

Uma concepção contemporânea de jurisdição

Autor: Paulo de Tarso Fernandes de Souza

Advogado. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR)
Publicado na Edição 25 - 29.08.2008

Resumo

O presente artigo demonstra a influência positivista, na doutrina processual brasileira, e os correspondentes prejuízos para a evolução do pensamento jurídico. A concepção contemporânea de jurisdição, portanto, é estruturada com fundamento no constitucionalismo pós-positivista. Com intuito de conferir importância à atuação do Judiciário na tutela das necessidades sociais, temas específicos são abordados, como a teoria dos princípios constitucionais e a legitimidade política do Judiciário.

Palavras-chave: Teoria dos Princípios. Controle de Constitucionalidade. Legitimidade Política.

Introdução

A doutrina processual brasileira ainda concebe a função jurisdicional com nítida influência do movimento positivista de matiz liberal. Nesse sentido, a noção de aplicação da vontade da lei ao caso concreto e a pressuposição do litígio continuam a fazer parte dos estudos processuais. De outro lado, o constitucionalismo desenvolvido no século XX aparece com posicionamentos teóricos voltados para atender às demandas prometidas pelo Estado social, de modo a quebrar a ideologia cultivada pelo liberalismo.

Inserida no contexto democrático, a função jurisdicional emerge com o escopo de proteger os direitos fundamentais como mínimo existencial para a dignidade da vida humana em uma sociedade marcada pelo pluralismo ideológico. Para alcançar esse desígnio, o Judiciário precisa utilizar o controle de constitucionalidade e reafirmar a respectiva legitimidade política dentro da nova perspectiva de teoria democrática.

1 A jurisdição sob influência do positivismo jurídico

O entendimento preponderante entre os juristas brasileiros sobre a conceituação de jurisdição é formulado sob a influência histórica do positivismo clássico. Ao aplicar o pensamento jurídico construído para atender às demandas do liberalismo ao contexto estrutural de um Estado Democrático, proposto pela Constituição Federal de 1988, inevitavelmente, surgem disparidades entre as necessidades sociais e as respostas disponibilizadas pelo Direito, ultrapassando a condição defensável de Ciência do dever-ser. Antes de desenvolver considerações relacionadas à concepção contemporânea de jurisdição, é oportuno indicar os traços positivistas na doutrina majoritária atual.

1.1 A função jurisdicional para a doutrina processual majoritária no Brasil

Parte da doutrina conceitua a função jurisdicional como atividade soberana destinada a aplicar a vontade da lei (ALVIM, 2005; THEODORO JÚNIOR, 2003), outros se referem ao direito objetivo (CÂMARA, 2007; MIRABETE, 2003; SANTOS, 2004), e uma corrente mais aberta faz menção ao Direito (OLIVEIRA, 2007). Atrelar a jurisdição com os conceitos extraídos da noção jurídica da lei ou do direito objetivo é, em uma perspectiva substancial, o mesmo entendimento, porque esse segundo termo deriva da clássica visão dualista do ordenamento, em que há direitos hipotéticos, previstos na norma formal, e subjetivos, decorrentes da realização fática da conduta abstrata.

Indicar o objetivo da jurisdição como aplicação do Direito, sem dúvidas, é adotar novos horizontes conceituais, pois elabora a função soberana na importante idéia contemporânea de constitucionalismo e de sistema jurídico. De outro lado, os autores assim posicionados, ao delinearem outras considerações sobre a jurisdição, voltam a pressupor a atividade do magistrado subordinada ao ordenamento ou à legislação.

Com igual freqüência, a doutrina pressupõe o litígio, considerado como o conflito de interesses qualificado por pretensão resistida (CINTRA, 1998; MIRABETE, 2003; SANTOS, 2004; THEODORO JÚNIOR, 2003), como imprescindível para conceber jurisdição. Conseqüentemente, o desempenho da atividade do magistrado, com intuito de dispensar tutela aos bens jurídicos em processos nos quais não há "potencialidade lesiva originada na contraposição de pretensões", designação formulada nos moldes de Carnelluti (2000), é visto como administração pública de interesses privados (CINTRA, 1998; MALTA, 2006; THEODORO JÚNIOR, 2003).

1.2 As doutrinas de Chiovenda e Carnelluti como fruto do positivismo jurídico

O direito processual brasileiro é formado com nítida influência do pensamento de Chiovenda (2002), que, por sua vez, esteve vinculado à ideologia liberal-positivista (MARINONI, 2007). Esse jurista foi responsável pela teoria dualista, na qual o ordenamento jurídico é dividido em duas espécies de direito: material e processual. O objetivo consistiu em demonstrar a independência do direito de ação perante o direito subjetivo das partes litigantes. Para tanto, Chiovenda liderou a escola histórico-dogmática da hermenêutica, nos estudos sobre o desenvolvimento das instituições processuais, ao longo do tempo (MARINONI, 2007).

Para confirmar a autonomia do direito de ação, Chiovenda (2002) definiu a atividade jurisdicional como a função estatal destinada a aplicar a vontade da lei aos casos concretos. Desse modo, ao mencionar o termo "vontade da lei", o jurista não especificava a natureza do direito material deduzido em juízo e concluía que a jurisdição seria desencadeada pela ação, independentemente da procedência do pedido substancial do autor. No afã de conferir relevância científica ao direito processual, Chiovenda (2002) continuou influenciado pelo pensamento positivista, para o qual o Direito está inserido na norma jurídica formal. Nesse contexto, contribuiu para a solidificação da lei como fonte jurídica (MARINONI, 2007).

Ainda está presente no cotidiano jurídico do Brasil a idéia de jurisdição como função estatal de justa composição da lide, considerada essa como o conflito de interesses qualificado por pretensão resistida. Nesse caso, atribui-se a Carnelluti (2000) a influência sobre a processualística brasileira. As atenções antes voltadas para o processo foram direcionadas para a lide como fenômeno sócio-jurídico. Toda a argumentação de Carnelluti (2000) foi desenvolvida com base na teoria da unidade do ordenamento de Kelsen (1986). Desse modo, ao proferir a sentença, o magistrado criava uma norma jurídica para aplicar a lei ao caso concreto (MARINONI, 2007).

Para o juiz atuar em determinada causa, de acordo com Carnelluti (2000), era necessária a iniciativa dos particulares inseridos em situação de litigiosidade, contenciosidade. A função do magistrado era realizar o correto enquadramento da circunstância fática aos preceitos legais existentes. Atingir esse objetivo implicaria a justa composição da lide. A sentença do juiz ultrapassava a mera declaração da vontade concreta da lei, pois, uma vez prolatada, tornava-se lei diante das partes, ou seja, norma jurídica integrante do ordenamento (MARINONI, 2007).

O pensamento de jurisdição nos moldes acima destacados foi considerado como teoria unitária ou constitutiva. O caráter constitutivo decorreu da atividade do magistrado de criar o direito ao proferir sentença (considerada norma jurídica) de composição da lide. Denominou-se de unitária, pois a decisão final do juiz se tornava parte integrante do ordenamento nos moldes kelsenianos, conferindo-lhe completude (CINTRA, 1998).

Para Kelsen (1986), o ordenamento jurídico possuía estrutura escalonada. No ápice da pirâmide, encontrava-se a lei fundamental de caráter apenas criativo de Direito. Logo abaixo, existia a lei desenvolvida pelo Poder Legislativo com feição criativa de Direito e aplicativa dos preceitos constitucionais. Então, por último, a sentença do magistrado tornava-se norma jurídica, também com natureza criativa do direito, no caso específico, e aplicativa das disposições legais. Em oposição a esse pensamento, Chiovenda (2002) definiu jurisdição a partir da idéia de declaração da vontade concreta da lei, ou seja, o magistrado não criava a norma. Por isso, a teoria de Chiovenda (2002) é conhecida como declarativa e a de Carnelluti (2000) é chamada de constitutiva.**(1)**

Desse modo, Carnelluti (2000) estava baseado no mesmo pensamento positivista que ateu Chiovenda aos ideais iluministas. O Judiciário, portanto, continuava subestimado e sem qualquer atribuição de relevo na organização política do Estado liberal. Necessariamente, para compor a lide, o magistrado precisava de uma lei formal, desenvolvida pelo Poder Legislativo. Não se imaginava a possibilidade de o juiz buscar amparo direto na Constituição, até esse momento histórico, despida de qualquer força normativa (MARINONI, 2007).

2 Jurisdição e a teoria constitucional dos princípios

A visão reducionista do positivismo em relação a temas fundamentais para a ciência jurídica, como a jurisdição, está superada pela doutrina constitucional, ao contrário da processualista. O constitucionalismo contemporâneo, é importante destacar, gravita em torno da teoria dos princípios como "chaves do sistema jurídico".**(2)** Desse modo, os contornos da função jurisdicional somente serão fixados com validade científica com prévia noção sobre a evolução e o significado atual dos princípios constitucionais.

2.1 Aspectos gerais da teoria dos princípios constitucionais

Até atingir o entendimento científico atual, conferido pela doutrina pós-positivista, os princípios constitucionais passaram por longa evolução histórica. Inicialmente, de acordo com o jusnaturalismo, receberam sentido abstrato, nebuloso, baseados em axiomas

jurídicos. Em segundo momento, coube ao juspositivismo reduzir os princípios a disposições legais de caráter indicativo. A compreensão desses posicionamentos colabora para detectar resquícios eventualmente existentes nas teorias contemporâneas, bem como evitar movimentos destinados a ressuscitar compreensões anteriores.

De acordo com a corrente jusnaturalista do pensamento jurídico, os princípios corresponderam a preceitos universais de "boa-conduta" representantes de valores indispensáveis para a vida em sociedade (BONAVIDES, 2006). Essa concepção metafísica se fundamentou no entrelaçamento de crenças religiosas e costumes humanos, de modo a construir disposições prescritivas dotadas de extrema abstratividade (ALBUQUERQUE, 2007). Como consequência inevitável, os princípios não comportaram uma definição de contornos nítidos.

O jusnaturalismo idealizou os princípios como categoria pertencente a um plano superior do conhecimento humano, longe da realidade e das necessidades sociais. Esse distanciamento gerou um clima de insegurança jurídica, pois a vida coletiva seguia despida de parâmetros mínimos de conduta (FERRAZ JÚNIOR, 2001). Portanto, os princípios, nessa fase, foram caracterizados pela ausência de traços normativos de existência, tendo em vista a impossibilidade de algo indeterminado, despido de um núcleo concretizável, possuir efetividade obrigacional.

Como oposição ao movimento acima mencionado, o juspositivismo concebe os princípios como preceitos objetivos contidos na legislação com finalidade programática e supletiva (BONAVIDES, 2006). O juiz somente os utiliza como técnica de hermenêutica para conferir completude ao ordenamento jurídico (MARINONI, 2007). Mesmo com as medidas destinadas a reduzir o Direito à lei formal, o positivismo reconhecia a dimensão axiológica dos princípios. Por isso, retirou-lhes qualquer caráter normativo e, novamente, a ciência jurídica foi distanciada das necessidades sociais.

Reduzir a importância dos princípios, para o Direito, foi um dos pontos negativos do movimento juspositivista. Por outro lado, é imprescindível reconhecer as conquistas implementadas pela referida corrente. Conforme estudos sociológicos, a lei escrita, fruto do pensamento de matriz positivista, é adotada pelas sociedades à medida que evoluem do ponto de vista histórico-urbanístico, pois conferem segurança às relações humanas e cumprem o papel de parâmetros de conduta (SALDANHA, 1999). A corrente jusnaturalista, por sua vez, detém o mérito de construir a noção de princípios sobre valores necessários para a vida social, contudo, obstou o aperfeiçoamento da ciência do Direito ao idealizá-los em demasia.

No século XX, surge uma terceira corrente, denominada de pós-positivista, cujo objetivo foi comprovar a importância da teoria dos princípios para o Direito, de modo a aproveitar os aspectos benéficos do juspositivismo e do jusnaturalismo e descartar os negativos (BONAVIDES, 2006). Para acentuar a exigência de novas concepções doutrinárias, o período foi marcado por significantes violações a direitos humanos em virtude das guerras mundiais (AQUINO, 2000). Desse modo, as Constituições ocidentais criadas possuíam a tarefa, aparentemente contraditória, de proteger um núcleo mínimo de bens jurídicos para assegurar dignidade à vida humana, por meio de normas rígidas, quando não imutáveis, sem inviabilizar a dinâmica do Direito destinado a suprir os reclames da sociedade (BONAVIDES, 2006).

O pós-positivismo, para resolver a problemática acima destacada, conclui que a positivação do Direito é essencial para a estabilidade do sistema jurídico. Essa constatação, contudo, não dispensa maiores reflexões sobre o tema. Para alcançar níveis satisfatórios de resultado, o sistema jurídico exige legitimação alcançada somente por meio dos ideais de justiça. Os princípios são visualizados, então, como valores públicos que, mesmo quando positivados nas Constituições, não perdem a dinâmica imprescindível para atender às necessidades sociais (BONAVIDES, 2006).

Em virtude da importância política e jurídica alcançada, a teoria dos princípios deixa de ser associada a objeto de estudo apenas dos civilistas e passa a constituir o centro do pensamento publicista do século XX, principalmente do Direito Constitucional. Nesse contexto, o constitucionalismo contemporâneo classifica os princípios como espécie do gênero norma jurídica, juntamente com as regras, de forma a conferir-lhes força obrigacional independente de qualquer intermediação do legislador.

2.2 Princípios e regras como espécies de normas jurídicas

Com os avanços da doutrina constitucional, a antiga discussão sobre eventual normatividade dos princípios foi superada. Atualmente, conforme posicionamento majoritário, princípios e regras correspondem a espécies do gênero norma jurídica (BONAVIDES, 2006). Em um primeiro momento, houve certa parcimônia nos debates, contudo, logo se iniciaram as teorias destinadas a estabelecer, de forma precisa, as diferenças entre princípios e regras. É preciso reconhecer que os estudos desenvolvidos nesse sentido merecem destaque, porque o assunto apresenta repercussões nos demais institutos do Direito, dentre eles, a jurisdição.

Princípios e regras são normas porque representam juízos concretos de dever-ser (ALEXY, 2002), levados em consideração pelo

magistrado nos julgamentos. As semelhanças não continuam em relação às demais características. A normatividade é apenas uma das funções atribuídas aos princípios, que também atuam como fontes supletivas da legislação (BONAVIDES, 2006), indicadores de ação para o Poder Público, ao estabelecerem determinados bens jurídicos como prioridades de tutela, como limites às atividades do Estado perante os governados e como mínimo necessário para assegurar uma vida humana digna. Nesse ponto, para Robert Alexy (2002), correspondem aos próprios direitos fundamentais.

Em relação ao âmbito de abrangência, é impossível preestabelecer a quantidade de situações passíveis de sofrer a incidência de um dado princípio, em virtude do alto grau de generalidade. Por outro lado, as regras possuem campo de atuação delimitado pelo legislador para regular determinado comportamento ou posição da vida humana, o que se chama de hipótese de incidência.**(3)** Desse modo, detêm baixo teor de generalidade. Segundo ressalta o jurista alemão Robert Alexy (2002), o critério em comento é insuficiente para definir os limites científicos entre as espécies de normas, por isso é preciso conjugá-lo com o aspecto qualitativo.

O constitucionalismo pós-positivista alçou a teoria dos princípios ao patamar constitucional em decorrência da importância dessa espécie de norma para conferir legitimidade e sistematicidade ao Direito. Esse aspecto técnico ultrapassa qualquer preciosismo dos estudiosos e se forma por robustas constatações empíricas. Como os princípios receberam aptidão para incidir, diretamente, no mundo fático, característica denominada de normatividade, visualizá-los como disposições integrantes do sistema constitucional contribui para atribuir força normativa à própria Constituição, cuja aplicação não mais depende de regulamentação pelo legislador. Assim, os princípios valem mais do que as regras em virtude da fundamentalidade jurídica por eles assumida (ALEXY, 2002).

As doutrinas de Robert Alexy (2002) e Ronald Dworkin (2002) destacam os critérios de resolução de conflitos entre normas de mesma espécie como a mais relevante forma de distinção entre princípios e regras. Assim, o choque entre regras acarreta a perda de vigência de uma delas com base nos aspectos hierárquico, da especialidade ou cronológico. No que concerne aos princípios, a questão é complexa, pois é de bom alvitre, inclusive, indagar sobre a possibilidade da própria existência de conflito entre essas normas jurídicas.

Ainda no raciocínio dos juristas acima indicados, a teoria dos princípios corresponde à teoria dos valores. Nesses termos, cada princípio é um valor e o conflito entre essas normas será resolvido conforme as peculiaridades do caso concreto, pelo sistema de pesos.

Em uma situação particular, um princípio pode prevalecer sobre outro sem que haja invalidação, pois nada impede que, posteriormente, em outra decisão, o valor afastado receba maior aplicação em detrimento daquele antes prevalecente. De outro modo, em circunstâncias específicas, uma regra é ou não aplicada. Inexiste conformação perante outra regra com disposições contrárias (ALEXY, 2002).

Com base nesse pensamento, Robert Alexy (2002) conceitua os princípios como mandados de otimização, pois o juiz deve aplicá-los da melhor forma possível diante das limitações fáticas e jurídicas da situação analisada. Assim, cada princípio ou valor corresponde a uma porção da realidade, englobando o próprio bem jurídico protegido na respectiva dimensão existencial.

2.3 Conceituação dos princípios constitucionais

Às considerações acima tecidas é oportuno indicar outros aspectos relevantes para melhor entendimento da função jurisdicional no Estado de Democrático de Direito. Desse modo, inobstante a doutrina de Robert Alexy (2002), parece correto mencionar uma “dimensão axiológica” da teoria dos princípios a entendê-los como se valores fossem. Esse raciocínio pressupõe algumas linhas escritas sobre as fontes do Direito.

No âmbito da ciência jurídica, as fontes do Direito são classificadas em formais e materiais. As fontes formais consistem nos meios pelos quais o Direito se apresenta, como a lei e a jurisprudência. De outro lado, as fontes materiais correspondem aos aspectos da vida em sociedade, por exemplo, fatores econômicos, históricos, políticos, sociológicos (SALDANHA, 1999, p. 159). Apesar de aceita, a divisão doutrinária delineada é alvo de críticas entre os juristas, pois a palavra “fonte”, em língua portuguesa, designa origem, manancial, início. Desse modo, os instrumentos de expressão, como a jurisprudência e a lei, não podem ser incluídos como criadores do Direito.

“Uma crítica importante à colocação habitual do problema, fê-la James Goldschmidt, ao afirmar que lei e costume não são fontes do Direito, qual se diz sempre, mas, em vez disso, formas do Direito. Fontes do Direito para ele são dois elementos psíquicos: um, aquilo que Jellinek chamou a ‘força normativa dos fatos’, e outro a idéia de um Direito justo como superior ao existente e digno de ser tentado. Outros autores, aliás, formularam críticas semelhantes, e eles têm razão, pois o Direito não tem a lei ou o costume como suas fontes, não provém deles, antes se apresenta neles, toma forma através deles.” (SALDANHA, 1999)

A controvérsia enfatizada possui raízes na estruturação do Estado liberal, durante a Idade Moderna. Os países influenciados pelo sistema de codificação francês tenderam a valorizar de modo excessivo a lei, porque o positivismo jurídico reduziu o Direito à norma formal para satisfazer os interesses da burguesia revolucionária e frear os abusos cometidos, pelo Executivo e pelo Judiciário, ao longo do antigo regime. Em sentido contrário, o sistema inglês sempre valorizou as decisões judiciais como base para o conhecimento jurídico. Característica estendida a outros países, como os Estados Unidos. Esses acontecimentos históricos explicam a visualização, pelo senso comum, da lei e da jurisprudência como fontes do Direito (SALDANHA, 1999).

No Brasil, grande parte da doutrina contemporânea e a própria jurisprudência limitam-se a conhecer a função jurisdicional com a pressuposição de matriz positivista-liberal de que o juiz deve, cegamente, aplicar a lei ao caso concreto em uma mera atividade de subsunção fato-norma (MAGALHÃES FILHO, 2003). Inibir o magistrado de se basear na realidade para formar o convencimento livre e motivado é negar força normativa à Constituição Federal e impedir que o Estado Democrático de Direito utilize instrumentos imprescindíveis para atingir a dignidade da pessoa humana. Sobre as fontes do Direito, estudos da sociologia jurídica (SALDANHA, 1999, p. 158) indicam que:

“Há no problema das fontes um aspecto técnico, por sinal básico na ciência jurídica, e um aspecto por assim dizer social e político. O aspecto técnico corresponde à análise do caráter das fontes, de sua existência como forma do jurídico ou como origem das normas. O aspecto social e político diz respeito aos órgãos que efetivamente interferem na formulação e imposição das normas.”

Para alcançar as reais dimensões da função jurisdicional, é imprescindível trabalhar com a perspectiva técnica das fontes do Direito, ou seja, as denominadas fontes materiais ou reais. Ao levar em consideração os fatores sociais, o magistrado formará o respectivo convencimento em contato direto com a realidade. Essa metodologia colabora para uma sensibilização do juiz diante das necessidades coletivas. Inevitavelmente, ao extrair o direito, de forma imediata, das fontes materiais, as decisões judiciais serão dotadas de maior carga de justiça, cumprindo o desígnio constitucional da jurisdição de tutelar o direito material efetivamente.

Desse modo, até mesmo para acolher todas as funções dos princípios, é importante conceituá-los como **canais para expressão das fontes materiais do Direito**. Somente assim o magistrado dispõe de espaço de atuação compatível com a incumbência

constitucional de tutelar os bens jurídicos com base nas peculiaridades do movimento evolutivo da civilização.

3 Direito, moral e valores públicos

O Direito é uma ciência com natureza nitidamente instrumental, porque possui a obrigação ontológica de assegurar **dignidade à vida humana em sociedade**. Esse objetivo pressupõe a instituição de uma ordem jurídica democrática. Portanto, a jurisdição, como qualquer atividade do Estado, precisa levar em consideração a coletividade como realidade formada por vários grupos com interesses e aspirações específicas, dotados de características e necessidades próprias. Nesse quadro, o Direito é estudado como regra de convivência.

Em um regime democrático, defender a prevalência da vontade da maioria sem prejuízo do núcleo essencial à dignidade de vida das minorias corresponde a indicar a obrigação do Estado de assegurar os direitos fundamentais dos grupos de fraca expressão social como mínimo existencial. É indispensável integrar esse raciocínio à concepção contemporânea de jurisdição, pois caracteriza um dos fundamentos da legitimidade de atuação do Judiciário.

“Para tanto, nos termos da doutrina de Fiss, o juiz não precisa nem deve falar em nome das minorias, mas apenas conferir significado aos valores constitucionais. Não há sentido em dar ao juiz a função de representante das minorias. Como diz Fiss, não há como tornar o juiz um participante na política de grupos de interesse. Cabe à jurisdição, isto sim, descobrir o que é verdadeiro, correto ou justo a partir do texto da Constituição, da história e dos ideais sociais, e assim, se for o caso, dar tutela à minoria.” (MARINONI, 2007, p. 110)

A abertura da ciência jurídica para a subjetivação antecedeu Owen Fiss (1979) e fixou raízes na doutrina vanguardista de Ronald Dworkin (2002), para quem o Direito está entrelaçado com a moral. Desse modo, a jurisdição torna-se responsável pelo manejo de institutos jurídicos flexíveis para melhor desempenhar a finalidade de tutelar os bens materiais. Para evitar a tendência neojusnaturalista de levar o Direito para o plano metafísico (BONAVIDES, 2006), faz-se necessário buscar o significado da “moralidade” de Dworkin (2002) e dos “valores públicos” de Owen Fiss (1979).

A tarefa de delinear os limites e descobrir a essência da moralidade coletiva e dos valores públicos, sem dúvida, é extremamente complexa. Destarte, os aspectos basilares da ciência jurídica merecem maior atenção, porque sobre eles estão fixados os pilares para compreensão de todos os ramos e institutos do Direito. Antes de tecer considerações sobre o núcleo do problema, é preciso,

inicialmente, explicar as formas de visualização do Direito, pois as conclusões alcançadas refletem, diretamente, na concepção contemporânea, democrática e constitucional de jurisdição. É nesse contexto que assumem importância as investigações zetética e dogmática do Direito.

A investigação zetética possui como base o **questionamento**, de modo a desvincular o pesquisador de qualquer necessidade de resposta para solução de casos. Assim, abre-se espaço para o Direito no âmbito de outras áreas do conhecimento, como História, Sociologia, Economia, Psicologia, Ciência Política, etc. A valorização do "questionar" não dispensa o estudo baseado em premissas, porém elas somente são adotadas se consideradas verdadeiras naquele momento. Nada impede, ressalto, a indagação de validade das próprias premissas. Basta, para tanto, uma **argumentação baseada no conhecimento** (FERRAZ JÚNIOR, 2001).

Por outro lado, a investigação dogmática consiste na pesquisa cujo escopo é encontrar **respostas**, e não fomentar **questionamentos**. O investigador trabalha baseado em determinadas premissas sem indagar sobre a respectiva validade. Desse modo, o estudo condicionado por "pontos" fixos, indiscutíveis, será **finito** (FERRAZ JÚNIOR, 2001). A dogmática sempre está direcionada à resolução de problemas de modo pragmático.

No caso do Direito, a investigação zetética conduz à interdisciplinaridade, porque desloca as atenções do jurista para uma visão ampla da realidade. Diante de um problema, ao investigador permite-se traçar vários caminhos de estudo e, ao final, nada concluir. Fato que, provavelmente, atrapalha a necessidade de decisão nos casos concretos levados à jurisdição. A dogmática jurídica, por sua vez, inibe qualquer aprofundamento teórico sobre as premissas postas pela sociedade e pelo ordenamento jurídico, de modo a empurrar o jurista a resolver determinada questão com fundamento nos dogmas existentes. Nesse caso, o direito objetivo é aplicado sem qualquer exame sobre a validade das bases lógicas que possibilitaram a criação da lei. Ao encampar uma visão legalista de mundo, a jurisdição distancia-se das peculiaridades delineadas pela situação fática.

Diante dessas duas formas de investigação, como fica a atividade do magistrado? Até hoje, conforme demonstrado nos tópicos anteriores, percebe-se uma forte influência liberalista na jurisdição, ou seja, apegada ao positivismo clássico, para o qual o Direito está contido na lei e, portanto, é inviável o magistrado questionar as premissas de validade da norma formal. O papel do juiz é, nitidamente, reduzido e subestimado, pois ele deve pressupor de modo absoluto que a lei é um dogma, ou seja, ponto de partida que não possibilita qualquer

investigação dos fundamentos de criação, porque o parlamento é constituído pela “vontade do povo”.

Obviamente, é ilógico imaginar o juiz como um puro investigador zetético do Direito. O Estado responde pela obrigação de tutelar os bens jurídicos de modo eficaz e, dentro de uma concepção racional, significa atuar em espaço delimitado de tempo. Ao magistrado é defeso tecer indagações infinitas sobre um problema sem a preocupação de resolvê-lo. Defender o juiz como um pesquisador puramente zetético é deslocar a supervalorização do parlamento para o Judiciário e, desse modo, incidir no mesmo erro dos burgueses liberais da Europa continental, quando transformaram o absolutismo do rei em absolutismo do legislativo.

Diante dessas considerações, a jurisdição, para cumprir os desígnios constitucionais, precisa assumir forma mesclada.**(4)** Portanto, o magistrado torna-se o ponto de equilíbrio entre as concepções zetética e dogmática do Direito. A prestação jurisdicional precisa levar em consideração as necessidades do mundo fático (MARINONI, 2007), por meio da sensibilidade do juiz perante a realidade na qual estão inseridos os bens jurídicos materiais que exigirem tutela. Nesse ponto, realizará o papel de investigador zetético em busca, no manancial jurídico, dos elementos para compreender o fato e trilhar os caminhos do livre convencimento motivado.

De outro lado, a investigação dogmática, apesar dos maus usos pelo positivismo, não pode ser totalmente repudiada. A sociedade precisa de regras, de dogmas, para funcionar (SALDANHA, 1999). Com certa adequação de pensamento, o jurista também trabalha sobre dogmas, porém com uma base de manipulação considerável. A investigação zetética é importante, pois demonstra que os institutos jurídicos, antes de integrarem a ciência do Direito, constituem fenômenos sociais cuja existência é única, apesar de ser estudado por diferentes áreas do conhecimento.

Desse modo, os valores públicos de Owen Fiss (1979) e a moral de Ronald Dworkin (2002) somente podem ser visualizados pelo judiciário quando o agente de poder detiver conhecimentos sobre determinado instituto como fenômeno social. Unicamente pela interdisciplinaridade é viável encontrar os aspectos centrais, fundamentais da realidade e, portanto, auferir o que é importante para a sociedade dentro de uma dimensão axiológica.

Nesse contexto, os valores públicos com os quais trabalha a jurisdição viabilizam o conhecimento das necessidades sociais, contudo, não precisam coincidir com a consciência coletiva (SALDANHA, 1999), mesmo quando elaborada sob uma perspectiva política (RAWLS, 1993). Por isso, existem as garantias constitucionais

ao exercício da magistratura, independentemente das pressões externas.

4 Controle de constitucionalidade jurisdicional como atividade política

As Constituições ocidentais contemporâneas apresentam a característica de Carta Fundamental, pois consagram os direitos básicos dos cidadãos, a estrutura e o funcionamento do Estado. Nesse contexto, para resguardá-las de qualquer **ameaça subversiva,(5)** o controle de constitucionalidade foi desenvolvido (DIDIER, 2007). Não tardou para a doutrina perceber a nítida feição política desse instrumento de tutela e logo indagar sobre a possibilidade de se atribuir ao Judiciário uma atividade de cunho político e a respeito de uma concessão excessiva de poderes a apenas uma das funções soberanas, de modo a conferir-lhe superioridade em detrimento das outras. Sobre essa questão, Paulo Bonavides (2006, p. 297) ressalta:

“Mas, por outra parte, o controle acarreta dificuldades consideráveis, em razão de conferir ao órgão incumbido de seu desempenho um lugar que muitos têm por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes.”

Em um primeiro momento, houve uma prática silenciosa do controle de constitucionalidade ao encampar somente a fiscalização sob um aspecto formal. Assim, os atos do Executivo e do Legislativo eram analisados apenas com base em aspectos técnico-jurídicos. Como a Constituição retém um significado axiológico, em virtude das conquistas sociais e políticas ao longo da história, a experiência demonstrou a necessidade de um comportamento mais ativo do órgão incumbido de controlar a constitucionalidade (BONAVIDES, 2006).

Portanto, para superar a negligência vigente, em um segundo instante, o controle de constitucionalidade assumiu, além do aspecto formal, uma dimensão material ou substancial. Nesse ponto, o órgão responsável pelo resguardo do princípio da supremacia da Constituição assume o importante papel de verificar o conteúdo dos atos da administração e do parlamento (LEAL, 2006). Como os Estados atuais estão voltados à proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, das necessidades de uma sociedade pluralista e da cidadania, o conteúdo das Constituições corresponde, essencialmente, a um núcleo de valores democráticos. A consequência inevitável dessa evolução constitucional foi o delineamento do controle de constitucionalidade como atividade política (BONAVIDES, 2006).

Diante desse quadro científico, a doutrina passa a discutir sobre a natureza do órgão responsável pela guarda da Constituição enquanto ordem concreta de valores. Em alguns sistemas jurídicos, como o francês, um Conselho Constitucional, estranho às funções soberanas, foi instituído com o escopo único de exercer o controle de constitucionalidade. De outro lado, a larga maioria dos países ocidentais optou pela atribuição desse poder de análise da compatibilidade dos atos do Legislativo e do Executivo com a Carta Política ao Judiciário (DIDIER, 2007).

Nesse ponto, os esforços da doutrina constitucional estão concentrados na seguinte indagação: é possível compatibilizar o controle de constitucionalidade, atividade claramente política, com a função jurisdicional? A solução proposta representa importante elemento para a concepção de jurisdição, porque a inclusão do controle de constitucionalidade como atividade política alargará os limites doutrinários até então estabelecidos.

A dificuldade teórica de harmonizar a atividade política de controlar a constitucionalidade com a jurisdição decorre da tendência metodológica de isolar a ciência jurídica das demais áreas de conhecimento humano e da errônea idéia de imparcialidade do juiz. Legislativo, Executivo e Judiciário foram instituídos com o escopo de assegurar a concretização dos dispositivos constitucionais. Para alcançar essa finalidade, o constitucionalismo contemporâneo desenvolveu técnicas específicas como as teorias dos princípios constitucionais, da força normativa da Carta Política e da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, é inviável construir qualquer concepção de jurisdição sem incluir nos limites epistemológicos o controle de constitucionalidade, bem como é paradoxal imaginar o desempenho da prestação jurisdicional, por juízes e tribunais, como algo alheio aos objetivos da Constituição. Esse raciocínio foi elaborado, originariamente, pelo juiz da Suprema Corte norte-americana, John Marshall (2008), em 1803, no caso *Marbury vs. Madison*. O julgamento entrou para a história constitucional porque o mencionado jurista fixou as bases do controle difuso. **(6)** De acordo com as considerações de Marshall (2008), a obrigação de conferir efetividade à Carta Política é ínsita à própria criação do Judiciário e, portanto, precisa ser obedecida em cada decisão proferida.

Ao conferir o controle de constitucionalidade a um único órgão do Judiciário, o modelo concentrado recebe diversas e pertinentes críticas no âmbito jurídico. O primeiro aspecto ressaltado diz respeito ao monopólio da jurisdição pelos Tribunais Constitucionais. Como a Constituição é apenas um instrumento para expressão das

necessidades sociais, ou seja, detém o desiderato de tutelar a dignidade humana, e não o Estado, atribuir o poder de protegê-la somente a um órgão jurisdicional corresponde ao engessamento da estrutura do Judiciário. Até mesmo como consectário lógico da complexidade do controle de constitucionalidade, as respostas das Cortes especializadas não caminham ao lado da rápida evolução coletiva (SILVA NETO, 2007).

Em segundo lugar, o modelo concentrado, com raras exceções, são acompanhados por rol restrito de legitimados para acionar o Tribunal Constitucional. Ao conceder a iniciativa a grupos sociais ou integrantes dos demais poderes estatais, o controle de constitucionalidade distancia-se do respectivo fundamento existencial de tutelar os direitos individuais do cidadão e assume a característica de palco para disputas eleitorais (SILVA NETO, 2007). Outra marca perceptível nos sistemas jurídicos acolhedores do modelo concentrado consiste na ausência de instrumentos processuais permissionários de acesso direto do cidadão ao Tribunal com intuito de afastar atos dos poderes públicos (BONAVIDES, 2006).

Portanto, o modelo difuso de controle de constitucionalidade aproxima o Judiciário das necessidades sociais e, principalmente, das peculiaridades de cada caso concreto. Munido com os reclames específicos da realidade, juízes e tribunais possuem maiores oportunidades de efetivar os valores democráticos previstos na Constituição. Nesse passo, os direitos fundamentais recebem elevado grau de atenção em detrimento de interesses elitistas, o que contribui para a noção pública de humanização da prestação jurisdicional. Nesse sentido, Francisco Cunha e Silva Neto (2007, p. 140):

“Saliente-se que a sofisticação do modelo concentrado de constitucionalidade, especialmente mediante uma germanização despropositada do nosso controle de constitucionalidade, vem fazendo parte de uma verdadeira desconstrução do sistema difuso, o que se tem notado é que vêm prevalecendo sistematicamente (historicamente) as razões de Governo sobre as razões de direito fundamental dos cidadãos. É o que Vilhena Vieira chama de ética de princípios e ética de resultados, a saber: a ética dos princípios é vinculada à dimensão dos direitos fundamentais (normatividade), enquanto a ética de resultados preocupa-se basicamente com critérios de eficiência, utilidade, conveniência, oportunidade, segurança ou governabilidade.”

Para corroborar a idéia contida no parágrafo acima, alguns países partidários do monopólio da jurisdição constitucional vêm-se compelidos a abrir concessões em prol da difusão da tutela da Carta Política. Como exemplo marcante, a reforma constitucional de 1929, na Áustria, berço ideológico do controle concentrado, alterou a

sistemática vigente para permitir a proteção da Constituição contra atos do Legislativo e do Executivo por todos os juízes e tribunais, desde que efetivada em sede incidental, como questão prejudicial em um caso concreto (BONAVIDES, 2006). Arquitetou-se, assim, algo como um modelo híbrido, bem como no Brasil. Oportuno trazer a doutrina de Lênio Luiz Streck (2002, p. 362) sobre a importância do controle difuso:

“Convivendo e acoplado a um amplo sistema de controle concentrado, o controle difuso de constitucionalidade pode mostrar-se como um importante instrumento de filtragem constitucional, conforme se demonstra em vários pontos no decorrer desta obra. Com efeito, o controle difuso de constitucionalidade, mantido até hoje inclusive em países como Portugal, retira do órgão de cúpula do Poder Judiciário o monopólio do controle de constitucionalidade, servindo de importante mecanismo de acesso à justiça e, conseqüentemente, à jurisdição constitucional. A importância do mecanismo de controle difuso mostra-se absolutamente relevante, uma vez que permite que juízes de primeiro grau e tribunais em suas composições plenárias, mediante incidente de inconstitucionalidade devidamente suscitado, realizem a filtragem constitucional, que vai desde a simples expulsão de um texto inconstitucional, até a correção de textos através dos institutos da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.”

Como demonstrado acima, a valorização do modelo difuso é um forte argumento para considerar o controle de constitucionalidade como instrumento a serviço do Judiciário e como elemento indispensável na concepção contemporânea de jurisdição. O aspecto político sempre estará presente na tutela da Carta Constitucional, independente do arquétipo concentrado ou difuso adotado por determinado sistema jurídico. Com efeito, a imparcialidade do magistrado é constatada pela capacidade de democratizar a prestação jurisdicional na constante busca pelos ideais antevistos na Constituição, e não com a utópica ausência de interesses do Estado-juiz.

Certamente, o Judiciário não está apto a desempenhar toda e qualquer atribuição constitucional conferida, inicialmente, a outra função soberana (LEAL, 2006). Nesse ponto, emerge a questão da delimitação da matéria política. Essa controvérsia, todavia, prescinde de digressões doutrinárias, porque, como o objetivo mínimo do Estado Democrático de Direito é assegurar a dignidade do homem na vida em sociedade, o controle de constitucionalidade, como atividade política, limitar-se-á ao núcleo básico da Carta Política, ou seja, à concretização dos direitos fundamentais como prioridades de tutela (ALEXY, 2002).

Nos sistemas jurídicos onde a opção foi o controle concentrado, existe a tendência de visualizar o Tribunal Constitucional como exceção no que concerne à regra pela qual o Judiciário não exercita qualquer atividade política. Na verdade, o modelo austríaco-kelseniano apenas subtraiu parcela das atribuições jurisdicionais dos juízes e tribunais ordinários. Como o Direito é uma ciência instrumental, é improdutivo, e origina aparentes contradições teóricas, estabelecer dicotomia entre a função do Judiciário e a política do controle de constitucionalidade. Em outros termos, a jurisdição traz, dentre os elementos existenciais, uma atividade de caráter político cujo escopo é assegurar o princípio da supremacia da Constituição.

5 Legitimidade política do judiciário

Dentre as questões estudadas pela contemporânea teoria do direito, encontra-se a compatibilidade entre a atuação do Judiciário com o regime democrático. Essa questão fixa raízes na concepção de jurisdição baseada nas técnicas de controle de constitucionalidade e nos princípios constitucionais que, inegavelmente, conferem larga margem de subjetividade à atividade soberana desempenhada pelos juízes. A solução desse problema exige considerações sobre a influência liberalista no conceito de democracia e a respeito dos novos contornos conferidos pela doutrina à teoria democrática.

A Revolução Francesa marcou o declínio do antigo regime em benefício da estruturação dos Estados liberais. Nos bastidores dos movimentos populares responsáveis pela deposição da nobreza com caracteres medievais, a burguesia, detentora da elite intelectual, exerceu o papel de inflamar o povo que sobrevivia em condições de pobreza (AQUINO, 2000). Desse modo, depois de atingir a transição fática, a classe burguesa reassumiu o controle da revolução e iniciou a dominação política dos Estados recém-criados (ALBUQUERQUE, 2007).

A retórica burguesa permitiu a disseminação da lei como vontade do povo, pois o Legislativo seria composto por representantes eleitos diretamente pelos cidadãos. A argumentação ideológica correspondeu a um subterfúgio cujo escopo consistiu na integralização do parlamento por membros da própria burguesia. Com efeito, os interesses que moveram o Legislativo pertenceram à elite intelectual ascendente. Assim, houve apenas uma troca de grupos dominantes: no antigo regime, o poder foi concentrado pela nobreza e pelo clero; já no Estado liberal, coube à burguesia desfrutar das benesses dos instrumentos públicos de governo (ALBUQUERQUE, 2007). A grande população, portanto, continuou submetida à mesma pobreza da Idade Média.

Como integrante do movimento intelectual iluminista, base da ideologia liberal burguesa, Montesquieu (1999) formulou a clássica teoria da separação dos poderes, em que Judiciário e Executivo estão compelidos a pautar as respectivas atribuições na estrita dicção da norma formalmente considerada (TROPER, 2007). Nesse passo, como a vontade coletiva é assimilada à lei, em virtude de os parlamentares serem escolhidos diretamente pelo povo, a noção de democracia vincula-se à supremacia do Legislativo em detrimento das outras duas funções soberanas.

De acordo com Michel Troper(7) (2007), a teoria de Montesquieu (1999) foi desenvolvida para se ajustar à teoria democrática nos moldes preestabelecidos pelos interesses liberais. Portanto, ainda conforme o autor, discutir a legitimidade do Judiciário com base na antiga idéia de separação dos poderes é infrutífero, porque o pesquisador voltará a confrontar o pensamento com a teoria da separação dos poderes. Em outros termos, para desenvolver qualquer concepção contemporânea de prestação jurisdicional, é necessário, antes, delimitar novos contornos à própria teoria democrática.

Em um primeiro momento, é aceitável visualizar o regime democrático como aquele no qual prepondera a vontade da maioria. Nesse caso, a história demonstra que determinados grupos, dotados de convicções minoritárias, empreendem constantes esforços para assumir posições nas estruturas de poder e, conseqüentemente, subverter a ordem vigente. Com efeito, assim como ocorreu com a Revolução Francesa, a população está em perene ameaça de manipulação por parte dos detentores da máquina política (ISSACHAROFF, 2007).

Exemplo marcante da situação acima delineada consiste nos regimes totalitários cuja ascensão ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial. As idéias discriminatórias de determinado grupo minoritário assumiram repercussões nacionais, quando disseminadas no campo eleitoral. Os precedentes históricos sob exame indicaram, na Alemanha, a criação do Tribunal Constitucional Federal com a função de proteger os ideais democráticos contidos na Carta Fundamental (ISSACHAROFF, 2007).

Os poderes conferidos à Corte Constitucional germânica ultrapassam os mais recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro em relação às tentativas de atribuir força normativa à Constituição. A Corte alemã chegou a se posicionar sobre o caráter democrático contido nas disposições dos estatutos de determinados partidos políticos e a respeito de discursos políticos com tendência totalitarista (ISSACHAROFF, 2007).

Ainda na Alemanha, a respectiva Corte Constitucional prolatou reiteradas decisões nas quais julgou contrárias à ordem democrática as normas que atribuem ao Executivo competência para analisar eventual disseminação de discursos discriminatórios ou fundamentalistas adotados por protagonistas do campo eleitoral. A justificativa para esses julgados, conforme o Tribunal Constitucional Federal, correspondeu à possibilidade de o Executivo valer-se do poder de fiscalização para impor ideais partidários em detrimento das correntes opositoras (ISSACHAROFF, 2007).

Portanto, em consonância com a doutrina do jurista norte-americano Samuel Issacharoff (2007), a vontade da maioria somente prevalecerá mediante instrumentos de controle dos posicionamentos minoritários com tendência de subversão dos valores constitucionais. A teoria democrática, para o mencionado autor, pressupõe a constante substituição dos representantes indicados pelo povo por meio de eleições periódicas.

Em um segundo momento, é importante destacar que assimilar, de modo incondicional, a vontade da maioria à noção de democracia pode abrir espaço para intolerância às manifestações dos grupos minoritários cujo conteúdo não contrarie os valores constitucionais. Desse modo, a instituição de mecanismos para proteção das minorias também merece constar em qualquer teoria democrática que almeja superar as desigualdades sociais (FISS, 1978).

Dentre os obstáculos para alcançar a vida coletiva sustentável, encontra-se a aceitação das diferenças entre os diversos componentes humanos da sociedade. Sem adentrar no âmbito psicológico do assunto, o Direito cumpre a importante tarefa de harmonizar as manifestações contraditórias da melhor forma possível, mas sempre de acordo com os valores constitucionais. Nesse passo, é oportuno indagar sobre quais são os limites de exercício dos direitos das minorias para não contrariar a vontade majoritária auferida nas eleições.

Independentemente das escolhas políticas no campo eleitoral, o constitucionalismo contemporâneo amplia as técnicas para preservar um mínimo existencial a todos aqueles submetidos à Constituição de determinado país. Essa função de tutelar um núcleo básico e essencial é exercida pelos direitos fundamentais inseridos no sistema constitucional. Desse modo, a vontade da maioria deve ser preservada, desde que os interesses das minorias relacionados aos direitos fundamentais sejam garantidos.

Nesse quadro, de acordo com a concepção realista de Robert Alexy (2002), os direitos fundamentais possuem dimensão antidemocrática, pois, ao receber a função de controlar a constitucionalidade, o

Judiciário nega a vontade da maioria, expressa por meio da legislação. Com intuito de solucionar a problemática exposta, o mencionado jurista confere aos direitos fundamentais o significado de moral pública.

Para sustentar a respectiva argumentação, Robert Alexy (2002) encampa a noção de consciência política coletiva. Desse modo, os direitos fundamentais corresponderiam aos bens cuja relevância social não os colocaria à disposição do legislador. Esses bens seriam escolhidos pela interseção de valores pessoais, somente obtida por pessoas racionais e razoáveis que, mesmo compondo segmentos diferentes da sociedade, muitas vezes conflitantes, encontrariam um denominador comum.

Na doutrina constitucional, é indiscutível a relevância da idéia de direitos fundamentais de Robert Alexy (2002). De outro lado, existem considerações doutrinárias sobre esse tema que atendem melhor aos reclames da pluralidade social contemporânea e das proteções constitucionais estabelecidas com os Estados Democráticos.

Ao discutir o caráter antidemocrático dos direitos fundamentais em sede de controle de constitucionalidade, Robert Alexy (2002) fixa posicionamento sobre as bases liberal-positivistas. Essa afirmação possui como lastro probatório as teses do jusfilósofo que identificam a vontade parlamentar, como os interesses majoritários do povo, e conceituam os direitos fundamentais como consciência coletiva, mesmo que formulada sob a perspectiva política de razoabilidade.

Conforme as lições sociológicas de Nelson Saldanha (1999), é precipitado falar em consciência coletiva como forma de embasar os predicados do Estado Democrático. Esse pensamento encontra correspondência, no direto comparado, na doutrina de Samuel Issacharoff (2007) quando alerta sobre os perigos da "democracia discriminatória", ou seja, a ditadura da maioria em detrimento das outras formas de expressão pública. Com efeito, os meios de comunicação em massa difundidos no mundo tecnológico são, comumente, utilizados para influenciar o pensamento de um número indeterminado de pessoas. No mesmo sentido, os movimentos religiosos que pregam o fundamentalismo e a intolerância aos costumes alheios.

No que concerne ao relacionamento dos direitos fundamentais com o princípio democrático, José Joaquim Canotilho (1999) pronuncia-se do seguinte modo:

"Tal como são um elemento constitutivo do estado de direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: os direitos fundamentais

têm uma função democrática dado que o exercício democrático pode: (1) significar a contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício (princípio-direito da igualdade de participação política); (2) implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) co-envolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivos da democracia econômica, social e cultural. Realce-se essa dinâmica dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjetivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. Por sua vez, os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio maioritário, publicidade crítica, direito eleitoral). Por fim, como direitos subjetivos a prestações sociais, econômicas e culturais, os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o preenchimento intrínseco, através do legislador democrático, desses direitos.”

Certamente, como destacado pelo jurista português, os direitos fundamentais representam uma forma de concretização dos ideais democráticos. Esse pensamento somente pode ser visto como utópico ou inocente (ALEXY, 2002), se lastreado nos moldes da teoria democrática do Estado liberal. De outro lado, levando em consideração os objetivos de convivência dos Estados constitucionais, os direitos fundamentais não possuem qualquer dimensão antidemocrática. O controle de constitucionalidade concentrado e, principalmente, difuso, exercido pelo Judiciário para a proteção dos valores constitucionais, é medida indispensável para resguardar a dignidade da pessoa humana em uma sociedade pluralista.

Outro ponto forte da doutrina de Robert Alexy (2002) consiste na argumentação jurídica como meio de controlar a prestação jurisdicional e, portanto, legitimar a atuação do magistrado.**(8)** Conforme esse jurista, inexistente uma resposta correta para as situações da vida humana, em virtude da complexidade histórica e cultural. Desse modo, o único meio adequado para proteger o jurisdicionado perante decisões arbitrárias é estipular um procedimento lógico argumentativo sobre o qual o julgador precisaria respaldar o respectivo convencimento.

Com efeito, as considerações de Robert Alexy (2002) superaram a de Ronald Dworkin (2002), para quem cada situação submetida à

apreciação do Judiciário possui uma “resposta correta”. Ainda assim, é importante destacar as vicissitudes dos “procedimentos argumentativos”, porque, mesmo na perspectiva, aparentemente, “aberta” e “flexível” de Robert Alexy (2002), constatam-se resquícios da doutrina da primazia absoluta da razão.**(9)**

Acerca dos riscos da teoria da argumentação jurídica, é indispensável trazer as considerações de Adriano Silva Ferraz (on line, 2007):

“A Teoria da Argumentação Jurídica tem caminhado para uma sofisticação, um detalhamento dos seus procedimentos discursivos que visam conferir maior segurança às decisões jurídicas, o que reflete um aumento da complexidade do discurso teórico. Ao mesmo tempo em que o discurso teórico não dá conta da complexidade do mundo da vida, o discurso prático associado à argumentação jurídica é inefetivo, daí uma das maiores críticas ao uso de procedimentos. Há o risco do progresso da teoria da argumentação, assim como do uso de uma técnica metodológica própria, implicar um distanciamento crescente da realidade. O procedimento do discurso se tornaria técnica a serviço da racionalidade. A Teoria da Argumentação não consegue fugir à sua origem, claramente reflete o idealismo alemão e, ainda mais, o eurocentrismo. O discurso é uma boa alternativa para os países europeus que já adquiriram certo nível de adequação social para lidar com as imposições desse tipo de racionalidade. Entretanto, os povos que não possuem essa adequação estariam excluídos. Por isso, a própria racionalidade comunicativa seria fruto de uma ideologia, e qualquer sujeito que admitisse participar do discurso aceitaria tacitamente os efeitos de um poder de violência simbólica, descrito por Bourdieu, um processo oculto da cultura que se esconde sob a narrativa da Razão.”

Michel Troper (2007) elabora uma crítica diplomática aos hermeneutas do Direito, ao defender a insubsistência das teses direcionadas ao estudo do procedimento lógico do discurso. Segundo ele, não importa discorrer sobre a intelecção decisória, porque os governados sempre estarão sujeitos às arbitrariedades do poder soberano e, principalmente, à subjetividade do Judiciário.

É viável um consenso entre as doutrinas acima enumeradas. A teoria democrática indica que um mínimo de procedimento merece respeito para legitimar a atuação do Judiciário. Novamente, cabe aos direitos fundamentais assegurar uma adequada participação política do jurisdicionado nas decisões soberanas do juiz. Para tanto, consagra o princípio do devido processo legal que, em virtude da feição política, há doutrina (NERY JÚNIOR, 2004) que defenda uma dimensão substancial, além da instrumental.

Desse modo, é plausível alinhar como requisitos indispensáveis ao discurso jurídico: a resposta aos argumentos dos governados, a igualdade de participação e de produção de provas; a justificação da decisão com base em elementos da situação analisada; o respaldo nos princípios constitucionais; o procedimento intelectual do juiz para embasar o controle de constitucionalidade; a unificação jurisprudencial da interpretação infraconstitucional e da constitucional; e a narração do que o magistrado entende como necessidades sociais no quadro estudado. Dentro desses parâmetros, é impossível harmonizar os juízos de cada agente do Judiciário, o que leva, e sempre levará, à percepção de que existem juízes mais “justos” que outros.

6 A unificação de raciocínios para formular uma concepção contemporânea de jurisdição

O aspecto democrático do Estado de Direito consiste no desenvolvimento de condições para conferir dignidade à vida humana em um contexto social marcado pela pluralidade de culturas e ideologias, muitas vezes, conflitantes. Para assegurar esse ambiente democrático, um núcleo mínimo existencial, sob a denominação de direitos fundamentais, precisa ser resguardado a todos os integrantes da coletividade, independentemente de convicções particulares e da regularidade dos direitos eleitorais.

A tutela da dignidade ultrapassa as burocráticas estruturas do Estado e confere dimensão teleológica às funções soberanas. Nesse sentido, Executivo, Legislativo e Judiciário assumem a responsabilidade de efetivar os direitos fundamentais dos cidadãos. A doutrina constitucionalista do século XX, caracterizada pelo pós-positivismo, elaborou a teoria dos princípios com o escopo de garantir os direitos básicos conquistados ao longo da história evolutiva do homem. Por isso, autores, como Robert Alexy (2002), estudam os direitos fundamentais e os princípios constitucionais como um mesmo instituto jurídico.

Nesse contexto, as funções soberanas devem pautar as respectivas atribuições nas disposições constitucionais, com ênfase aos direitos fundamentais. Com esse objetivo, Legislativo e Executivo sempre extraíram, diretamente da realidade, os elementos indispensáveis para cumprir as obrigações institucionais sem grandes prejuízos à Teoria Democrática. Inexistem razões suscetíveis de afastar a aplicação desse raciocínio ao desempenho da jurisdição. Portanto, a efetividade do Judiciário está, em grande parte, vinculada aos instrumentos pertinentes para buscar no mundo fático os componentes do livre convencimento motivado.

Com o intuito de auferir a mencionada finalidade, os princípios constitucionais podem ser conceituados como canais de expressão das necessidades sociais. Esse pensamento emerge dos fundamentos empíricos do movimento pós-positivista do século XX. As atrocidades cometidas em prejuízo da dignidade humana durante as revoluções industriais e sob os regimes totalitaristas motivaram o resguardo de um núcleo mínimo existencial de direitos no interior das Constituições ocidentais. A rigidez e, em situações jurídicas como a do Brasil, a imutabilidade das disposições constitucionais referentes aos direitos fundamentais serviram de baluarte contra as ameaças destacadas. Ciente dos benefícios do juspositivismo em prol da segurança jurídica, porém sem esquecer a imprescindibilidade de uma ordem superior de cunho axiológico, o constitucionalismo delineou as Cartas Políticas como ordem de valores.

A feição essencial confere aos direitos fundamentais consistência subjetiva, valorativa. A dimensão axiológica permite à Constituição evoluir no ritmo da sociedade sem perder a estabilidade proporcionada pela rigidez inerente às normas supremas. Desse modo, os valores "fundamentais" representam as necessidades de convivência cuja fonte está situada na diversidade cultural-ideológica como traço ínsito às civilizações contemporâneas.

Conforme as considerações acima, como os direitos fundamentais equivalem ao mínimo existencial para dispensar tratamento digno aos cidadãos envolvidos pela pluralidade social e, na importância subjetiva, correspondem aos valores básicos decorrentes das necessidades sociais de convivência, é indubitável conferir-lhes natureza jurídica democrática. Com efeito, para extrair os reclames da realidade de maneira satisfatória, o Judiciário deve contar com formação de profissionais menos positivistas e com dosagens significativas de conhecimento interdisciplinar do contexto histórico e político no qual estão inseridos. Em outros termos, a função jurisdicional somente colherá os elementos das fontes materiais do Direito com o equilíbrio da cognição dogmática e zetética da ciência jurídica.

Para proteger os direitos fundamentais no desempenho das atribuições constitucionais, o Judiciário precisa dispor das técnicas de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, os juízes e tribunais recebem espaço suficiente para corrigir atos com intuito de desequilibrar o mínimo exigível para manter a ordem democrática na sociedade. Confiar a tutela dos direitos fundamentais à jurisdição não implica a retirada da obrigação de o Legislativo e o Executivo continuarem a respeitar e concretizar os valores constitucionais prioritários, no exercício da função administrativa e legiferante. Apenas há repartição de competência, mantendo igualdade hierárquica dos "poderes" estatais.

Diante desse raciocínio, não faltam posicionamentos contrários ao papel ativo da jurisdição sob o argumento de dispensar poderes excessivos a juízes e tribunais. Pergunta-se, então, qual a função do Judiciário, além de decidir questões, harmonizar interesses, realizar “justiça”, com base em determinados paradigmas legítimos? Qual a utilidade do Judiciário se lhe for retirada autoridade para escolher caminhos, proteger a ordem democrática com escopo de permitir a convivência? Elaborar uma concepção de prestação jurisdicional sem esses elementos é dispensar a essência da própria judicatura.

Abaixo individualizada, a formulação de uma concepção contemporânea de jurisdição indica a exclusão de dois elementos hodiernamente inseridos pela doutrina processual, todavia já superados pela constitucional.**(10)** Em primeiro lugar, o potencial litigioso das causas submetidas ao Judiciário, como desejado por Carnelluti (2000), torna-se dispensável perante o caráter político-democrático da função jurisdicional. O Estado-juiz também precisa ser acionado quando a questão suscite interesses sociais relacionados aos direitos fundamentais. Em segundo lugar, a amplitude da função soberana analisada supera, inclusive, a necessidade de existência de um caso concreto. A atividade exercida pelos tribunais especializados, inclusive os constitucionais, em unificar a jurisprudência, embora abstrata, evidencia o escopo de atender às necessidades da realidade e permitir a convivência democrática dos diversos grupos sociais.

Portanto, a jurisdição consiste na função soberana desempenhada pelo Judiciário: 1) com o objetivo de reprimir e prevenir ofensas aos direitos fundamentais, 2) baseada nas necessidades sociais de convivência, cuja expressão ocorre por meio dos princípios constitucionais de justiça, 3) pela participação dos jurisdicionados nos procedimentos públicos das decisões soberanas e das técnicas de controle de constitucionalidade difuso e, conforme o sistema, concentrado.

Conclusão

O Estado de Direito representa a organização social baseada na segurança jurídica das relações, conquistada, em grande parte, pela formalidade das regras produzidas pelo Legislativo. Esse pensamento foi responsável pela aceitação da doutrina positivista. Contudo, a história demonstrou que a vida humana coletiva exige conquistas superiores àquelas proporcionadas pelo Estado mínimo. Não é suficiente integrar uma sociedade “organizada”, é indispensável instituir o regime democrático de direito, onde as diferenças coexistam com respeito aos princípios fundamentais.

Desse modo, a dignidade da pessoa humana é o objetivo contemporâneo dos Estados Democráticos de Direito e, para alcançá-la, as funções soberanas recebem obrigações incompatíveis com o reducionismo liberal. O constitucionalismo pós-positivista desenvolve a teoria dos princípios, como teoria dos valores, e indica a natureza política das Constituições. Nesse passo, a jurisdição, inevitavelmente, precisa trabalhar com os conceitos abertos e flexíveis para concretizar as promessas de tutela elaboradas pelo ente estatal.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AQUINO, Rubim Santos Leão de; FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. **História das sociedades**: das comunidades primitivas às sociedades medievais. 17. ed. Rio de Janeiro: Ao livro técnico, [s. d.].

AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. **História das sociedades**: das sociedades modernas às atuais. 38. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. O Estado moderno e as antinomias do liberalismo: democracia e repolitização da soberania. **Nomos: revista do curso de mestrado de direito da UFC**, Fortaleza, v. 26, p. 209-223, jan./jun. 2007.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 05 mar 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Informativo 457. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br//arquivo/informativo/documento/informativo457.htm>>. Acesso em: 05 mar. 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de processo civil**. São Paulo: ClassicBook, 2000. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Campinas: BookSeller, 2002. v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

FERRAZ JÚNIOR, Tércio. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2001.

FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**. 1979, v. 57. Disponível em:

<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/The_Forms_of_Justice.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2008.>

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

ISSACHAROFF, Samuel. Fragile democracies. **Harvard Law Review**. 2007. v. 6. Disponível em: <<http://www.harvardlawreview.org/issues/120/april07/april07.shtml>>. Acesso em: 04 abr. 2008.

LEAL, Rogério Gesta. As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 4, n. 1, p. 353-410, 2006.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. **Prática do processo trabalhista**. 33. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2003.

MONTESQUIEU, Charles. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. **Curso de processo penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Lisboa: Presença, 1993.

SALDANHA, Nelson. **Sociologia do direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

SILVA NETO, Francisco da Cunha. O controle difuso: uma forma de humanização do controle de constitucionalidade das leis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, RT, v. 15, n. 59, p. 131-145, abr. 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

TROPER, Michel. The judicial power and democracy. **European Journal of Legal Studies**. 2007. v. 1. Disponível em: <<http://www.ejls.eu>>. Acesso em: 04 abr. 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KROL, Heloísa da Silva. Aportes de teoria constitucional: uma abordagem sobre Constituição, democracia e jurisdição constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional – cadernos de direito constitucional e ciência política**. São Paulo, RT, v. 15, n. 58, p. 78-108, jan. 2007.

Notas

1. Chiovenda desenvolve importante crítica contra a teoria de Carnelluti: "O Estado, ao exercer a função jurisdicional, não tem a função de compor a lide, sendo possível mesmo afirmar-se que o

processo é a antítese da composição. O juiz em nenhum momento tenta convencer o litigante que não tem razão de que o verdadeiro merecedor de tutela seja seu adversário. A lide, enquanto fenômeno sociológico, não desaparece necessariamente com o exercício da função jurisdicional, a qual se limita, na verdade, a tornar a lide juridicamente irrelevante” (CÂMARA, 2007).

2. Expressão utilizada por Paulo Bonavides (2006).

3. Nesse ponto, outra diferença entre as espécies de normas jurídicas merece destaque. Os princípios representam normas dinâmicas, porque, ao estudá-los como veículos de trânsito para as necessidades sociais, viabiliza-se a evolução do Direito concomitante à da coletividade, inclusive para acompanhar uma mudança de valores, sem perder o espaço de segurança jurídica conquistado com a positivação das normas. De outro lado, as regras são estáticas, porque retratam parcela da realidade em determinado instante no tempo.

4. Para confirmação desse pensamento: “A zetética jurídica, nas mais diferentes discriminações, corresponde, como vimos, às disciplinas que, tendo por objeto não apenas o direito, podem, entretanto, tomá-lo como um de seus objetos precípuos. Daí a nomenclatura das disciplinas como Filosofia do Direito, Lógica Jurídica, Sociologia do Direito, História do Direito etc. O jurista, em geral, ocupa-se complementarmente delas. Elas são tidas como auxiliares da ciência jurídica stricto sensu. Esta última, nos últimos 150 anos, tem-se configurado como um saber dogmático. É óbvio que o estudo do direito não se reduz a esse saber. Assim, embora ele seja um especialista em questões dogmáticas, é também, em certa medida, um especialista nas zetéticas” (FERRAZ JÚNIOR, 2001).

5. Essa expressão é utilizada no importante artigo *fragiles democracys*, de Samuel Issacharoff (2007).

6. Conforme o critério da competência do órgão jurisdicional, o controle de constitucionalidade apresenta os modelos concentrado e difuso. No sistema concentrado, a responsabilidade pela guarda da Constituição recai, privativamente, sobre um tribunal constituído para essa específica finalidade. No modelo difuso, o controle é exercido por todos os juízes e tribunais no julgamento dos casos submetidos à prestação jurisdicional, todavia, cabe a um órgão de cúpula a pacificação da jurisprudência por meio da unificação interpretativa da Carta Política. Para tanto, as decisões da Suprema Corte, embora proferidas em situações fáticas delimitadas, vinculam os demais integrantes do Judiciário e a Administração Pública. A diferenciação classificatória agora perpetrada detém os elementos necessários para solucionar a questão formulada (DIDIER, 2007).

7. So as to deny that judges dispose of a discretionary power, the usual approach is to employ some variant of the theory of judicial syllogism, the origin of which can be traced back to Montesquieu. This theory is thus not solely linked to the theory of democracy, even if certain theories of democracy make use of it. It is evidently not necessary to expand on the well known theory of syllogism, which derives from Montesquieu, but was first enunciated by Beccaria and became a true official doctrine under the French Revolution. The most transparent formulation was given by Clermont-Tonnerre: "judicial power, what is improperly called judicial power, is the application of the law or the public will to a specific fact, thus in its final analysis it is nothing more than the execution of the law"(2). It is thus clear from this formula that if a judgment is nothing but the product of a syllogism, there is no judicial power. The same idea has been picked up and developed by numerous authors and political figures - Kant, Condorcet, Robespierre -, and if it is not exclusively linked to the theory of democracy, it is in full conformity with it.

8. Nesse mesmo sentido, Jürgen Habermas (1997) defende que a argumentação é pressuposto lógico de qualquer teoria democrática, pois expressa o nível de consciência política dos cidadãos mediante debates sobre temas públicos.

9. Por sua vez, o Iluminismo buscou raízes no século XVII, no Racionalismo de Descartes. Para esse filósofo, o mundo estava em constante mudança em virtude de uma característica inerente ao ser humano: a razão. Desse modo, a crítica política, econômica e ideológica era decorrência do pensamento que indagava a validade e atualidade do contexto social de determinada época. Somente pela razão o homem encontraria os caminhos para a evolução, mesmo que isso implique a própria negação do sistema vigente (AQUINO; FRANCO; LOPES, S.D.).

10. Dentro da doutrina processual utilizada como fonte de pesquisa, ressalva-se o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni (2007) e de Alexandre Freitas Câmara (2007), que já desqualificam o litígio como elemento conceitual de jurisdição. De todo modo, a leitura das obras desses autores torna perceptível a significativa formação jurídica constitucionalista à qual foram submetidas, o que acaba por confirmar a afirmação justificadora dessa nota.

Referência bibliogr&aac