar das expressões serem, em alguma medida, equivalentes, caso a judicialização da política seja oportunidade para o Poder Judiciário tomar decisão política e não jurídica, a *judicialização da política* refere-se à jurisdição sobre questões que envolvem a política. Normas jurídicas regem a política, compondo a legalidade da qual não pode se afastar, ainda que se trate de situação de discricionariedade. O Poder Judiciário atua dentro de sua competência ao judicializar eleições ou políticas públicas, desde que realize o julgamento jurídico sobre essas questões intimamente ligadas à política. A *judicialização da política* será tomada, em tom ameno, frente o tom pejorativo da *politização do Judiciário*, esta associada a uma disfunção do Poder.

A expressão *politização do Poder Judiciário* melhor descreve a atuação desse Poder em substituição à política, ou a configuração de decisões de natureza *política*, embora se lancem argumentos jurídicos. Assim, pode-se pensar em invasão da competência de outros Poderes, e em distanciamento do lastro jurídico que deveria guiar as decisões. A realização de escolhas políticas em decisões que incumbem ao Poder Judiciário, procurando revesti-las de juridicidade por pretensos argumentos jurídicos e por meio do carimbo do órgão judiciário, permite perceber a politização desse Poder.

Há um risco dessa politização, dado o dever de efetivar direitos fundamentais que o Poder Judiciário possui, bem como a proximidade do direito com a política e a recorrente

judicialização da política. Os direitos fundamentais, cuja amplitude de conteúdo e baixa densidade normativa conferem à interpretação árdua tarefa para a aplicação, são apreciados ainda em demandas com argumentação oposta à aplicação no caso, embasada na disponibilidade de recursos. Embora deva ser jurídica a decisão quanto ao emprego de recursos – que tem natureza política – ela corre o risco de ser influenciada por argumentos de ordem política, tanto mais se considere que as decisões também não podem estar distantes da realidade social, sob pena de nascerem ou se tornarem inexecutáveis. Outro risco é o de o Judiciário ser convocado a um papel de suporte à política, ou de que a política seda espaço para o Judiciário. O Supremo Tribunal Federal, em virtude de suas competências, é o órgão que mais corre todos esses riscos.

O risco maior é de o Poder Judiciário se arrogar, ou lhe ser atribuída, a preeminência em relação aos demais. A atribuição do Poder Judiciário de aplicar o direito pode lhe conferir aspecto de superioridade em relação aos demais, na medida em que suas interpretações vinculem entendimentos dos outros Poderes, e que suas decisões não devem ser descumpridas. Contudo, conforme BONAVIDES (2009: 604-605), as

[r]eflexões desse teor conduzem, de necessidade, a uma indagação maior acerca da legitimidade que teria o Poder Judiciário para manter, por via de sua função hermenêutica, tal superioridade sobre os Poderes Legislativo e Executivo. A hermenêutica constitucional, por exemplo, não teria como tolher a politização dessa relação de poderes, com a hegemonia do Judiciário e o quebrantamento da garantia que o clássico princípio de Montesquieu de alguma maneira sempre representou para a liberdade no Estado moderno.

A aplicação de direitos fundamentais não deve alicerçar, disfarçadamente, qualquer arbítrio, incluída a decisão proveniente de politização do Judiciário, nem permitir a centralização de poder que ofenda o princípio da limitação do poder estatal ou da separação dos Poderes que dele decorre.

O Poder Judiciário, sem dúvida, ocupa uma posição de referência na efetivação dos direitos fundamentais, conferindo segurança para a atuação dos outros Poderes e da própria sociedade. O controle formal e dinâmico da aplicação de direitos fundamentais é um controle desse risco da politização do Judiciário.

2.1.2 O Supremo Tribunal Federal e a aplicação de direitos fundamentais

Como já se afirmou anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário e responsável pelo controle concentrado de constitucionalidade, assume

posição de destaque na efetivação de direitos fundamentais. As decisões que profere sobre direitos fundamentais tendem a ser identificadas como precedentes jurídicos a serem reproduzidos em outros julgados. As interpretações que elas expressam guiam ainda interpretações para além do Poder Judiciário, no seio social, ou dos demais Poderes. O STF possui competências originárias e recursais divididas em ordinárias e extraordinárias (art. 102 da CR/1988). Dentre elas, cumpre destacar as competências para o controle de constitucionalidade, para o julgamento das ações constitucionais e do recurso extraordinário e pela forte conexão com a efetivação de direitos fundamentais que possui.

O controle concentrado de constitucionalidade surge como instrumento que assenta entendimentos sobre a própria Constituição e sobre os direitos fundamentais.

Vale ressaltar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que permite amplamente controlar a constitucionalidade de ato do Poder Público, inclusive anterior à Constituição da República de 1988. São exemplos, respectivamente, a ADPF-45 e a ADPF-130. A ADPF, ainda que seja utilizada supletivamente, reforça a proteção aos direitos fundamentais, uma vez que eles constituem preceitos fundamentais. Segundo FERNANDES (2011: 986), preceitos fundamentais “devem ser compreendidos como o núcleo ideológico constitutivo do Estado e da sociedade presente na Constituição formal. Em síntese, definimos os mesmo como sendo as matérias típicas fundantes do Estado e da sociedade alocadas no texto constitucional”.

As decisões oriundas das chamadas ações constitucionais visam a assegurar a consecução de direitos fundamentais, sobretudo contra ilegalidade ou abuso de poder. As ações ou remédios constitucionais são garantias constitucionais para a efetivação desses direitos.

O dever de efetivação de direitos fundamentais fez o Supremo Tribunal Federal mudar o seu entendimento prévio sobre o Mandado de Injunção (MI), conferindo-lhe efeitos concretistas (MI-708/DF e MI-670/ES). O Mandado de Injunção deve ser concedido sempre quando há falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5, inciso LXXI da CR/1988). Anteriormente, esse remédio constitucional possuía efeitos meramente declaratórios e admoestatórios, ou seja, não-concretistas. Desse modo, o Mandado de Injunção não permitia ao STF suprir a lacuna legislativa para o caso concreto, que continuaria a cargo do órgão competente para a sua elaboração.

Não devem ser esquecidas as competências recursais do Supremo Tribunal Federal. A competência recursal ordinária (art. 102, II da CR/1988) versa sobre ações constitucionais, que estão no foco e já abordadas, e sobre crime político.

Já a competência recursal extraordinária permite revisar a decisão recorrida quando ela, dentre outros, contrariar dispositivo da Constituição ou declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Em ambas as situações, fica clara a possibilidade de se aplicarem direitos fundamentais. Por meio desses recursos, a matéria chega para a apreciação da instância máxima do Poder Judiciário, ganhando definição e efetividade.

2.1.3 Uniformização da jurisprudência, repercussão geral e efeito *erga omnes* de decisões

Estar uma decisão no bojo das pacificações exaradas pelo Supremo Tribunal Federal significa possuir a adjetivação “já decidido”, “definitivo”. Isso preenche uma lacuna de segurança que é também de legitimidade. Ainda que se esteja percorrendo instâncias do mesmo Poder, Judiciário, a necessidade ou possibilidade de esgotá-las gera, ao final do percurso, uma resignação que conforta pela decisão favorável ou, pelo menos, definitiva.

O argumento de autoridade máxima contém função legitimadora por resultar do último grau do direito. É uma referência da qual Estado e sociedade passam a depender tanto mais a *justiça* e a *igualdade* sejam traduzidas por *uniformização*.

A jurisprudência é uniformizada nos graus recursais. Os recursos não somente constituem direitos, mas são um mecanismo que favorece a coerência da aplicação e da realização da justiça. O sistema de controle institucional como um todo serve a esses propósitos. A súmula vinculante poderia também ser trazida como instrumento de uniformização, mas será tratada no item 2.2.1. Ela a realiza, porém, com efeito direcionado a demandas vindouras, e não em relação a decisões passadas, como ocorre nos recursos.

Na realidade, a uniformização que os tribunais realizam, em especial a dos Tribunais Superiores e o STF, mais do que dar coerência e trabalhar para a realização da justiça, revela a unidade de conteúdo jurídico para a sociedade, que fica a ela vinculada a depender da competência do órgão que realiza a uniformização.

Para que o STF não seja chamado a se pronunciar em uma infinidade de casos, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas nos recursos extraordinários deverá, nos termos da lei, ser demonstrada (art. 102, § 3º). Desse modo, nota-se que própria

uniformização da jurisprudência sobre aplicação de direitos fundamentais rende-se à exigência desse requisito, mostrando-se uma uniformização da aplicação desses direitos nos casos de verificada repercussão geral. As decisões nesses casos são relevantes principalmente pelo precedente judicial que constituem para outros casos analisados pelo STF e pelo restante do Poder Judiciário.

As decisões do STF, sobretudo aquelas definitivas de mérito, conforme o § 2º do art. 102 da CR/1988, proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos (efeito *erga omnes*) e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. O forte efeito dessas decisões atinge todas as esferas da federação, todos os poderes e toda sociedade.

As demais decisões do STF, que apliquem direitos fundamentais, possuem efeitos parecidos, dada a interpretação que a decisão expressa e o precedente que a constitui. Ainda que essas decisões não vinculem todos os Poderes em todas as esferas, a aplicação de direitos fundamentais sempre contribui para a definição do conteúdo desses direitos.

2.2 Impactos extraprocessuais

É possível distinguir impactos dentro do universo jurídico, mas fora do âmbito processual que envolve a aplicação dos direitos fundamentais. O referido efeito *erga omnes* em ações decididas e a construção de precedentes jurisprudenciais pelo Supremo Tribunal Federal evidenciam esses impactos que as decisões acarretam. Na verdade, em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade, uma norma é o objeto do controle, chamado de abstrato, pois desvinculado de um caso concreto. Não por isso ele deixa de viabilizar aplicação de direitos fundamentais ou de também constituir precedente jurisprudencial.

O impacto *extraprocessual* merece ser discutido em relação à ampla atuação do Poder Judiciário, claro que sempre se considerando a relevância assinalada desse órgão de cúpula. A avaliação sobre os impactos extraprocessuais permite reflexão sobre a totalidade da atividade da aplicação dos direitos fundamentais.

Percebida em sua unidade ou caso a caso, a aplicação desses direitos gera impactos extraprocessuais que se relacionam com a interpretação seminal e reafirmação das

normas que promove, com a construção do direito e com a segurança jurídica e a observância do direito.

2.2.1 Interpretação e reafirmação atual das normas

Em primeiro lugar, a aplicação de direitos fundamentais está associada à interpretação de normas, fatos, valores. A interpretação contida na atividade judicial de efetivação de direitos fundamentais destaca-se como referência para outros processos, casos, para outros Poderes e para a sociedade. Contribui para a segurança jurídica porque gera probabilidade de repetição do entendimento esposado.

No caso do Supremo Tribunal Federal, o instituto da *súmula vinculante* atribui à interpretação contida nesses enunciados de entendimento efeito vinculante (art. 103-A da CR/1988) em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A *súmula vinculante* tem por objetivo elidir controvérsia (sobre a validade, a interpretação e a eficácia de determinadas normas) que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, nos termos do § 1º do referido artigo.

O efeito prático da contenção da multiplicação processual é polêmico, uma vez que a presunção de identidade pode contaminar a compreensão da singularidade de uma demanda jurídica. A *súmula vinculante* possui o outro efeito que pretende proporcionar segurança jurídica.

Em segundo lugar, a aplicação de direitos fundamentais renova o vigor e o sentido atual das normas que os veiculam. Não só o processo de construção de conteúdo desses direitos se desenvolve com a aplicação deles, mas a efetivação evita o esquecimento deles, o desuso. Ela afasta as normas e interpretações que não condizem mais com o contexto social. O processo de atualização normativa é um mecanismo de adaptação jurídica que contribui para a renovação da eficácia e da imperatividade das normas, mesmo que com novos contornos.

2.2.2 Aplicação com parâmetros flexíveis constrói o direito

A aplicação, enquanto integrante do momento da efetividade, contribui para a construção do direito. Na aplicação, em termos de temporalidade, o foco está no presente, na decisão que requer a interpretação das normas, dos valores que elas contêm e dos fatos reconstruídos no processo em função das provas que os fundamentam. Entretanto, o passado não pode ser descartado, uma vez que lá ocorreram os fatos, nele foram produzidas as normas, positivados valores eleitos, ele reúne um conjunto de decisões e entendimentos que formam pré-compreensões e até vinculam. Toda a aplicação no presente significa construção para os diretamente afetados pelas decisões, mas também gera impactos que se projetam para o futuro, a partir das construções contidas no momento de efetividade do direito.

A construção do direito pela prática não diz respeito somente ao seu conteúdo, mas também à sua forma. Normas processuais, que integram a forma, ganham efetividade do mesmo modo, com a aplicação. Contudo, o procedimento será tomado como diluído nos parâmetros, naquilo que permite compreensão acerca dos limites e fundamentação da aplicação de direitos fundamentais.

Os parâmetros da atividade judicial são delineados em conjunto com a aplicação, em especial, de direitos fundamentais, uma vez que esse conteúdo da aplicação interfere na forma, no procedimento justamente por sua efetivação se confundir com a própria tarefa do Estado. O olhar para os parâmetros volta-se novamente para o conteúdo, auxiliando na sua interpretação, na sua compreensão e na sua efetividade. Se, por exemplo, pelos parâmetros da aplicação do direito, o Judiciário pode fixar a referência de *30% do valor do salário mínimo* como pensão alimentícia – embora sempre se esteja diante de ajustes de valor frente ao caso concreto em função do binômio necessidade-possibilidade; ou o Supremo Tribunal Federal pode indicar que, nos termos da Súmula Vinculante nº 13, a nomeação de parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o *terceiro grau*, inclusive, ofende a Constituição, então, a própria atividade judicial contribui para definir o conteúdo do direito, bem como para permitir a visualização de parâmetros da atuação judicial.

O procedimento, que ganha na prática seus contornos, mostra limites da aplicação, bem como revela a fundamentação da função judiciária de tutela de direitos fundamentais. Com a efetividade, tem-se a constatação ou a medida, por exemplo, se o medicamento pode ser fornecido, se a vaga na escola está garantida até qual série, de quanto é o valor de uma pensão alimentícia, se a liberdade de expressão ofendeu a intimidade ou viabilizou acesso

geral a uma informação, se limites da autonomia da vontade para a autodeterminação foram ultrapassados etc. Não há dúvida de que esses e uma infinidade de outros são situações e direitos muito importantes. Antes da efetividade, embora já estejam no plano jurídico, não resta senão expectativas.

Interessante perceber que o conteúdo é flexível, bem como o são os parâmetros. Flexibilidade não significa ausência de referências, mas que os parâmetros previstos para a aplicação de direitos fundamentais só perdem sua elasticidade semântica e estrutural no momento da efetividade do direito, revelando seu conteúdo. Eles precisam ser empregados para se mostrarem.

Toda essa importância da aplicação de direitos fundamentais para a construção de sua forma e de seu conteúdo denota o impacto jurídico que ela possui. Não obstante, pode-se refletir sobre repercussões para além da esfera jurídica – *metajurídica*, portanto – dessa aplicação.

Essa crítica dialoga com o fortalecimento do Poder Judiciário, com destaque para o do STF. As decisões desse Poder não se tornam mais relevantes apenas para as querelas jurídicas e para o âmbito jurídico em geral. Questões de outras áreas judicializadas são revestidas, nos campos de origem, de argumento jurídico. Outros campos da cultura podem sofrer influxos jurídicos, sobretudo, das decisões sobre direitos fundamentais nexos valorativos desses com os de outros campos, como desenvolvido no item 2.3.

2.2.3 Expectativa social das decisões e a observância do direito

A expectativa social oriunda das decisões proferidas pelo Poder Judiciário é tributária da segurança jurídica. Sobretudo na medida em que a segurança jurídica significa probabilidade de obtenção do resultado jurídico e da decisão esperados, a aplicação do direito contribui para que essa expectativa social seja confirmada e produza novas expectativas pelas adaptações sofridas pelo direito.

A probabilidade de obtenção do resultado está ligada a um aspecto quantitativo e qualitativo da aplicação do direito. Em relação à quantidade, um enorme número de decisões em um sentido reforça a previsibilidade de novas decisões nesse mesmo sentido. Quanto ao aspecto qualitativo, as decisões que compõem a tradição jurídica, e, por conseguinte, a integridade do direito – ainda mais em se tratando de precedentes jurisprudenciais – geram a expectativa de seguimento do sentido previamente fixado.

A aplicação de direitos fundamentais gera expectativa social e segurança jurídica que se relacionam à observância do direito de duas maneiras. Primeiro, permite que essa prática de cumprimento espontâneo do direito seja embasada em conteúdo que a atuação judicial contribui para definir. É possível, então, afastarem-se subjetivismos e suposições que a dispersão pode comportar. Pelo outro viés, a observância pode ocorrer impulsionada pela confirmação da coercibilidade que a coercitividade da aplicação produz.

Há de se criticar a observância do direito, que é o seu cumprimento social espontâneo, como fenômeno complementar ao da aplicação. Quanto mais ela estiver independente da aplicação na produção de compreensões jurídico-normativas, mais tomará parte para definição do direito no momento de sua efetividade. Contudo, só de se situar no plano da efetividade, a observância do direito é importante para a sua concretização, não sendo problema o recebimento de influência das compreensões judiciais.

2.3 Repercussão para além do direito

Considerando a esfera jurídica, quanto mais ela cresce, toca e engloba outras esferas, mais o direito cresce em importância e como referência. Isso gera um efeito de dependência do direito, o que pode gerar também necessidade da atuação judicial, que firma o conteúdo, para regulação dessas outras áreas.

O curioso efeito de insegurança antes da aplicação do direito, advindo da falta de chancela jurisdicional, pode generalizar-se, deixando o Estado e os cidadãos à espera de resposta às demandas. Assim descrito o efeito, a sociedade, principalmente, passa a necessitar da manifestação judiciária como o *crivo* que a aplicação significa para o agir, para a razão prática. Com isso, outras áreas do mundo da cultura, passam a recorrer ao campo jurídico para permitir a ação social *segura* em seus próprios âmbitos. A sociedade jaz ou fica sentada no aguardo de algo como um assentimento parental (MAUS, 2010).

Pela conexão que as normas e valores relacionados a direitos fundamentais estabelecem com outras áreas culturais, sustenta-se que *decisões jurídicas acerca de direitos fundamentais ultrapassam a esfera jurídica, pois esta se encontra intimamente ligada ou entrelaçada a outras do mundo da cultura.*

A cultura cria o direito, que a retroalimenta. Sustenta-se que, nesse movimento de retorno dialético que faz avançar a construção cultural, o conteúdo jurídico seja assumido

como conteúdo cultural, que transborda os recipientes que, no plano do entendimento, separam os saberes, e alocam a cultura em mundos.

Há diferença entre o lançamento de um olhar jurídico sobre matéria de outra área e a incorporação de conteúdo jurídico por essa outra área. Aquele indica uma situação usual, como de judicialização da política, enquanto esta implica *repercussão metajurídica* de decisões jurídicas.

Preceitos jurídicos transbordam como conteúdo para outros campos da cultura como a política, moral, religião, arte, ciência etc. Esses preceitos, que ganham efetividade na aplicação, versam sobre direitos fundamentais, e, portanto, dialogam com valores que não são monopólio do direito, mas que ganham *exigibilidade* com a efetivação deles no plano jurídico.

2.3.1 Política

A repercussão das decisões judiciais na esfera política ganha mais força em uma realidade de destaque para a atuação do Poder Judiciário. O fortalecimento do Poder Judiciário acarreta verdadeiro descrédito de outras instituições, que passam a depender do aval ou do referendo judicial para funcionarem com blindagem jurídica às reivindicações e às críticas tão prolíferas em um ambiente democrático repleto de demandas sociais.

Assim, afirma-se que aquilo que o Judiciário fixa como conteúdo dos direitos fundamentais e a efetivação que lhes confere não podem ser desprezados por uma pauta política que tenha como objetivo a consecução desses direitos. A aplicação ajuda a revelar a própria existência e abrangência de direitos fundamentais, a partir do contexto social e do ordenamento vigente.

Tentando elucidar essa repercussão política das decisões jurídicas, é citado o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, afastando qualquer interpretação do art. 1.723 do Código Civil que impossibilite reconhecer como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo.

Esse julgamento gerou não somente repercussão social, e moral, mas também repercussão política. Tanto no plano da execução política, medidas devem ser tomadas para o registro dessas uniões e a consideração de seus efeitos na esfera administrativa, a exemplo de pensões, quanto na elaboração de normas que deem suporte a essas medidas, e que, eventualmente, produza legislação específica sobre esse conteúdo.

A atividade legiferante e a executiva, que são fruto de um apurado conteúdo descortinado na esfera judiciária, trazendo para a política a matéria jurídica, mostram a repercussão das decisões sobre direitos fundamentais na esfera política. Isso quer dizer que há política desenvolvida a partir do conteúdo jurídico revelado pela aplicação judicial.

Já atividade política típica, que é realizada para criar normas e programas a partir do contexto social ou para atualizar o direito, mesmo que impulsionada pela atuação do Poder Judiciário, parte da perspectiva política para a tomada de decisão, deliberação, execução, fiscalização.

2.3.2 Moral

A moral, ou é carente de conteúdo na perspectiva formalista, ou requer um tempo de maturação para a fundamentação de suas questões.

As discussões morais estão no plano da eticidade, o qual integra ao lado da juridicidade. Questões morais fluem para a esfera jurídica pela comunicabilidade de seu conteúdo sob o prisma ético. As questões resolvidas no plano jurídico retornam para a eticidade afetando o conteúdo moral prévio. Todo o longo processo de fundamentação necessário à moralidade sofre aportes de conteúdo vindos do direito, especialmente após as definições que a aplicação de direitos fundamentais produz.

O mesmo exemplo do julgamento que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo pode ser utilizado para se iniciar a discussão sobre a repercussão da aplicação de direitos fundamentais no campo da moral. Para enfrentar a questão na esfera moral, então, não se pode evitar o conteúdo jurídico. A decisão jurídica, trazida de volta para o plano da eticidade, resolve a questão e qualifica como *ético* esse fato.

Porém, na perspectiva interna, individual, algumas questões continuam percutindo: é moral o relacionamento sexual, familiar entre pessoas do mesmo sexo? Ou melhor, qual resposta à pergunta: devo me relacionar com pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes?

O direito atual reconheceu esse chamado relacionamento homoafetivo como perfeitamente possível. Assim, ao invés de se tentar responder à pergunta a partir da moral, deve-se pensar na repercussão que tal decisão jurídica causa no âmbito moral, fazendo com que essa questão moral seja tomada, a partir de então, como desprovida de razão. Sendo possível um ou outro caminho, não faz mais sentido a pergunta, tal como o exercer uma

profissão ou outra, a não ser para se buscar resposta no plano individual atrelada à procura da felicidade, à realização pessoal, à vontade.

Repercutindo na moral, afirma-se que *as decisões jurídicas que efetivam direitos fundamentais refundam-na, fornecendo-lhe conteúdo e elidindo questões pela inclusão de permissões para o agir.*

2.3.3 Religião

As decisões sobre direitos fundamentais, principalmente relacionadas à liberdade, podem resvalar na liberdade de crença e de professar a fé. A República Federativa do Brasil é um Estado laico, mas seus cidadãos podem ser religiosos.

Crenças e mandamentos religiosos talvez não sejam revistos por todos os praticantes ou pelas lideranças de uma religião, mas talvez por quem veja ou vivencie situação de conflito, entre valores religiosos e jurídicos, ou ocasião de tratamento diferente que direito e religião dão a determinada matéria. Decisões jurídicas podem ter repercussão na vida religiosa de quem não quiser deixar de cumprir o direito em tais situações conflituosas, ou quiser se valer de preceitos jurídicos em detrimento dos religiosos.

Assim, sustenta-se que também a religião pode rediscutir questões, dogmas, considerando as decisões jurídicas, sobretudo aquelas que efetivem direitos fundamentais.

Para se ter um exemplo, basta perceber a possibilidade de tolerância a outras crenças que o direito fundamental à liberdade de crença acaba produzindo no seio das religiões. O fervor religioso pode sofrer abalo, ou determinada religião pode sujeitar fiéis a indesejadas consequências religiosas ou jurídicas diante de decisões sobre direitos fundamentais como a que permite o aborto de feto anencéfalo (ADPF-54), as que, difusamente no Judiciário, autorizam a transfusão de sangue para preservação da vida, e a que, caso tivesse prevalecido o julgado do Tribunal Regional de Colônia na Alemanha, considere a circuncisão por motivos religiosos uma lesão corporal punível.

3 A FLUIDEZ DO DIREITO

Que o direito esteja em permanente construção não há dúvida. As inovações legislativas, interpretativas, permitem a sua adaptação ao contexto social contemporâneo.

Tomar a forma do direito e seu conteúdo como líquidos, para lhes atribuir certas qualidades destes, tais como forma e conteúdo flexíveis, parece apropriado frente à maleabilidade das reconstruções jurídicas. O movimento dos líquidos é o fluir que expõe essa flexibilidade. Considerar a *fluides do fenômeno jurídico* é perceber que o direito *escorre* no tempo, refazendo-se constantemente para regular a sociedade de sua época, e repisando seus parâmetros, enquanto molda seu conteúdo e também sua forma – para envolver e superar os obstáculos e incompletudes aos quais é recorrentemente submetido.

Nesse movimento, o direito fluido tem a probabilidade de sua coerência associada à possibilidade de sustentação das tensões que seus parâmetros e seu conteúdo suportam. Para esse corpo jurídico fluido ser tomado em sua totalidade, é preciso considerar a capilaridade de uma efetivação difusa. Sob a força de coesão do valor do justo, pode-se percebê-lo, na cristalização de um momento, como um prisma interposto entre o olhar e a realidade. De volta a fluir, o olhar se dissolve no líquido que passa a integrar.

O movimento do direito possui uma direção, a justiça, que permite erigir os direitos fundamentais como força motriz e a efetivação deles como ponto de chegada. Alcançada essa efetivação total ou parcialmente, vislumbra-se um novo começo, incluindo todas as reconstruções que o fluir permite.

A efetivação de direitos fundamentais possui na atuação do Poder Judiciário um importante referencial para construção do próprio direito. Desse modo, a aplicação deles extravasa o objetivo de solução de demandas judiciais para revelar ou definir o direito e seus parâmetros de aplicação. Os parâmetros permitem ao direito fluido preencher o constitucionalismo e a eticidade. O direito fluido transborda ainda a esfera jurídica, repercutindo pelo conteúdo que lança aos outros mundos da cultura.

Pensar uma atuação judicial consistente, sólida, em meio a essa fluides do direito, é assumir que parâmetros, procedimentos e conteúdo, embora flexíveis, devem ser seguidos e aplicados. A aplicação de direitos fundamentais também flui, mas deve conviver com a rigidez que a coerência e a segurança jurídica trazem para manter o direito na trilha da justiça.

3.1 Fluidez, capilaridade e coerência

Este item relaciona a capilaridade e a coerência, para permitir um olhar topográfico para a difusa efetivação do direito, buscando-se, nessa massa fluida, conexões que preservem valores como a liberdade, a igualdade e a justiça.

3.1.1 Liquidez da modernidade

Nas palavras de BAUMAN (2001: 8) – que cunha a expressão *modernidade líquida* – os fluidos, “diferentemente dos sólidos, não são facilmente contidos – contornam certos obstáculos, dissolvem outros e invadem ou inundam seu caminho. A extraordinária mobilidade dos fluidos é o que os associa à ideia de ‘leveza’”.

Os líquidos, um dos tipos de fluidos, “não fixam o espaço e não prendem o tempo. Não se atêm a nenhuma forma e estão constantemente prontos e propensos a mudá-la, em um espaço que, afinal, preenchem tão-só por um momento” (SANTAELLA, 2007: 14).

Considerando a mobilidade deles, BAUMAN (2001: 8) aduz: “descrições de líquidos são fotos instantâneas, que precisam ser datadas”. O autor prossegue esclarecendo que “dar-lhes forma é mais fácil que mantê-los nela. Os sólidos são moldados para sempre. Manter os fluidos em uma forma requer muita atenção, vigilância constante e esforço perpétuo – e mesmo assim o sucesso do esforço é tudo menos inevitável” (BAUMAN, 2001: 14-15).

Essa metáfora da *liquidez*, como adverte SANTAELLA (2007: 15-16), citando a obra de NOVAC, *Arquiteturas líquidas no ciberespaço*, “não é privilégio de Bauman, nem da sociologia. Dez anos antes de Bauman, Marcos Novac (1991) [...] desenvolveu ideias premonitórias sobre as características que apenas se anunciavam no ciberespaço e, mais tarde, especialmente depois da WWW, viriam se cumprir em plenitude”.

A autora aduz também que, “embora não tenham usado explicitamente o adjetivo líquido para nomear seus conceitos, as obras de Deleuze e Guattari e de Maffesoli estão permeadas de conceitos cujo campo semântico está impregnado pelo sentido das coisas e movimentos líquidos (SANTAELLA, 2007: 17).

Nessa linha, um autor que merece destaque é SLOTERDIJK, em especial o último volume da trilogia *Esferas*, dedicados às *espumas*. “Estas são certamente mais sutis,

delicadas, complexas e ainda mais leves do que os líquidos” (SANTAELLA: 2007: 19).
Conforme SLOTERDIJK (2009: 28),

[p]or su forma efímera, la espuma ofrece la oportunidad de observar con los propios ojos la subversión de la substancia. A la vez, se consigue la experiencia de cómo la venganza de lo sólido la mayoría de las veces no se hace esperar mucho tiempo. En cuanto se detiene la agitación de la mezcla, que procura la introducción d aire en lo líquido, se desploma rápidamente el esplendor de la espuma.

Toda essa *mobilidade* da modernidade não a extinguiu. BAUMAN quer assinalar, contudo, uma nova fase. Para “captar a natureza da presente fase, *nova* de muitas maneiras, na história da modernidade” (2001: 8), a metáfora se mostra muito apropriada. O autor, para divisar essa nova fase da modernidade, lembra que

[...] a famosa frase sobre “derreter os sólidos”, quando cunhada há um século e meio pelos autores do *Manifesto comunista*, referia-se ao tratamento que o autoconfiante e exuberante espírito moderno dava à sociedade, que considerava estagnada demais para seu gosto e resistente demais para mudar e amoldar-se a suas ambições – porque congelada em seus caminhos habituais. (BAUMAN, 2001: 9)

No momento da modernidade fluida, segundo BAUMAN,

[o]s sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo [...] são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro. (2001: 12)

[...]

A fragilidade e transitoriedade dos laços pode ser um preço inevitável do *direito* de os indivíduos perseguirem seus objetivos individuais, mas não pode deixar de ser, simultaneamente, um obstáculo dos mais formidáveis para perseguir eficazmente esses objetivos – e para a coragem necessária para persegui-los. (2001: 195)

CHARLES (2009: 24) cita um argumento interessante para afastar a ideia de *pós-modernidade* do momento atual: “quanto aos direitos humanos, eles jamais foram tão festejados e tão consensuais quanto atualmente”. O autor narra que

[h]á aproximadamente uma década, alguns adjetivos alternativos foram sugeridos para evocar o nosso tempo – metamodernidade (Giddens), ultramodernidade (Gauchet e Zarka), hipermodernidade (Lipovetsky) – todos eles tendo em comum o fato de evocar não algo diverso da modernidade, mas uma radicalização da mesma. (CHARLES, 2009: 22)

Descrevendo o momento atual, LIPOVETSKY, em parceria com SERROY, afirma que “a sociedade hipermoderna assinala-se, com efeito, pelo enorme crescimento dos fenômenos bolsistas, digitais, urbanos, midiáticos, artísticos, tecnológicos, consumistas: hipertrofia que é a nova figura da dinâmica desreguladora da modernidade”.

A hipermodernidade, realçando a hipertrofia da mobilidade da modernidade, faz com que essa aceleração do movimento encontre equivalência no que se descreve como *modernidade líquida*. BAUMAN (2001: 18) conclui:

[o] que leva tantos a falar do “fim da história”, da pós-modernidade, da “segunda modernidade” e da “sobremodernidade”, ou a articular a intuição de uma mudança radical no arranjo do convívio humano e nas condições sociais sob as quais a política-vida é hoje levada, é o fato de que o longo esforço para acelerar a velocidade do movimento chegou a seu ‘limite natural’. (BAUMAN, 2001: 18)

A quantidade de seres humanos tornada excessiva pelo triunfo do capitalismo global cresce inexoravelmente e agora está perto de ultrapassar a capacidade administrativa do planeta. Há uma perspectiva plausível de a modernidade capitalista (ou do capitalismo moderno) *se afogar em seu próprio lixo* que não consegue reabsorver ou eliminar e do qual é incapaz de se desintoxicar (há numerosos sinais da cada vez mais alta toxicidade do lixo que se acumula rapidamente. (BAUMAN, 2007: 35)

Na modernidade líquida, “os antigos pólos de atração formados pelos Estados-nações, os partidos, os profissionais, as instituições e as tradições históricas perdem seu atrativo” (LYOTARD, 2002: 27-28). Antes, “na versão pesada da modernidade, o progresso significava tamanho crescente e expansão espacial” (BAUMAN, 2001: 134). O efeito desse crescimento foi uma “artrose burocrática” (LYOTARD, 2002: 31).

No âmbito do poder, “o jogo da dominação na era da modernidade líquida não é mais jogado entre o ‘maior’ e o ‘menor’, mas entre o mais rápido e o mais lento. Dominam os que são capazes de acelerar além da velocidade de seus opositores” (BAUMAN, 2001: 214-215). Conforme o autor associa,

[o] lema “lei e ordem”, cada vez mais reduzido à promessa de segurança pessoal (mais exatamente *corporal*), se tornou uma grande, talvez a maior, bandeira nos manifestos políticos e nas campanhas eleitorais, enquanto a exibição de ameaças à segurança pessoal se tornou um grande, talvez o maior, triunfo na guerra de audiência dos meios de comunicação de massa, reabastecendo constantemente o capital do medo e ampliando ainda mais o sucesso tanto de seu marketing quanto de seu uso político. (BAUMAN, 2007: 18)

No campo do saber, LYOTARD (2002: 79) distingue “dois tipos de ‘progresso’ [...]: um, correspondendo a um novo lance (nova argumentação) no quadro das regras estabelecidas, o segundo à invenção de novas regras e, assim, a uma mudança de jogo”. Esse segundo tipo de progresso realça que “cabe a nós mudar nossas formas de mudar” (LATOURETTE, 2009: 143).

Nessa perspectiva, “o nome do herói é o povo, o sinal da legitimidade seu consenso, a deliberação seu modo de normatização. Disto resulta infalivelmente a ideia de progresso” (LYOTARD, 2002: 55). O autor afirma ainda que “o povo está em debate consigo mesmo sobre o que é justo e injusto, da mesma maneira que a comunidade dos cientistas sobre o que é verdadeiro e falso [...]” (LYOTARD, 2002: 55).

O movimento acelerado da modernidade líquida, entretanto, não compromete a “força do futuro: essa última simplesmente não é mais ideológico-política, estando agora contida na dinâmica técnica e científica” (LIPOVETSKY; CHARLES, 2007: 68). Esses autores esclarecem que

[q]quanto menos se tem uma visão teleológica do futuro, mais ele se presta à invenção hiper-realista, com o binômio ciência-técnica ambicionando explorar o infinitamente grande e o infinitamente pequeno, remodelar a vida, gerar mutantes, oferecer um simulacro de imortalidade, ressuscitar espécies desaparecidas, programar o futuro genético. Nunca antes a humanidade lançou tão grande desafio ao homem e ao espaço-tempo. Embora triunfe o tempo breve da economia e da mídia, o fato é que nossas sociedades continuam voltadas para o futuro, menos romântico e paradoxalmente mais revolucionário, pois se dedica a tornar tecnicamente possível o impossível. (LIPOVETSKY; CHARLES, 2007: 68)

O futuro está aberto à construção. Essa imprecisão está relacionada a “un descubrimiento de lo indeterminado, gracias al cual –quizá por primera vez en la historia del pensamiento– lo no-nada, lo casi-nada, lo casual y lo informe han conseguido conectar con el ámbito de las realidades teorizables” (SLOTTERDIJK, 2009: 33). LIPOVETSKY e CHARLES (2007: 57) acrescentam que,

[q]quanto menos o futuro é previsível, mais ele precisa ser mutável, flexível, reativo, permanentemente pronto a mudar, supermoderno, mais moderno que os modernos dos tempos heróicos. A mitologia da ruptura radical foi substituída pela cultura do mais rápido e do sempre mais: mais rentabilidade, mais desempenho, mais flexibilidade, mais inovação. Resta saber se, na realidade, isso não significa modernização cega, niilismo técnico-mercantil, processo que transforma a vida em algo sem propósito e sem sentido.

A instabilidade do futuro causa inquietação na sociedade, fruto da demanda por mais mobilidade. Nesse ciclo de contínuas buscas “numa sociedade de caçadores” acaba não sobrando tempo para reflexão sobre a vida. “Numa vida de caça contínua e permanente, caçar é outra utopia. É – ao contrário das utopias do passado – uma utopia sem um *fim*” (BAUMAN, 2007: 112). Nas palavras do autor,

[d]iferentemente das utopias de outrora, a utopia dos caçadores não oferece um significado para a vida, seja ele autêntico ou fraudulento. Só ajuda a afugentar da mente as questões relativas ao significado da vida. Tendo remodelado o curso da vida numa série interminável de buscas autocentradas

– cada episódio vivido tendo como função a introdução ao próximo – ela não dá chance para reflexão sobre a direção e o sentido disso tudo. (BAUMAN, 2007: 113)

Nesses *tempos líquidos*, “num planeta negativamente globalizado, todos os principais problemas – os metaproblemas que condicionam o enfrentamento de todos os outros – são *globais* e, sendo assim, não admitem soluções locais” (BAUMAN, 2007: 31).

Um exemplo que o autor cita é o da questão dos refugiados e da ajuda humanitária:

Com efeito, colocar os refugiados nas mãos dos “agentes humanitários” (e fechar os olhos aos guardas armados que aparecem no segundo plano) parece ser a forma ideal de conciliar o inconciliável: o desejo poderoso de remover o nocivo lixo humano ao mesmo tempo em que é satisfeito o próprio e pungente desejo de retidão moral. (BAUMAN, 2007: 46)

Todas essas questões postas na modernidade líquida, a exemplo das ligadas ao desenvolvimento, à mobilidade, ao consumo, ao lixo, aos refugiados podem servir, talvez em um momento de calma na *sociedade de caçadores*, de oportunidade para que se reflita sobre *a vida e mudanças na forma de mudá-la*.

Essas concepções sobre o momento contemporâneo permitem perceber que o direito não está imune à aceleração própria desse momento. Nele, o direito é efetivado de um modo peculiar. Para buscar compreendê-la, recorre-se à metáfora da *capilaridade* a seguir.

3.1.2 Capilaridade da efetivação

O plano da efetividade do direito coloca em evidência a participação do Estado e da sociedade para a sua concretização. Embora esse trabalho possua foco na atuação do Poder Judiciário, os outros Poderes e a sociedade são essenciais para que o direito se torne efetivo.

A expressão *capilaridade da efetivação* assinala o aspecto *difuso* da efetivação, seja por todos os órgãos do Poder Judiciário, seja pela atividade dos demais Poderes, ou ainda pela observância do direito pela sociedade. A efetivação está difundida porque se pode pensar na participação de cada Poder e da sociedade, ou no interior deles em todo território da República.

Em que pese a possibilidade de recursos aos tribunais de instância superior, todo o Poder Judiciário realiza a aplicação e efetivação do direito. Ressalte-se que inúmeras decisões se tornam *coisa julgada* sem se aproximar de um tribunal superior; outras não chegam à segunda instância.

As decisões proferidas nas diversas comarcas e a concentração dos julgamentos no interior dos vinte seis Estados Federados e do Distrito Federal mostram a dispersão da aplicação do direito. Assim, recursos, súmulas contribuem para enfrentar essa possibilidade de decisões díspares, uniformizando a jurisprudência. Contudo, é fato a existência de entendimentos jurisprudenciais distintos e dispersos pelo território da Federação.

O Poder Executivo e o Legislativo são imprescindíveis para a efetivação de direitos, especialmente dos direitos fundamentais, que ações e políticas públicas objetivam concretizar. Essas estão também disseminadas no interior da Federação.

A observância social do direito é, por definição, difusa. Essa observância significa cumprimento espontâneo do direito, dando-lhe efetividade, e está conectada à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Embora haja esforços institucionais e expectativas de decisões uniformes, a efetivação do direito é difusa, amorfa. Porém, compõe um todo. Essa unidade do direito efetivo é moldada por cada contribuição à efetivação do direito.

Deixando para outro trabalho a abordagem da relação entre efetivação e a capilaridade como um peculiar fenômeno físico dos fluidos, esse termo será empregado na acepção de “qualidade do que é produzido em tubos estreitíssimos” (FERREIRA, 1999: 397) para ajudar na composição de uma imagem da efetivação difusa. Desse modo metafórico, o somatório de cada contribuição à efetivação, ocorrendo em maior ou menor grau dentro de um desses tubos a depender do tanto que eles permitem o direito fluir, faria parte de todo líquido, cuja forma, em dado momento, é a da própria efetividade do direito em um espaço tridimensional.

3.1.3 Coerência no sujeito e resgate da discussão sobre valores

A coerência é um critério para verificação de adequação de uma decisão. Dada a amplitude do conceito nesse trabalho desenvolvido, ela será tomada como critério bastante.

É interessante advertir que a coerência, para ser mostrada ou provada, precisa ser trazida à linguagem. Argumentos com o intuito de comprová-la serão postos, ficando sujeitos à interpretação, assim como toda a situação que se pretenda afirmar coerente.

Note-se que a coerência da aplicação do direito reúne um conjunto de relações – com a legislação, com fatos processuais, provas, jurisprudência, doutrina – cujas conexões

podem se mostrar mais ou menos intensas em função da compreensão que se tenha da decisão.

A coerência da aplicação do direito, assim como todo o processo, é uma construção. No ato dessa aplicação, subsunções, silogismos, métodos, tudo que é empregado na interpretação e para a exposição das razões da decisão constrói essas conexões.

Essas conexões estabelecidas pelos sujeitos que aplicam o direito são enviadas para os sujeitos que recebem a decisão judicial, alcançando ainda os demais que dela tenham notícia. A motivação das decisões contribui para a coerência da aplicação, mas não lhe garante.

Uma decisão precisa ser avaliada para que seja qualificada coerente. Senão, ela seria fundada em mero argumento de autoridade. As partes farão essa leitura, bem como o restante do Poder Judiciário, do Estado e da sociedade. As diversas críticas feitas aos posicionamentos jurisprudenciais são prova disso.

Poder-se-ia pensar que quanto maior a coerência, maior a proximidade com a justiça. Por outro lado, o não atendimento a esse requisito colocaria uma decisão jurídica em dificuldade de ser sustentada nesse âmbito.

As decisões sobre direitos fundamentais, cujos valores são reafirmados na construção da aplicação, inspiram-na. Tendo em vista a ideia de direitos fundamentais como o vetor de destaque da aplicação, efetivá-los não só corrobora valores, como situa a aplicação dentro de seus parâmetros, em conformidade com o constitucionalismo, com a eticidade. Uma aplicação assim tem alta probabilidade de ser (vista como) coerente.

Uma tentativa, às vezes de intensidade desesperante, de proteger o direito, ou o ordenamento jurídico, ou as decisões jurídicas, conferindo-lhes coerência, e justificando e afastando suas falhas pode não prosperar. Falhas sistêmicas e humanas ocorrem, devem ser identificadas, reparadas, superadas à medida que a temporalidade oferecida pela segurança jurídica permita.

A realidade é complexa, assim como o ato de aplicação do direito. A simplificação da aplicação com qualquer propósito não deve afastá-la da coerência para não ser desviada da justiça. Todo o matiz de complexidade da realidade acaba simplificado pelo recorte da avaliação jurídica, tomando-se o ditame da *coerência* como regra que perpassa os planos normativos e o próprio ato de compreensão da realidade.

A coerência deve ser vista como presente no sujeito e inspiradora do processo de interpretação. Recorre-se ao pensamento de HUME sobre a conexão necessária – segundo o

qual “não há nada em qualquer caso singular ou particular de causa e efeito que possa sugerir a ideia de poder ou conexão necessária” (2009: 112) – para se endossar a construção da coerência. Ainda a partir desse autor, a coerência no sujeito busca equivalência à conexão entre objetos que ocorre no pensamento, no sujeito.

Quando dizemos, portanto, que um objeto é conectado a outro, queremos apenas exprimir que eles adquiriram uma conexão em nosso pensamento, e assim suscitam essa inferência, mediante a qual cada um torna-se prova da existência do outro. (HUME, 2009: 125)

Falar que a coerência está no sujeito e não no objeto deve dar oportunidade a um resgate sobre a discussão de valores, e não a críticas relativistas. A começar porque a cisão entre sujeito e objeto encontra-se superada em uma perspectiva de compreensão pelo sujeito/objeto. Ademais, o sujeito transcendental kantiano, a dialética hegeliana, por exemplo, e cada um a seu modo, são fortes argumentos a favor da possibilidade, respectivamente, de universalidade do entendimento e de totalidade de ciência espiritual. A busca hermenêutica por sentido nas relações entre parte e todo, a concepção prévia da perfeição gadameriana (GADAMER, 2005) reforçam ainda que a busca por unidade sentido é uma busca por coerência.

Aflorando a discussão sobre valores, que irão guiar aplicação ou ser efetivados, está a vontade da lei que, enquanto vontade racional, é fundada em valores nela positivados, ganhando a objetividade e exigibilidade típicos do direito. É importante percebê-lo em harmonia com o constitucionalismo, em todo o movimento da eticidade que os coloca para serem realizados, porque eles não revelam outra coisa senão a liberdade. No magistério de SALGADO (2006: 256),

[o] Estado Democrático de Direito contemporâneo é desse modo o momento de chegada, após sua cisão no processo do seu desenvolvimento histórico – que planta suas origens na cultura helênica –, na medida em que a autonomia da vontade que gera a validade formal do direito, pelo diálogo, portanto pelo consenso, encontra o conteúdo do direito nos valores racionalmente postos como determinantes dessa vontade e desses fins éticos do Estado Democrático.

ZAGREBELSKY (2011: 14), por meio do que ele chama de *ductilidad* (ductilidade, maleabilidade, flexibilidade), afirma que o direito deve permitir

la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir.
[...]

El único contenido “sólido” que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios. (2011: 17)

Decisões sobre direitos fundamentais serão julgadas pelo *tribunal histórico* (cf. HEGEL, 1997: 307), no sentido de que serão avaliadas no tempo presente e futuro, o que terá reflexo direto em atividade de controle da aplicação e crítica acerca das decisões. Há um limiar de legitimidade que, se transposto, desalinha uma atuação do restante das demais. Se a prática é reiterada ou particularmente carente de coerência, ela pode fazer romper a tensão propulsora da democracia e do Estado de Direito.

3.2 O direito fluido

O conceito de *direito fluido*, que também poderia ser denominado direito *flexível* ou *dinâmico* ou *líquido*, coaduna-se com uma sociedade contemporânea cujas peculiares características ficam assinaladas pela sua *liquidez*. A expressão *direito fluido* é preferível em relação às demais, tendo que vista que o adjetivo *fluido* remete, de maneira mais precisa, à referida liquidez e ao movimento.

Não se trata de um mero ajuste terminológico, mas de trabalhar esse conceito, considerando características do direito na contemporaneidade com o objetivo de compreensão do fenômeno jurídico nesses “tempos líquidos” (BAUMAN, 2007). Na verdade, o direito fluido permite realçar, enquanto movimento, não só uma aplicação e uma construção flexíveis, mas também uma conexão cultural com eticidade e histórico-ideológica com o constitucionalismo. Desse modo, a sua fluidez fica mais nítida nessa modernidade líquida, mas o direito flui desde a época romana e, em especial, como desenrolar do constitucionalismo.

Os direitos fundamentais, cuja efetivação está no centro das atenções da sociedade atual e identificada como função precípua do Estado, também são fluidos pela flexibilidade do conteúdo e dos parâmetros que cercam a aplicação deles, e pela dinamicidade que os remete a vetor do constitucionalismo, e que mostra a capilaridade da efetivação deles. Assim, é possível empregar o fluido à aplicação, ao constitucionalismo e à Constituição.

A expressão guarda relação com o *direito dúctil* (*mite*) e a *ductibilidade constitucional* de ZAGREBELSKY (2011), na medida em que esses termos evidenciem a

referida flexibilidade ou, ainda, venham a assinalar a existência de um grau de deformação que o direito suporta. Para o autor,

los términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional de la que aquí se habla son la coexistencia y el compromiso. La visión de la política que está implícita no es la de relación de exclusión e imposición por la fuerza (en el sentido del amigo-enemigo hobbesiano y schmittiano), sino la inclusiva de integración a través de la red de valores y procedimientos comunicativos, que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo. (ZAGREBELSKY, 2011: 15)

O autor conclui que os juízes “son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justiça” (ZAGREBELSKY, 2011: 153).

Para CANOTILHO (2000: 1335), a *constituição dúctil* não é uma solução nova, “embora o *modo* e o *dom* da escrita sejam literalmente novos”. Segundo ele,

fala-se uma constituição dúctil (Zagrebelky) para exprimir a necessidade de a constituição acompanhar a perda do centro ordenador do estado e reflectir o pluralismo social, político e económico. Neste sentido, a uma constituição caberá a tarefa básica de assegurar apenas as condições possibilitadoras de uma vida em comum, mas já não lhe pertence realizar directamente um projecto pré-determinado dessa vida comunitária. As constituições concebem-se, pois, como plataformas de partida para a realização de políticas constitucionais diferenciadas que utilizem em termos inventivos os “vários materiais de construção” semeados nos textos constitucionais.

ZAGREBELSKY (2011: 17) defende a exigência de uma dogmática “‘líquida’ o ‘fluida’ que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida”. O autor afirma que a dogmática constitucional deve ser como

el líquido donde las sustancias que se vierten – los conceptos – mantienen su individualidad y coexisten sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un sólo componente pueda imponerse o eliminar a los demás [...]. (ZAGREBELSKY, 2011: 17)

Sugere-se considerar não somente a dogmática como fluida, mas também o direito. E mesmo a concepção de *direito dúctil* do autor, como visto, referindo-se à compatibilização de princípios, é bem distinta do conceito de direito fluido proposto neste trabalho.

Desse modo, *afirma-se que o direito é fluido para caracterizar o seu movimento com direção, a flexibilidade de seus parâmetros e de seu conteúdo, com extravasamento para o constitucionalismo, e o transbordamento da aplicação para outras esferas como a política, a moral, a religião, a ciência, a arte etc.*

3.2.1 Direção, abertura e moldura

O direito fluido possui sua base nos direitos fundamentais – tendo em vista que a realização desses direitos constitui o ponto de chegada da justiça no mundo contemporâneo – e na busca pela efetivação deles. É possível identificar, então, uma direção no *movimento*. O seu vetor são os direitos fundamentais. Na medida em que a efetividade deles constitui o ponto de chegada, o fluir do direito tem o sentido de realizar a justiça no mundo contemporâneo, segundo a concepção do direito como *maximum ético* (SALGADO, 2006).

Essa direção, embora oriente a fluidez, nunca a esgota, porque a um só instante que o *líquido* jurídico se acomoda, ele já é trazido novamente ao movimento para continuar se mostrando em sua efetividade. O direito flui, mas a forma e o conteúdo que assume no plano da efetividade não se desconectam desse referencial que a efetivação de direitos fundamentais constitui.

É preciso notar a abertura que o direito fluido comporta por meio da afirmação da *flexibilidade* dos parâmetros da aplicação de direitos fundamentais e do conteúdo desses direitos. A abertura está ainda associada à dispersão da capilaridade da efetivação, que mitiga o protagonismo estatal, ou de um de seus Poderes em especial, nessa tarefa.

Desse modo, deve ser considerada também uma abertura para o plano internacional. Isso desloca o referencial do *Estado-nação*, como ator principal da efetivação de direitos fundamentais, não somente para a *sociedade-nação* com quem divide os encargos de uma construção democrática, mas também para a sociedade internacional. Tanto mais se esteja na perspectiva de atuação conjunta de Estados, a exemplo de tratados e ações estatais na promoção desses direitos, ditos humanos nesse plano; ou da pluralidade nacional de pessoas e entidades envolvidas em ações internacionais, como nas ajudas humanitárias; ou do controle internacional que reforça o vigor e a efetivação desses direitos, a exemplo da jurisdição de cortes internacionais, tudo isso – além de contribuir para a efetivação desses direitos – melhor aponta caminhos para o enfrentamento de questões complexas e de impacto internacional direto como preservação ambiental, adequada exploração de recursos naturais e de mão-de-obra, integração jurídico-social de imigrantes, abrigo para refugiados, combate ao tráfico de pessoas e de drogas, a pandemias e ao terrorismo, promoção da dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento sustentável e da paz.

Todas essas questões são tratadas pelas ordens jurídicas internas, que sofrem modificações pela construção internacional e interna da qual o Estado participa. Entretanto, a

efetivação de direitos fundamentais que o Estado promove está limitada à densidade e à força normativa que esses direitos possuem, bem como ao grau de complexidade que eles abrangem para lidar, de maneira eficaz, com questões complexas do mundo contemporâneo, como as citadas.

Embora se ressaltem a limitação e a insuficiência do Estado, deve ser mantida a sua importância na efetivação de direitos fundamentais. Os Poderes devem agir em harmonia com esse propósito – reconhecendo-se ainda o peso da participação dos cidadãos e da sociedade internacional – não havendo, assim, justificativa para que um ou outro porte heroicamente o estandarte da efetivação.

Toda essa abertura permite ao direito fluir dentro de uma moldura também flexível, talhada em material maleável que se dobra, se distorce, com a própria construção do direito no plano da efetividade. Essa moldura é composta pelos elementos centrais do constitucionalismo, a *efetivação de direitos fundamentais* e a *limitação do poder estatal*, que, também em tensão, reforçam seu caráter maleável. Assim, reafirma-se a flexibilidade não somente dos parâmetros da aplicação do direito, mas do fenômeno jurídico.

3.2.2 Flexibilidade de parâmetros

Os parâmetros fluem com a construção prática. Essa prática refere-se à efetividade, que tem no plano da execução, da observância e da aplicação seus recortes de destaque. Claro que a doutrina também faz parte dessa construção, ao focar, sobretudo, a norma, mas também o fato e o valor.

O foco nos parâmetros da aplicação do direito acaba por mostrar a fluidez dos parâmetros e do conteúdo do direito como um todo. A aplicação, voltada à realização de direitos fundamentais, tem nesses direitos a identificação de seus parâmetros, aliados ainda à ideia de limitação de poder estatal que orienta o constitucionalismo.

Os fundamentos e os limites da aplicação do direito são *flexíveis* ou fluidos, resultado da alterabilidade deles e da dinamicidade advinda da prática da aplicação e de sua constante reconstrução. Essa proposição corrobora a ideia de que a definição desses parâmetros se dá *a posteriori*, em razão de serem construídos e conhecidos no momento de efetividade. Consideram-se importantes os parâmetros *a priori*, isto é, definidos antes do momento de aplicação. Contudo, eles integram todo um arcabouço de pré-compreensões

colocado à disposição do intérprete no momento da aplicação, podendo ser reafirmados por ela, ou refeitos, retificados.

Para a flexibilidade não resultar em uma aporia de instabilidade caótica da aplicação, ressalta-se que a aplicação do direito fluido está emoldurada e possui uma direção definida, centrada na efetivação de direitos fundamentais. Deve ser lançado ainda um olhar vertical sobre o procedimento de aplicação, sobre a justificação e a exposição de motivos da decisão.

3.2.3 Transbordamento

O conceito de direito fluido ajuda a compreender o seu transbordamento. Do modo como delimitado ao longo do trabalho, esse transbordamento está associado à aplicação do direito como revelador do conteúdo e parâmetros que fluem.

Nesse recorte, ele continuará sendo abordado, com a ressalva de que sua ocorrência se dá em relação também ao conteúdo do direito. Esse conteúdo transborda a esfera *individual*, inundando a *coletiva*. A própria coletividade dobra-se ou flexibiliza-se frente à dispersão de indivíduos indetermináveis, permitindo identificação especialmente de *direitos difusos*, à reunião de *indivíduos* com *direitos homogêneos*, aos esforços de fazer inclusiva a sociedade plural e aberta ao futuro. Os destinatários dos direitos classificados como de terceira dimensão são, conforme BONAVIDES, destinados ao “gênero humano” (2009: 569),

Pode-se considerar que a atuação judicial na efetivação de direitos fundamentais transborda, bem como o conteúdo desses direitos que é construído também pela aplicação deles.

Propõe-se que 1) a atuação judicial na efetivação de direitos fundamentais ultrapassa as demandas processuais e também construção do conteúdo do direito, uma vez que define também os seus próprios parâmetros; 2) que esses limites e fundamentos da aplicação dos direitos fundamentais transbordam do direito positivo para o constitucionalismo, e que esses parâmetros escorrem para interagir em outros âmbitos do Poder; 3) que o conteúdo efetivado pela aplicação desses direitos extravasa para outras esferas do mundo da cultura.

O transbordamento remonta principalmente ao tópico *implicações*, desenvolvido para ajudar a sustentar as sugeridas repercussões da atuação judicial nessa efetivação. Esse

termo, inserido no contexto da fluidez do direito, pretende assinalar o último item da proposta apresentada, isto é, que o direito extravasa para além do âmbito jurídico.

O direito, desse modo, ganha maior proximidade da política e, principalmente, da sociedade, haja vista a consideração de que ele contribui para um preenchimento do mundo da cultura ao transbordar a sua esfera típica. Sendo o direito produto da cultura, seja da eticidade, aquilo que o produz sofre interferência dessa produção, que transborda ou é assumida por outros setores de tal polo de produção.

Em termos do *agir*, ele próprio pode conter mais de uma faceta, seja jurídica, moral, política ou religiosa, mas não é compreendido na sua totalidade se qualquer delas for abnegada. Todas essas perspectivas encontram-se na pessoa que age, em pesos diferentes a depender da ação.

Considerar a fluidez e o transbordamento do direito implica perceber não somente o contato íntimo com essas outras esferas, mas também que elas acabam sofrendo influxo do conteúdo jurídico em processos de construção de seus conteúdos típicos.

3.3 Atuação consistente do Poder Judiciário

A atuação consistente do Poder Judiciário, frente à fluidez do direito, não significa combater à flexibilidade dos parâmetros dessa atuação, senão assumi-la para lhe *dar forma* pela aplicação do direito. Essa flexibilidade mostra que o conteúdo de direitos fundamentais fixado pela aplicação auxilia na modelagem dos fundamentos e dos limites dessa atividade, no mesmo momento em que esses parâmetros da aplicação extravasam o direito positivo para se acomodarem no constitucionalismo. O ciclo de implicações recíprocas se completa ao se considerar que a efetivação de direitos fundamentais é o propósito dessa aplicação que tem como parâmetros a própria efetividade desses direitos revelada pelo constitucionalismo e enquanto eticidade.

Afirma-se, assim, que *a consistente aplicação judicial de direitos fundamentais não garante que a forma que seus parâmetros fluidos recebam se sustente indefinidamente, nem impede que o conteúdo da aplicação volte a fluir ou que transborde.*

Pensando na aplicação como o *procedimento* que se percorre para a efetivação desses direitos, se ele está contido na moldura maleável composta por parâmetros flexíveis, está legitimado por ela. Essa é a legitimação que o “*procedimento*, como legitimidade formal

do poder” (SALGADO, 2006: 256), produz em seu movimento. A flexibilidade de seus parâmetros denuncia a mobilidade do próprio procedimento.

É por esse procedimento de moldura flexível que *escorre* o conteúdo do direito para o plano da efetividade a fim de realizar a justiça. Para se alcançar a *legitimidade*, enquanto aceitação da aplicação justa, é preciso considerar o “*processo*, como movimento racional da cultura na produção do conteúdo axiológico do direito” (SALGADO, 2006: 256). O autor concebe esse “aspecto material-axiológico como valoração da razão, a *justiça*”, concluindo que a unidade desses aspectos, formal e material, “é a ordem social justa, uma ordem jurídica na qual a vontade política democrática e a razão prudencial ou valorativa do direito atuam na realização do bem comum” (SALGADO, 2006: 257).

Para compreender essa legitimidade, é preciso tomar parte na busca do justo, seguindo o procedimento que se molda nessa busca ao incluir toda a subjetividade possível, para a realização dessa *arriscada tarefa* de dar forma ao direito fluido.

3.3.1 Risco

O risco refere-se à incerteza de um resultado, do futuro. Trazendo para o universo jurídico, é possível utilizar esse conceito para reflexão sobre diversas nuances do direito, a fim de reforçar a sua abertura, sua mobilidade. Vale aqui salientar as suas implicações para a *segurança jurídica*, para a sustentação do direito aplicado, para o direito que regula uma sociedade complexa, de *risco* (BECK, 2011). Pode ser lembrado também o risco de politização do Poder Judiciário, anteriormente debatido.

A acepção que mais interessa neste ponto é a de segurança jurídica enquanto expectativa de decisão judicial em um determinado sentido. Conjugada com a noção de risco, a previsibilidade que ela significa deve ser expressa por meio de probabilidades.

Uma decisão judicial sobre direitos pode ser justa e adequada para o momento. Entretanto, há o risco de não ser a melhor decisão, o que a levaria a ser criticada pelos envolvidos, pela sociedade, ou reavaliada, inclusive na dinâmica recursal judiciária, ou interpretada como jurisprudência diante de uma nova demanda. Esse risco vem da dificuldade de sustentação da consistência da decisão, que poderia passar a ser pensada como uma decisão *líquida*.

Pensando na abertura do direito atrelado à democracia, VIANA (2010: 261) aborda a ideia de *constitucionalismo moralmente reflexivo* para se referir a

um sistema que controla não apenas as regras procedimentais do jogo democrático em atenção ao pluralismo, à abertura e à dinâmica sociocultural, mas que, também, se arrisca a prever certos momentos materiais pré-discursivos, ainda que contextualmente dependentes e sujeitos a processos de revisão.

Essa abertura à reconstrução, mesmo que limitada por “regras do jogo democrático”, traduz a precariedade dos referidos momentos materiais, que estão submetidos ao risco da revisão.

VIANA (2010: 117) ressalta que um dos fatores de desestabilização democrática refere-se a uma “‘sociedade do risco’, expressão forjada por ULRICH BECK e que designa um tipo de sociedade que se tornou consciente do paradoxo do conhecimento científico, ou seja, de que a produção de novos conhecimentos gera também novas incertezas.

A incerteza traz medo, insegurança e deve ser enfrentada, considerando-se a noção de risco, de que o controle dela não significa seu desaparecimento. Segundo BECK (2011: 93), “na sociedade de risco, saber lidar de tal modo biográfico e político com o medo e a insegurança se convertem numa *qualificação civilizacional decisiva*”.

3.3.2 Responsabilidade

O binômio *responsabilidade-risco* que se propõe realça a abordada incerteza da atividade de aplicação do direito, porém, também a tarefa de enfrentá-lo. Associar o risco ao agir pode abrir espaço para se pensar em uma *ética da incerteza*, o que merece ser tratado em um trabalho específico.

Para se compreender a tarefa que a responsabilidade quer significar, pode-se lembrar da *ética da responsabilidade* (WEBER, 2009): alguém que “se sente, de fato e com toda a alma, responsável pelas consequências de seus atos” pode, praticando-a, declarar: “‘Não posso agir de outro modo; paro por aqui’”. Uma atitude dessa é autenticamente humana e é comovedora. Qualquer um de nós, que não tenha ainda a alma totalmente morta, poderá vir a encontrar-se nessa situação” (WEBER, 2009: 123).

O cumprimento das obrigações da jurisdição, o exercício da autoridade nos limites da competência, o dever de expor os motivos da decisão, tudo isso compõe a ideia de responsabilidade. A responsabilidade deve guiar a aplicação de direitos fundamentais. Agir com base nela, considerando as implicações dessa tarefa, entretanto, não pode resultar em acomodação frente ao risco.

3.3.3 Toda subjetividade possível mediatizada

A decisão justa, sem dúvida, contribui para que seja alcançada a legitimidade. Esta, em verdade, já nasce com aquela.

Para tratar da decisão adequada e justa, em sede de direitos fundamentais, deve-se considerar que a atuação judicial na efetivação desses direitos está atrelada a um determinado contexto. Observando-se o binômio *responsabilidade-risco*, a compreensão e a realização dessa atuação requerem utilização de todos os recursos – jurídico-positivos, principiológicos, metodológicos, linguísticos, institucionais – que se ofereçam ao aplicador, para que os utilize como meio para a interpretação desses direitos. Para realizar essa interpretação, o aplicador – já considerando a presença da subjetividade na realização dessa tarefa – deve estar de posse de toda subjetividade possível, isto é, de toda contribuição que derive de participação humana, seja sua, das partes, da sociedade.

Pensando desse modo, o aplicador, com *toda a subjetividade possível mediatizada pelo direito* pode realizar uma atuação consistente, dando forma ao direito nesse momento da aplicação. Esse é um caminho para a decisão mais adequada, e, portanto, justa.

Essa saída metodológica proposta revigora as contribuições de DWORKIN, BROCHADO, SALGADO, BONAVIDES, HESSE, MÜLLER e ZAGREBELSKY, acrescentando a perspectiva da fluidez. A começar pelo risco, que não descarta a responsabilidade da aplicação, mas torna a sua aceitação – em função da contenção desse risco e do cumprimento da responsabilidade – *provável*, assim como deve ser qualificado o atendimento à expectativa em torno da decisão judicial em algum sentido.

Essa proposta se liga ao procedimento, permitindo legitimação formal. Contudo, à medida que se considera o movimento contrário, o direito – inclusive o procedimento – é mediatizado por toda a subjetividade para que o caminho ganhe *forma*– isto é, se visualize e se expresse enquanto *processo* – para a efetivação de direitos fundamentais.

A atuação judicial na efetivação desses direitos requer a flexibilidade de seus parâmetros para que o conteúdo da aplicação possa se moldar para alcançar a justiça e, portanto, a legitimidade.

CONCLUSÃO

Parâmetros podem ser apontados *a priori*, com base no tripé legislação, doutrina e jurisprudência, comportando rigidez e garantindo previsibilidade, sobretudo, para a atuação judicial, que é foco desse trabalho. Contudo, na constante aplicação e releitura do direito, com fulcro em mudanças de entendimento jurisprudencial e na dinâmica de reconstrução legislativa e doutrinária, os parâmetros escorrem por entre dedos ávidos por controle, segurança. Consideram-se probabilidades de ocorrência no lugar do previsível, quase certo. Parâmetros que são (re)definidos *a posteriori* juntamente com toda a construção, incluída a aplicação, do direito constituirão novas referências em potência, que novamente só terão definição de contornos no ato que efetiva o direito, notadamente os direitos fundamentais, cuja garantia constitui um propósito do Estado. Assim, a atuação do Poder Judiciário mostra-se imprescindível para a concreção desses no Estado democrático de Direito, revelando concomitantemente seus parâmetros.

Propõe-se, então, uma atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais lastreada em parâmetros flexíveis a fim de viabilizar a efetivação desses direitos. Essa efetivação, que contribui para que os parâmetros sejam revelados, não é outra coisa senão o que se busca na contemporaneidade para a realização da justiça.

A coerência é fundamental para que capilaridade da aplicação de direitos fundamentais e a flexibilidade dos parâmetros dessa atuação possam recobrar sua unidade de sentido, e, desse modo, ser sustentada enquanto adequada, justa. Isso, contudo, não afasta o risco de que um leve sopro de incoerência, de incerteza, de insegurança faça a decisão se liquefazer, não fosse o papel da coerência que guia o processo de compreensão.

A articulação das diversas afirmações ao longo do texto, envolvendo os termos *vontade, participação e procedimento* – incluídas as perspectivas trazidas pelas noções de *risco, responsabilidade e toda subjetividade mediatizada* – quer contribuir para responder ao questionamento de como se alcançar a *legitimidade* da aplicação de direitos fundamentais, por meio da *motivação da competência* sustentada por parâmetros fluidos.

Dito de outra maneira, o conteúdo debatido neste trabalho tem por objetivo contribuir para que se possa *captar e realizar a tarefa arriscada de aceitação da exposição do conteúdo desvelado pelo movimento da forma que permite assumir o dever-querer ou querer racional.*

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: C.E.P.C., 2002.

ALKMIN, Marcelo. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ALMEIDA-DINIZ, Arthur J. *Novos paradigmas em direito internacional público*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ANAXIMANDRO, PARMÊNIDES, HERÁCLITO. *Os Pensadores Originários*. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. [Tese de doutorado]. Universidade de Coimbra. 1963.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. *O estado e o poder judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2006.

AUGÉ, Marc. *Não-lugares: Introdução a uma antropologia da sobremodernidade*. Campinas: Papyrus, 1994.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2003

- BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2011.
- BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- BERMAN, Marshall. *Tudo que é sólido desmancha no ar*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Cone, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 1992.
- BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito: Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Filosofia do Direito: Interpretação Antropológica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BRASIL. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.
- BRASIL. *Código Civil* [Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002].
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 48 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BROCHADO FERREIRA, Mariá Aparecida. *Consciência Moral e Consciência Jurídica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

BROCHADO FERREIRA, Mariá Aparecida. *Direito e Ética: A Eticidade do Fenômeno Jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASSESE, Sabino. *A crise do estado*. Campinas: Saberes, 2010.

CATTONI, Marcelo (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI, Marcelo. *Processo Constitucional*. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

CHARLES, Sébastien. *Cartas sobre a hipermodernidade: ou O hipermoderno explicado às crianças*. São Paulo: Barcarolla, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (org.). *Constituição e ativismo judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COURA, Alexandre de Castro. *Para uma Análise Crítica da “Jurisprudência de Valores”*. [Dissertação], UFMG, Faculdade de Direito, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEL VECCHIO, G. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de Cabral de Moncada Coimbra: Armênio Amado/Ed. Sucessores, 1979.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

- DOMINGUES, Ivan; PINTO, Paulo Roberto Margutti; DUARTE, Rodrigo. [org.] *Ética, Política e Cultura*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007-b.
- DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). *Interpretação Constitucional*. Reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Salvador: Edições JusPODIVM, 2010.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1937.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.
- FERREIRA, A. B. H. *Aurélio século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FERREIRA, Ana Paula. *Espaço e poesia na comunicação em meio digital*. 2010. 306f. Tese (Doutorado em Comunicação e Semiótica) – COS-PUC, São Paulo, 2010.
- FERREIRA, Bernardo. *O Risco do Político: Crítica ao Liberalismo e Teoria Política no Pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.
- IORELLI, José Osmir. MANGINI, Rosana Cathya. *Psicologia Jurídica*. São Paulo: Atlas, 2009.
- FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir*. Editora
- FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina de. *Manual para Normalização de Publicações Técnico-Científicas*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em Retrospectiva: A Virada da Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2007.

- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- GENY, Francisco. *Método de Interpretacion y Fuentes en Derecho Privado Positivo*. Madrid: Reus, 1925
- GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- GUNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidade y validez. Sobre El derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría Del discurso*. Madri: Editorial Trotta, 2005.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2000.
- HART, Herbert L. A.. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2008.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia da História*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Phänomenologie des Geistes*. Hamburg: Meiner, 1988.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. [no prelo].
- HORTA, José Luiz Borges. *Direito constitucional da educação*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007.
- HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Organização e tradução de Alexandre Amaral Rodrigues. São Paulo: Hedra, 2009.
- IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- JULLIEN, François. *O diálogo entre as culturas: Do universal ao multiculturalismo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.
- KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KUHN, Thomas S.. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos*. Rio de Janeiro: Ed.34, 2009.
- LEFEBVRE, Henri. *A revolução urbana*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004.
- LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Henning. *Ativismo judicial e déficits democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LIMA VAZ, Henrique C. de. Moral, sociedade e nação. In: *Revista Paz e Terra*, ano 1, n.1, p. 96, jul. 1966.
- LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A cultura-mundo: Resposta a uma sociedade desorientada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Cidade do México: Herder, 2005.
- LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Teoria dos Valores Jurídicos*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2006.
- MARÇAL, Antonio Cota. In: *Constituição, Direito e Processo: Princípios Constitucionais do Processo*. [s/d].
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: Dos Pré-Socráticos a Wittgenstein*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.
- MARINHO, Jorge Miguel. *Nem tudo que é sólido desmancha no ar: Ensaios de peso*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- MATA MACHADO, Edgar de Godói da. *Fé, Cultura e Liberdade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1993.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MAUS, Inceborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *Hermenêutica jurídica: interpretação das leis e dos contratos*. [Tese de doutorado]. UFMG, Faculdade de Direito. 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MIRANDA AFONSO, Elza Maria. Direito e Valor. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, ano IV, n. 7, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MONTEIRO, Luiz Henrique Alves. *Sistemas Dinâmicos*. São Paulo: Livraria da Física, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PEIXINHO, Manoel Messias. *As teorias e os métodos de interpretação aplicados aos direitos fundamentais*. Doutrina e jurisprudência do STF e do STJ. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PELAYO, Manuel Hallivis. *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa, 2007.

PENCO, Carlo. *Introdução à Filosofia da Linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional Democrático*. Controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RAMOS, Eival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas e evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1986.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (org.). *Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- RORTY, Richard. *El Giro Lingüístico*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1996.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 27, n. 2, abr./jun. 1998.
- SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios Hermenêuticos dos Direitos Fundamentais. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XIV, n.3, v. 20, 1996.
- SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.); CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SANTAELLA, Lucia. *Linguagens Líquidas na era da mobilidade*. São Paulo: Paulus, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benti. (org.) *Direitos Fundamentais: “orçamento e reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008-b.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SARMENTO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org). *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia Jurídica*. Campinas: Edicamp, 2001.
- SCHELER, Max. *Da reviravolta dos valores*. Petrópolis: Vozes, 2012.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2006.
- SGARBI, Adrian (org.). *Clássicos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Reforma do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SLOTERDIJK, Peter. *O desprezo das massas: Ensaio sobre lutas culturais na sociedade moderna*. São Paulo: Estação Liberdade, 2002.
- SLOTERDIJK, Peter. *Esferas III: Espumas*. Madri: Siruela, 2003.
- SÓFOCLES. *Antígona*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Diferença Ontológica (entre texto e norma) como Blindagem contra o Relativismo no Processo Interpretativo: uma Análise a partir do Ontological Turn*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, [s/n].
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- VIANA, Márcio Túlio; TERRA, Luciana Soares Vidal; SILVA JÚNIOR, Décio de Abreu e. *Direito do Trabalho & Trabalhos sem Direitos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- WACQUANT, Loïc. *O mistério do ministério. Pierre Bourdieu e a política democrática*. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

WEBER, Max. *Sociología del derecho*. Granada: Comares, 2001.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas Vocações*. São Paulo: Afiliada, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO**

**FLEXIBILIDADE DE PARÂMETROS E TRANSBORDAMENTO DA
ATUAÇÃO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS: a fluidez do direito**

Décio de Abreu e Silva Júnior

BELO HORIZONTE – 2013

S586f Silva Júnior, Décio de Abreu e
Flexibilidade de parâmetros e transbordamento da
atuação judicial na efetivação de direitos fundamentais :
a fluidez do direito / Décio de Abreu e Silva Júnior. - 2014.

Orientador: Joaquim Carlos Salgado.
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito - Teses 2. Poder judiciário 3. Direitos
fundamentais I.Título

CDU: 342.56:342.7
