

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL OU QUARTO GRAU DE JURISDIÇÃO? O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Francisco Pereira Maranhão Junior¹
Paulo Renato Guedes Bezerra²

RESUMO

As pesquisas, “O Supremo em Números” e “Os 100 maiores litigantes”, constatarem que a função precípua do Supremo Tribunal Federal-STF é a de instância recursal suprema. Tendo em vista esta problemática e, mediante uma pesquisa qualitativa, de base bibliográfica e documental, de um estudo histórico-evolutivo e de método dialético, o presente artigo objetiva delimitar a realidade da jurisdição constitucional brasileira, buscando compreender qual o papel que deve se esperar de uma suprema corte e qual a medida de sua legitimidade democrática. Numa perspectiva de força normativa constitucional fundamenta-se a legitimidade de uma atuação proativa da jurisdição constitucional para efetivar os direitos fundamentais sociais. Entende-se que a limitação em dois graus de jurisdição recursal e a formação de uma estrutura colegiada de primeira grau contribuiriam para efetivar a tendência histórica de transformar o STF em uma corte, eminentemente, constitucional e de tornar mais célere o trâmite processual.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Força Normativa. Direitos fundamentais. Legitimidade democrática.

ABSTRACT

Research “O Supremo em Números” e “Os 100 maiores litigantes” report that the primary function of the STF-Federal Supreme Court is the highest appellate instance. In view of this issue and by a qualitative research based on literature and documents, from a historical-evolutionary and dialectical method, this paper aims to define the reality of Brazilian constitutional jurisdiction, seeking to understand what role should be expected from a supreme court and the measure of democratic legitimacy. From the perspective of normative force is based on the constitutional legitimacy of a constitutional jurisdiction of the proactive action to effect fundamental social rights. It is understood that the limitation in two levels of appellate jurisdiction and the formation of a collegial structure of the first degree would help to accomplish the historical tendency to transform the Supreme Court in a court eminently constitutional and expedite the processing procedure.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Normative Force. Fundamental Rights. Democratic legitimacy.

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

² Orientador, Mestre em Direito Constitucional, Professor de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte-UFRN e da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

1. INTRODUÇÃO

Qualquer sistema jurídico deve prezar pela razoável duração do processo. Entretanto, a efetivação da pretensão judicial em tempo razoável deve ser realizada na esteira do devido processo legal. O princípio do devido processo legal estabelece diversas garantias que visam assegurar às partes, o exercício de suas faculdades e poderes processuais, configurando a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, P. 88)

O princípio do duplo grau de jurisdição é uma das garantias advindas do devido processo. O direito brasileiro, na esteira do norte-americano, atribui à sua Suprema Corte, a função de superposição, entretanto, não no exercício de terceiro e de quarto grau de jurisdição.

As pesquisas, “O Supremo em Números – I Relatório – O Múltiplo Supremo” e “Os 100 maiores litigantes”, divulgadas em 2011, confirmam esta realidade. A primeira foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal - STF em conjunto com a Fundação Getúlio Vargas – FGV e a segunda, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

No relatório, “O Múltiplo Supremo”, subdivide-se a atuação do STF em três perfis: um constitucional, um ordinário e um recursal. Os dados desta pesquisa demonstram que 91,69% da atuação do Supremo Tribunal Federal, nos últimos vinte e um anos, foi destinada para a análise de recursos e que apenas 0,51% correspondeu às atribuições constitucionais do Supremo Tribunal. Além disso, verifica-se que o grande usuário do perfil recursal é o próprio poder público, dado este, também constatado pela pesquisa “Os 100 maiores litigantes” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Portanto, em primeira análise, a redução de instâncias recursais, pela aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição, é uma medida contingencial que vem de encontro com a tendência de transformar o Supremo Tribunal Federal em uma suprema corte eminentemente constitucional, transferindo o papel de corte recursal ordinária às instâncias inferiores, o que, em tese, favoreceria a celeridade processual e à função assumida pela jurisdição constitucional no contexto do Neoconstitucionalismo³.

³ O termo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica. (BARROSO, 2010, P.266).

Este trabalho científico visa confrontar a realidade do judiciário brasileiro, em especial o STF, com os fundamentos históricos e teóricos da evolução do constitucionalismo e da jurisdição constitucional através da dialética. No dizer de Chauí (2000, p. 229), a história da filosofia grega é o esforço em solucionar o confronto entre Heráclito e Parmênides:

O mundo, dizia Heráclito, é um fluxo perpétuo onde nada permanece idêntico a si mesmo, mas tudo se transforma no seu contrário. A luta é a harmonia dos contrários, responsável pela ordem racional do universo. Nossa experiência sensorial percebe o mundo como se tudo fosse estável e permanente, mas o pensamento sabe que nada permanece, tudo se torna contrário de si mesmo. O logos é a mudança e a contradição. Parmênides, porém, afirmava que o devir, o fluxo dos contrários, é uma aparência, mera opinião que formamos porque confundimos a realidade com as nossas sensações, percepções e lembranças. O devir dos contrários é uma linguagem ilusória, não existe, é irreal, não é. É o Não-Ser, o nada, impensável e indizível. O que existe real e verdadeiramente é o que não muda nunca, o que não se torna oposto a si mesmo, mas permanece sempre idêntico a si mesmo, sem contrariedades internas. É o Ser. Se o primeiro tiver razão, o pensamento deverá ser um fluxo perpétuo e a verdade será a perpétua contradição dos seres em mudança contínua; mas se Parmênides tiver razão, o mundo em que vivemos não terá sentido, não poderá ser conhecido, será uma aparência impensável e viveremos na ilusão. Será preciso, portanto, uma solução que prove que a mudança e os contrários existem e podem ser pensados, mas, ao mesmo tempo, que prove que a identidade ou permanência dos seres também existe, é verdadeira e pode ser pensada.

Segundo Chauí (2000), Platão dará razão a Heráclito quanto ao mundo sensível ou material ser o devir permanente, fluxo dos contrários. Apesar disto, para Platão, este mundo é mera aparência, uma sombra do mundo real, ideal e inteligível. Quanto ao mundo real, Parmênides é quem tem razão, ao dizer que o mundo verdadeiro é o das essências imutáveis “ao que Platão denominou de mundo inteligível”, sem contradições, oposições ou transformação. O mecanismo de solução utilizado para o impasse é a dialética, derivando do grego, *dia*, que quer dizer dois, duplo e do sufixo, *lética*, derivando-se de *logos* e do verbo *legin*.

Desta forma, Chauí (2000, p.229) conclui que:

A dialética é um debate, uma discussão, um diálogo entre opiniões contrárias e contraditórias para que o pensamento e a linguagem passem da contradição entre as aparências à identidade de uma essência. Superar os contraditórios e chegar ao que é sempre idêntico a si mesmo é a tarefa da discussão dialética, que revela o mundo sensível como heraclitiano (a luta dos contrários, a mudança incessante) e o mundo inteligível como parmenidiano (a identidade perene de cada idéia consigo mesma).

Enfim, a dialética configura-se pelo fluxo dos contrários, o devir permanente, sendo, conforme Hegel, *a natureza verdadeira e única da razão e do ser que são*

*identificados um ao outro e se definem segundo o processo racional que procede pela união incessante de contrários — tese e antítese — numa categoria superior, a síntese.*⁴

A pesquisa desenvolve-se de forma qualitativa, mediante uma pesquisa bibliográfica e documental, partindo de dados secundários oriundos das pesquisas “os 100 maiores litigantes” e o relatório “O Múltiplo Supremo”, passando pela constatação da realidade brasileira e buscando compreender seus fundamentos históricos e evolutivos. A base teórica envolvendo a conceituação, fundamentação, evolução do constitucionalismo, da legitimidade da jurisdição constitucional passa por estudiosos como Hans Kelsen⁵, Luiz Roberto Barroso⁶, Gustavo Binzenbojm⁷, J.J. Canotilho⁸, dentre outros.

2. SUPREMA CORTE RECURSAL.

A sensação de inaptidão física, material e, por vezes, intelectual do poder judiciário brasileiro em realizar a *jus dicere* é constatável. Sensação esta, que se subdivide em outras como as de impunidade, de insegurança jurídica e de morosidade.

Embora, a terminologia da palavra sensação acabe apenas por repercutir, genericamente, o contato com problemas estruturais, a realidade é que não se tratam apenas de sensações e sim de fatos concretos, decorrentes de circunstâncias e práticas inapropriadas.

A pesquisa divulgada em 2011, intitulada de “I Relatório - Supremo em Números – O Múltiplo Supremo”, elaborada pela Fundação Getúlio Vargas em parceria com o Supremo Tribunal Federal, subdividiu a atuação da suprema corte em três perfis: um constitucional, um ordinário e outro recursal, levando em consideração a quantidade de processos e sua evolução temporal, o tribunal de origem, a natureza das partes e a movimentação do processo no STF até seu arquivamento.

⁴ **Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 5.0.** 3ª. edição, 1ª. Impressão da Editora Positivo, revista e atualizada do Aurélio Século XXI.

⁵ Kelsen, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?**. Madrid: Tecnos, 1931.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷ BINENBOJM, Gustavo. **A nova Jurisdição Constitucional Brasileira.** Legitimidade democrática e Instrumentos de realização. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

⁸ CANOTILHO, Jose Joaquim G. **O ativismo Judiciário: Entre o Nacionalismo, a Globalização e a Pobreza.** In: Moura, Lenice S. Moreira de Moura (org.). O novo constitucionalismo na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009.

Constatou-se que, entre o ano de 1988 e 2009, a atuação constitucional do STF foi apenas de 0,51%, enquanto que sua atuação ordinária acumulou 7,80% e a recursal correspondeu a 91,69%, conforme apresentado na tabela abaixo.

Tabela 01
Processos por corte

CORTE	PROCESSOS	%
Constitucional	6.199	0,51%
Ordinária	95.306	7,80%
Recursal	1.120.597	91,69%

Fonte: Cerdeira *et al.* 2011.p.21.

Na prática, segundo o relatório desenvolvido pela FGV, a organização do judiciário e o sistema processual brasileiro garantem o quarto grau de jurisdição. As estatísticas demonstram que, quantitativamente, o STF não é uma corte constitucional e sim, uma “corte recursal suprema.”

Aspecto relevante é que, o maior usuário do STF, segundo o relatório “Supremo em Números”, é o próprio poder público. Destaca-se que, dentre os doze maiores litigantes no perfil recursal do STF, apenas um, a Telemar, não é do setor público e que apenas o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, a Caixa Econômica Federal-CEF e a União respondem por 50% dos processos do supremo recursal.

Verificou-se também que, nos últimos vinte e um anos, oitenta e cinco partes concentraram 75% dos processos no Supremo Tribunal Federal, concluindo-se que, não obstante, a atuação precípua do STF seja mitigada pela grande quantidade de recursos, a maior parte deles é proveniente do próprio Estado, em especial, o poder executivo federal.

Estes dados coadunam-se com os que foram apresentados pela pesquisa “Os 100 maiores litigantes”, desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em âmbito nacional. Nesta pesquisa, identifica-se a predominância do setor público como o maior litigante nacional, dos dez maiores litigantes, os seis primeiros são o INSS, a CEF, a Fazenda Nacional, a União, o Banco do Brasil S/A e o Estado do Rio Grande do Sul, representando 53,73% do total, conforme se percebe na seguinte tabela.

Tabela 02
Maiores Litigantes

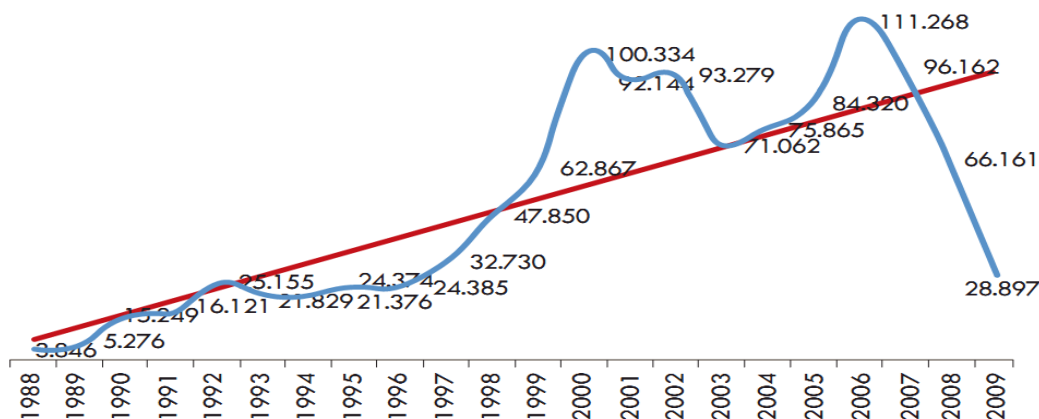
RANK	CEM MAIORES LITIGANTES	
	NACIONAL	
1	INSS – Instituto Nacional do Seguro Social	22,33%
2	CEF – Caixa Econômica Federal	8,50%
3	Fazenda Nacional	7,45%
4	União	6,97%
5	Banco do Brasil S/A	4,24%
6	Estado do Rio Grande do Sul	4,24%

Fonte: Adaptação da tabela apresentada pela pesquisa “Os 100 maiores litigantes”, 2011. p.5.

O estudo realizado pela FGV ainda revela que o crescimento vertiginoso da quantidade de recursos no STF foi, de certa forma, contido por uma “Tsunami Antirrecursal” denominada de reforma do judiciário ou emenda constitucional nº 45/2004, que criou os institutos da súmula vinculante, da repercussão geral, constituiu o Conselho Nacional de Justiça e inseriu, expressamente, o princípio da razoável duração do processo no rol de direitos e garantias fundamentais, dentre outras significativas mudanças.

Demonstrou-se que, a partir do ano de 2007, a queda no número dos recursos no Supremo Tribunal Federal foi mais acentuada, caindo de cento e onze mil ao ano para cerca de trinta mil, conforme gráfico que segue.

Gráfico 01
Processos da Corte Recursal



Fonte: Cerdeira *et al.* 2011.p.54.

A realidade do Supremo Tribunal Federal não é exclusividade dele. O Conselho Nacional de Justiça, cumprindo sua competência constitucional, desenvolve, desde 2009, o projeto de “Metas Nacionais do Judiciário”, levando em consideração relatórios e estatísticas dos processos oriundos das cortes do país, com exceção do STF, para traçar um planejamento estratégico visando efetivar, sobretudo, a eficiência do poder judiciário, a redução da quantidade de processos pendentes de julgamento e a razoável duração do processo.

Os resultados das metas do ano de 2010, traçadas no terceiro encontro nacional do judiciário, foram apresentados pela sétima edição do relatório “Justiça em Números”. As principais metas foram as de número um, julgar quantidade igual de processos de conhecimento distribuídos em 2010 e parcela do estoque de processos dos anos anteriores; a de número dois, julgar todos os processos distribuídos em primeiro grau, segundo grau e Tribunais Superiores até 31 de dezembro de 2006 e, quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do Tribunal do Júri, até 31 de dezembro de 2007 e a meta de número três, reduzir o acervo de processos de execução não fiscal e fiscal, em 10% e 20%, respectivamente.

Constatou-se que as metas de 2010 não foram atingidas⁹. De acordo com os relatórios do CNJ, a primeira meta atingiu, em âmbito nacional, 94,23% de cumprimento. Destes dados, constata-se dois extremos: um positivo, a justiça do trabalho e o outro negativo, a justiça estadual. Na Justiça Laborativa, tanto o Tribunal Superior do Trabalho - TST, com 119,30% de cumprimento, quanto os Tribunais Regionais do Trabalho, em destaque o da 21ª Região com 109,50%, alcançaram a meta de forma significativa. Na Justiça Estadual, o percentual de cumprimento nacional foi de 91,76%, enfatizando-se, negativamente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte com 68,84% e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia com 54,40%.

Em razão do não cumprimento das metas de 2010, o objetivo para o ano de 2011 foi o de dar continuidade à execução da mesma estratégia, a fim de oferecer à sociedade serviços judiciais mais céleres e eficientes. Entretanto, somente no primeiro semestre de 2011, o poder judiciário já recebeu 8.280,556 novos processos, tendo sido julgados, apenas, 7.489.721, ou seja, 90,45% do total, isto sem levar em consideração o estoque dos processos antigos.¹⁰

⁹ Site do CNJ. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/metasprioritarias_2010.pdf. Acesso em 23 ago 2011.

¹⁰ Site do CNJ. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-poder-judiciario/tribunais-e-conselhos/metasprioritarias_2011_relatorio.pdf. Acesso em 23 ago 2011.

Entende-se, portanto, que diante deste cenário de incapacidade física e gerencial do poder judiciário, são necessárias ações mais incisivas, visto que o trâmite processual ainda é bastante demorado, o que repercute na quantidade de processos que esperam pelo trânsito em julgado. Dentre as possíveis medidas, o presente trabalho trata sobre a limitação recursal em dois graus de jurisdição.

3. CONSTITUIÇÃO UTÓPICA.

A realidade jurídica no Brasil passa por um dilema que vem repercutindo negativamente na legitimidade das instituições do Estado e, sobretudo, da Constituição Federal de 1988. A Constituição brasileira é tida como democrática e humanitária, tendo erigido de um período obscuro e repressor da história do país, com o objetivo e ânsia de liberdade e de justiça social. Entretanto, depois de mais de vinte anos de existência, as instituições públicas ainda não conseguiram concretizar os direitos e garantias fundamentais mais básicos, previstos na Carta Magna, levando a um estado de falta de credibilidade e insegurança jurídica.

Neste cenário, questionam-se a natureza utópica da constituição brasileira, o papel do Estado, mais precisamente da jurisdição constitucional, e do Direito para a realização dos direitos fundamentais, sobretudo, nos países recém saídos de regimes autoritários, carentes de transformação social, que é o caso do Brasil.

A análise da atual fase, pela qual a jurisdição constitucional passa, não pode ser feita sem situá-la dentro de seu substrato orgânico-histórico que é a evolução do constitucionalismo, da limitação do poder e da garantia de direitos fundamentais.

Binenbojm (2010), ao refletir sobre a evolução do constitucionalismo e do Estado, entende que tal fenômeno surge, efetivamente, com as revoluções burguesas, com a limitação do poder soberano e pela instituição do Estado Liberal. Neste primeiro momento, consagram-se os direitos humanos de primeira geração e a imposição, ao Estado Liberal, de uma atuação abstencionista tanto no plano social e, principalmente, no plano econômico. Segundo, Binenbojm (2010, p.4 *apud* BARROSO, 2000, p.70):

O Direito Constitucional surge, assim, como “técnica de proteção da liberdade e da propriedade, limitando o poder monárquico, despersonalizando o direito e regulando

o processo representativo”. Em uma palavra: o constitucionalismo representa a apropriação das relações e fenômenos políticos pelo Direito – a sua juridicização.

A revolução industrial, o crescimento exacerbado do ideal liberal e capitalista, bem como, a exploração da mão-de-obra assalariada levaram à contestação do regime liberal burguês pelas doutrinas do Marxismo, do Socialismo utópico e da Igreja Católica, dando início ao que Binenbojm (2010) intitula como “*tentativa de juridicização dos processos econômicos e sociais*”, consubstanciada nas Constituições do México (1917), de Weimar (1919), bem como, a Constituição Brasileira de 1934.

Consagram-se, assim, os direitos humanos de segunda geração que passam a exigir uma atuação positiva do Estado, tanto para implementar os direitos sociais, quanto para intervir e regular o mercado, no sentido de garantir o bem-estar dos cidadãos. Este momento caracteriza-se pela passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Binenbojm (2010, p. 6), corrobora, afirmando que:

A constituição, a par de seu papel de instância meramente limitativa do poder (Constituição-garantia), assume a feição de um amplo programa de reformas econômicas e sociais a serem compulsoriamente concretizadas pelas legislaturas e pelos governos (Constituição-programa ou Constituição – dirigente).

Em razão da expansão desenfreada do Estado burocrático, da inaptidão estatal para atender às crescentes demandas sociais; do advento da globalização econômica, que contribuiu para o agravamento do Estado Providência e do paradigma da inesgotabilidade dos recursos públicos, reduzindo as promessas contidas nas Constituições dirigentes, Binenbojm (2010, p. 7) alega que:

A crise do Estado de bem-estar social é, também, a crise do constitucionalismo contemporâneo, que coloca em risco todo um conjunto de valores e conquistas da civilização. Propugna-se pelo esvaziamento axiológico da Constituição, reduzida atavicamente a esquemas procedimentais supostamente neutros que se cifram a estruturar o Estado e a definir regras básicas para o exercício do poder público, devolvendo-se aos corpos legislativos uma ampla liberdade de conformação. Chega-se, inclusive, a propalar uma crise de paradigmas do próprio direito constitucional.

O aludido autor completa afirmando que, por mais aguda que seja a crise, a Constituição continua sendo uma tentativa de transformar os supremos valores em direito escrito, a tentativa de definir em uma norma positiva o que, por sua natureza, não se pode recolher, o Absoluto. Entretanto, para ele, na era em que se proclamou a *morte das utopias e o fim da história*, pode-se dizer que a utopia constitucionalista subsiste de pé, buscando

consolidar a democracia constitucional como o regime de governo ideal (BINENBOJM, 2010, p. 1 e 7).

Para Streck (2009, p. 35), o Brasil possui um problema grave: “*de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível*”. Em vista disto, ele formula a seguinte indagação: “*qual é o papel do Direito e da dogmática jurídica neste contexto?*” Para o doutrinador, o Estado Democrático de Direito tem a característica de ultrapassar as formulações do Estado Liberal e Social de Direito, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um *conteúdo utópico de transformação da realidade*, sobretudo, quanto ao anseio pela igualdade, buscando garantir as condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.

Diante desta perspectiva de crise, Streck (2009) argumenta que o Estado Democrático de Direito é a vontade constitucional de realizar o Estado Social, em que a lei se torna um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade, a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.

A utopia aqui mencionada não decorre do irrealizável, mas do que não se realizou e que deve ser realizado. A mera positivação constitucional dos direitos sociais não foi suficiente para realizá-los, apesar, de o constituinte originário ter fixado, no artigo terceiro da Constituição Federal brasileira de 1988, os objetivos fundamentais de atuação da República Federativa do Brasil, de construir uma sociedade livre justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Estes objetivos devem pautar a atuação do Estado como um todo integrado, do qual faz parte o judiciário.

4. A REALIDADE BRASILEIRA.

Observa-se que, com as Constituições oriundas do pós-guerra, da redemocratização de países que saíram de regimes autoritários, da positivação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais, houve um redimensionamento das esferas e funções do Estado, agora, Democrático de Direito.

Estes fatos redefinem a relação entre os poderes do Estado, passando o Judiciário, sobretudo a jurisdição constitucional, a exercer uma função política, na medida em que guarda e zela pela concretização dos direitos fundamentais previstos na Lei Maior.

Nas palavras de Streck (2009, p.52):

Por tudo isso, é possível sustentar, que no Estado Democrático de Direito, ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da Justiça Constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o judiciário. (...) Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização de mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.

Concatenadamente, Binenbojm (2010, p. 278), ao refletir sobre a necessidade de concretização dos direitos fundamentais e sobre o novo papel da jurisdição constitucional fixa que:

No moderno Estado Democrático de Direito, busca-se a compatibilização do ideal rousseauiano de um “governo de leis” – expressão da vontade geral – com a plataforma liberal, apropriada pelo constitucionalismo, de limitação do poder político. Eis a configuração, em certa medida até singela, mas inegavelmente utópica, do projeto constitucionalista: erigir um governo que respeite, a um só tempo, a soberania popular, expressa pela regra da maioria, e os princípios consagrados na Constituição. À jurisdição constitucional compete realizar tal projeto, atuando como árbitro do jogo democrático e tendo como objetivo assegurar, contra eventuais maiorias, a pauta de direitos fundamentais e a sobrevivência das minorias políticas. Embora, a jurisdição constitucional se apresente como uma instância de poder contramajoritário, situada no limite entre o jurídico e o político, sua missão será a de intervir a favor e não contra a democracia.

Em vista de uma jurisdição constitucional, instância de poder contramajoritário, Binenbojm (2010) conclui que, o Estado Democrático de Direito é a síntese histórica das idéias de democracia, soberania popular, Estado de Direito e da juridicização dos direitos fundamentais, cabendo ao constitucionalismo, a função de harmonizar esses ideais, para que não haja maniqueísmos de um poder da maioria subvertendo regras jurídicas ou que os princípios jurídicos tornem-se dogmas intransponíveis, causando a asfixia da vontade popular.

A temática desenvolve-se, então, ante um binômio constitucional de necessidade-possibilidade. A realidade social do Brasil, de profundas desigualdades, torna inquestionável o requisito de necessidade, do papel do Estado Democrático de Direito e da jurisdição

constitucional na realização do Estado Social, mediante uma atuação proativa e construtiva da sociedade em que estão inseridos, em vista da inércia dos poderes legislativo e executivo. Quanto ao aspecto da possibilidade, no caso brasileiro, verificam-se dois pólos de debates. Um referente à desfuncionalidade do direito, e o outro, quanto à legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

Partindo da constatação do fundamento do Estado Democrático de Direito, em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social, Streck (2009) conclui que há uma *desfuncionalidade* do Direito, e das instituições encarregadas de aplicá-lo, decorrente de uma crise do modo de produção do direito.

Para o autor, a crise do modo de produção do Direito, em nossos tribunais, é fruto do conflito entre uma sociedade transmoderna, repleta de conflitos transindividuais, e um direito e sua dogmática jurídica que utilizam o paradigma liberal – individualista forjado para solucionar questões interindividuais. Desta forma, os juristas enfrentam grandes dificuldades para elucidar temas de maior complexidade social, oriundos de uma nova hermenêutica constitucional, muito em razão, da impessoalidade na análise dos processos e de um excesso de individualismo e formalismo na visão de mundo dos magistrados.

Em relação à legitimidade democrática da jurisdição constitucional, questiona-se o aspecto de que, nos países que adotam o controle judicial da constitucionalidade, que é o caso do Brasil, os conflitos políticos de índole constitucional são resolvidos diante de um colegiado constitucional superior, sendo ele o *único juiz de sua autoridade*¹¹, não ensejando controle posterior de legitimidade, levando ao que Dieter Grimm, citado por Binenbojm (2010, p.50) denominou de *risco democrático de sua atuação*.

Entende-se que os direitos fundamentais são os pilares da própria democracia. Desta forma, devem ser protegidos por um órgão independente e isento das disputas políticas, capaz de impor a autoridade moral e intelectual de suas decisões.

Por outro lado, para conferir maior consistência à atividade dos juízes constitucionais é necessário o desenvolvimento de uma hermenêutica constitucional que disponha de limites racionais à discricionariedade judicial.

Segundo Binenbojm (2010, p.278):

A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se,

¹¹ A expressão é atribuída a Rui Barbosa por Inocêncio Mártires Coelho em artigo intitulado “As idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro”, Revista de Direito Administrativo nº 211, p. 131.

hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá *a favor*, e não contra a democracia. Esta é a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional.

Apesar, do redimensionamento da jurisdição constitucional, posteriormente à segunda guerra mundial, da necessidade de concretizar os direitos sociais e a dignidade da pessoa humana, de o Supremo Tribunal Federal ser um agente transformador da realidade democrático-constitucional do país, verifica-se que o atual estágio do poder judiciário brasileiro ainda não lhe permite, assim, atuar.

A Suprema Corte brasileira está imersa em competências que não se coadunam com a sua função primária, muito em decorrência da organização do judiciário nacional, de um direito processual que não garante a efetiva duração do processo, mas que garante a possibilidade de se recorrer infundadas vezes das decisões proferidas e da utilização de um raciocínio jurídico oriundo de uma mentalidade liberal-individualista por parte dos operadores do direito, caracterizando a desfuncionalidade do sistema. Lênio Streck (2009, p.34 *apud* FARIA, 1995, p. 14 e 15) expõe que a “*magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas.*”

O reflexo disto, no Estado Brasileiro, é a constatação de que as causas mais complexas e até as mais simples, acabam não sendo resolvidas em instâncias ordinárias, dependendo, na maioria das vezes, do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, está imerso na cotidiana crise de produção do direito, uma vez que, não obstante tenha a função de guardião da Constituição, exerce sua jurisdição em causas estritamente individuais que poderiam ser solucionadas em instâncias inferiores, o que acaba por restringir a sua função primária, que é a de buscar a realização material dos direitos fundamentais e da Constituição de modo amplo.

Esta cultura arraigada no Brasil, de uma corte recursal suprema, acaba por dificultar uma reorganização do judiciário, bem como, a transfiguração do Supremo Tribunal Federal em uma corte constitucional por natureza. Para modificar esta realidade é imprescindível a limitação do trâmite processual, quanto à admissibilidade recursal, em dois graus de jurisdição, tornando a exceção em regra, limitando o alcance indiscriminado ao STF.

5. ATIVISMO JUDICIAL

O desenvolvimento filosófico ocidental passa pela abordagem dos impasses entre o Heráclito e Parmênides, entre inatismo e empirismo, entre idealismo e realismo, entre o objeto e o sujeito do conhecimento, enfim, a dialética, desde seus primórdios, configura-se, pelo fluxo dos contrários – o devir permanente – em que, conforme Hegel, *a natureza verdadeira e única da razão e do ser que são identificados um ao outro e se definem segundo o processo racional que procede pela união incessante de contrários — tese e antítese — numa categoria superior, a síntese*.¹²

Entretanto, esta luta deve ser analisada dentro de um processo mais amplo de evolução e transformação dos objetos contrários a serem estudados. Segundo Cotrim (1995, p.261): *“A dialética convida-nos, portanto, a analisar a realidade assumindo uma visão de conjunto que nos permite enxergar o processo de inter-relações dos fenômenos, superando a visão estanque e desconexa das coisas”*. Segundo Engels (*apud* POLITZER 1970, p.28): *A dialética considera as coisas e os conceitos no seu encadeamento, nas suas relações recíprocas, no seu movimento, no seu aparecimento, desenvolvimento e decadência*.

Assim, do confronto entre a tripartição de poderes e ativismo judicial, entre constitucionalismo e democracia e da evolução histórica de todos, busca-se justificar o papel e os limites da jurisdição constitucional no Estado Democrático de direito.

Na medida da relação entre o tipo ideal da concepção da separação de poderes e a sua evolução histórica, percebe-se que nunca se presenciou um equilíbrio estanque e duradouro entre as funções estatais, sempre existiu um poder mais forte e, circunstancialmente, privilegiado, legítimo ou não, foi assim na supremacia do parlamento inglês, nas monarquias constitucionais, passando pela expressão da vontade geral francesa, através da lei. Hoje em dia, contempla-se a forte e crescente atuação do poder judiciário na busca pela efetivação dos direitos constitucionais, no que se denominou, pejorativamente, de ativismo judicial.

A evolução histórica do constitucionalismo demonstra que as principais finalidades do constitucionalismo ocidental, em princípio, foram a limitação do poder e a garantia de direitos fundamentais. A necessidade de limitação do poder existe desde a antiguidade. Entretanto, a idealização da separação dos poderes, nos termos que conhecemos

¹² Novo Dicionário Eletrônico Aurélio versão 5.0. 3ª. edição, 1ª. impressão da Editora Positivo, revista e atualizada do Aurélio Século XXI.

hoje, ganha corpo com Montesquieu, em sua obra “O espírito das leis” e através de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, que desenvolveram a obra “O Federalista”.

A Constituição Americana de 1787 contemplou a separação dos poderes, entre o executivo, o legislativo e o judiciário, sendo, portanto, o marco histórico do desenvolvimento da jurisdição constitucional, através da criação da Suprema Corte Americana.

Entretanto, conforme demonstra Binenbojm (2011), a criação constitucional não foi suficiente para dotar a Suprema Corte Americana de um poder contramajoritário, uma vez que, o texto fundamental, somente, continha a “cláusula de supremacia”, limitando-se a proclamar a superioridade hierárquica da Constituição e das leis com ela compatíveis. Ao contrário, segundo Hamilton¹³, o judiciário era tido como o mais fraco dos poderes, pois não tinha a espada da vontade geral da comunidade e nem a chave do Tesouro Nacional.

Somente, em 1803, na chancela do *Chief Justice* John Marshall, no julgamento do caso William Marbury VS. James Madison, vislumbrou-se pela primeira vez, o poder judiciário no exercício do controle de constitucionalidade ou *judicial review*.

Segundo Binenbojm (2011. P.25):

Representou ele, na prática, a superação do princípio da supremacia do Parlamento – elevado à condição de dogma no Reino Unido desde a Revolução Gloriosa, e lá ainda vigente – pela supremacia normativa da Constituição. Ao judiciário caberia exercer a guarda de tal supremacia, ainda que isso importasse na invalidação de atos do Legislativo.

Segundo Barroso (2006), a construção doutrinária de Marshall difundiu-se pelo mundo afora, Alemanha, Canadá, Argentina, Portugal e no Brasil. Apesar da enorme influência do *judicial review* americano, através da supremacia constitucional, da constitucionalização dos direitos fundamentais, isentos do processo político majoritário e protegidos pelo poder judiciário, o modelo adotado na Europa Continental foi o do controle concentrado de constitucionalidade, em que a análise da constitucionalidade das leis era função exclusiva de um tribunal constitucional independente. Relata Binenbojm (2011) que

¹³ “Quem analisa atentamente os diferentes ramos do poder percebe desde logo que, em um governo em que eles são separados uns dos outros, o judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los. O executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada da comunidade. O legislativo, além de controlar os gastos do tesouro, prescreve as normas que devem reger os direitos e deveres de cada cidadão. O judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre o tesouro; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem FORÇA nem VONTADE, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo fundamentalmente do auxílio do ramo executivo para a eficácia de suas sentenças”. Texto atribuído a Alexander Hamilton, na obra O Federalista. Remédios republicanos para males republicanos. Traduzido por Fernando Papaterra Limongi. P. 274-275.

seu surgimento se deu no período entre guerras, como a promulgação da Constituição Austríaca em 1º de Outubro de 1920, cujo projeto fora desenvolvido por Hans Kelsen.

O conceito e a idealização de um judiciário forte, capaz de proteger os direitos fundamentais e declarar a inconstitucionalidade das leis foram alvo de fortes embates na Europa, sobretudo na Alemanha, entre dois importantes juristas da época. De um lado, Carl Schmitt, alemão, engajado no movimento nacional-socialista e, do outro lado, o jurista judeu, Hans Kelsen.

Para Schmitt, a função de guardião da constituição era intrinsecamente política e como tal, deveria ser da competência do chefe do executivo, o presidente do Reich, evitando-se a politização da justiça¹⁴. Já Kelsen, defendia que tal função deveria ser desempenhada por um órgão isento das disputas políticas, um Tribunal Constitucional, e não pelos poderes legislativo e executivo, visto que, estes protegeriam as normas constitucionais de acordo com os seus próprios interesses¹⁵.

O substrato histórico e social desta época era a crise do capitalismo-liberal do pós-guerra mundial, em que os Estados Unidos passavam pela crise de 1929, pela necessidade de atuação reguladora e positiva do Estado, mediante as políticas do *new deal* e na Alemanha, que além de ter perdido a primeira guerra mundial e parte de seu território, viu-se obrigada a pagar e ressarcir os prejuízos da guerra aos países aliados.

Neste cenário, emerge na Alemanha para assumir o poder no III Reich alemão, mediante um golpe de estado, Adolf Hitler, que utiliza as idéias de “mais-valia política” (*politischer Mehrwert*)¹⁶ de seu correligionário, Carl Schmitt, propondo o fortalecimento do Estado que transformar-se-ia em um totalitarismo exacerbado, mas institucionalizado.

O ditador alemão coloca em prática, da forma mais extrema possível, as idéias e a afirmação da soberania do chefe do executivo, em detrimento de uma jurisdição constitucional inteligível. Kelsen, agora, um judeu perseguido, migra para a América, para lecionar em universidades. Somente, após a segunda guerra mundial, a doutrina de Kelsen passa a ser adotada no mundo, sendo o fundamento do movimento de expansão da jurisdição constitucional.

Após a segunda guerra, o mundo e, sobretudo, a Alemanha, passam almejar o fortalecimento de uma jurisdição constitucional exercida, exclusivamente, pelo judiciário,

¹⁴ Carl Schmitt, *La defensa de La Constitución*, Editora Tecnos, 1998, p. 57.

¹⁵ Hans Kelsen, *Quién debe ser el defensor de La Constitución?*, Editora Tecnos, p.54.

¹⁶ *Apud* Ana Lúcia Sabadell. *Manual de sociologia jurídica. Introdução a uma leitura externa do Direito*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2005. P. 114

baseado na máxima da dignidade da pessoa humana e num novo momento do constitucionalismo mundial. Conforme pondera Cruz (2004, p.158 e 159):

Traumatizada pelos horrores da Segunda Guerra Mundial, envergonhada pelo genocídio industrial dos campos nazistas de concentração e assustada pela passividade do *Reichsgericht* (Tribunal do Império) que, ao se esconder por detrás de uma legalidade absurda chancelou os horrores, a nova Corte Constitucional Alemã passou, desde sua inauguração, a anunciar que a legislação estatal não implicaria a totalidade do Direito Nazista. A partir de então, para que a legislação não fosse qualificada como injusta (*unrecht*), deveria coadunar-se com um catálogo de valores universalmente reconhecidos. Esse catálogo incorporou inegavelmente uma dimensão substantiva em sua jurisprudência, vez que sua hermenêutica deveria pautar-se, necessariamente, por valores humanísticos inerentes à Constituição. Logo, o feixe axiológico contido no texto constitucional convergiria, necessariamente, para o valor da “dignidade da pessoa humana”. Esse último, elevado à condição máxima dentro de uma hierarquia de valores, não poderia ser ponderado com outros valores.

Na mesma esteira deste pensamento, Barroso (2010) identifica a dignidade da pessoa humana como o *imperativo categórico* de Kant, que está na origem dos direitos fundamentais e que representa o núcleo essencial de cada um deles, assim como os individuais, políticos e sociais, do qual se extrai a tutela do mínimo existencial.

Barroso (2010) caracteriza o constitucionalismo contemporâneo em três marcos: um histórico, um filosófico e outro teórico. Para o autor, o *marco histórico* é o constitucionalismo pós-guerra e, especialmente na Alemanha, culminando na Lei Fundamental de Bonn em 1949 e na criação do Tribunal Constitucional Federal alemão em 1951, ato que foi seguido pela Itália, Portugal, Espanha, o que redefiniu o lugar da Constituição e do direito constitucional dentro das instituições contemporâneas, dotando as normas constitucionais de força normativa e rompendo com a tradição de documento antes político que jurídico, subordinado às circunstâncias do parlamento e da administração. No Brasil, foram a Constituição Federal de 1988 e o processo de redemocratização, os responsáveis por essa evolução.

O *marco filosófico* do novo direito constitucional é o pós-positivismo, superação dos opostos de modelos puros, jusnaturalismo e positivismo, para um modelo difuso que busca ir além da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto, contemplando valores morais e de justiça, sem incorrer em categorias metafísicas, mas que, atribui normatividade aos princípios e a definição de suas relações em valores e regras, que reabilita a razão prática e a argumentação jurídica.

Por fim, o doutrinador expõe que o *marco teórico* é caracterizado por três grandes transformações: a primeira é o reconhecimento da *força normativa da constituição*.

Konrad Hesse, contrariando as concepções de Ferdinand Lassalle¹⁷, toma como norte, para fundamentar sua tese de força normativa, o condicionamento recíproco e coordenado entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, ou Constituição real.

Para ele, a essência da norma constitucional consubstancia-se na pretensão de concretizar-se na realidade, assente numa *natureza singular do presente* e do princípio da necessidade. Essa pretensão de eficácia (*Gertungsanspruch*) não pode ser separada das suas concepções históricas, do *substrato espiritual de um determinado povo*, suas concepções sociais e axiológicas. É essa pretensão de eficácia que imprime ordem e conformação à realidade política e social dotando a Constituição de força normativa.

Hesse (1991) aponta como pressupostos da força normativa da Constituição, a correspondência entre o conteúdo constitucional e a natureza singular do presente; o desenvolvimento de uma *práxis* em que todos os partícipes da vida constitucional compartilhem a vontade constitucional (*wille zur verfassung*) e uma interpretação submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*).

A segunda grande mudança caracterizadora do marco teórico, conforme ensina Barroso (2010), foi a *expansão da Jurisdição Constitucional* pelos mais diversos países do mundo. Esta constatação se verifica ainda hoje, naquilo que Binenbojm (2011) considera de quarta “vaga” no movimento de criação de tribunais constitucionais, em países da América Latina como a Bolívia, da Europa como os do Reino Unido e até mesmo, no Oriente Médio e África, guardadas as devidas proporções, quantos aos países que recém destronaram ditadores, como a Líbia, Iraque e o Egito.

A terceira transformação no marco teórico, exposto por Luiz Roberto Barroso, advindo do atributo da força normativa constitucional, é o *desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional*, que não se utiliza, estritamente, dos métodos tradicionais de interpretação do direito, desenvolvidos sobre as premissas de que o papel da norma oferece, em abstrato, a resolução dos problemas jurídicos e que o papel do juiz limita-se a identificar a norma jurídica aplicável ao caso concreto, num processo de subsunção.

O intérprete do constitucionalismo contemporâneo, diante das novas categorias hermenêuticas, como as cláusulas gerais de conteúdo indeterminado, a delimitação dos princípios, em especial, o da dignidade da pessoa humana, a constitucionalização do direito, a

¹⁷ Para Ferdinand Lassalle, citado por Hesse (1991, p.9), as questões constitucionais são questões, substancialmente, políticas decorrentes da mera expressão e justificação dos poderes dominantes da sociedade e que a Constituição jurídica, neste contexto, não passa de um pedaço de papel.

eficácia horizontal e a máxima efetividade dos direitos fundamentais¹⁸, as colisões entre direitos fundamentais, o sistema de ponderação de interesses, atua efetivamente como co-participante da criação do direito.

Por fim, quanto ao desenvolvimento atual do Constitucionalismo e da jurisdição constitucional cabe destacar dois tentáculos de evolução. O primeiro é decorrente do fenômeno da internacionalização do direito e do nível de globalização mundial, sobretudo, referente aos direitos humanos e ao comércio internacional.

Destaca Canotilho (2009) que determinadas decisões da Suprema Corte Americana utilizaram-se como “*standard* de justificação”, elementos de direito comparado, especificamente a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem, como no caso *Ronald P. Roper VS. Christopher*, de 2005, em que o Tribunal posicionou-se de forma contrária a uma lei do Missouri que autorizava a aplicação da pena de morte a pessoas que eram menores de idade no momento dos fatos.

Doutro modo, alega o doutrinador lusitano que a transnacionalidade dos mercados aponta para a indispensabilidade de um direito civil transnacional e para o que denomina de *microcosmo de governança*¹⁹ e de *um mercado de regras (Law shopping)*, em que os produtores-julgadores substituem-se ao legislador.

O segundo tentáculo do ativismo judicial é analisado por Junior (2011), quanto à possibilidade de controle judicial de políticas públicas através do processo coletivo. Segundo o autor, os núcleos constitucionais de irradiação dos direitos fundamentais (normas programáticas), sobretudo, dos direitos sociais, constituem a matriz normativa de atuação do Estado, através de políticas públicas, com fundamento nos objetivos fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição Federal brasileira.

¹⁸ SARMENTO, Daniel (2004, p.289): Ademais, a compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica, que legitima, condiciona e modela o direito positivado, impõe, no nosso entendimento, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De fato, sendo os direitos fundamentais concretizações ou exteriorizações daquele princípio, é preciso expandir para todas as esferas da vida humana a incidência dos mesmos, pois, do contrário, a proteção à dignidade da pessoa humana - principal objetivo de uma ordem constitucional democrática - permaneceria incompleta. Condicionar a garantia da dignidade do ser humano nas suas relações privadas à vontade do legislador, ou limitar o alcance das concretizações daquele princípio à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado, significa abrir espaço para que, diante da omissão do poder legislativo, ou da ausência de cláusulas gerais apropriadas, fique irremediavelmente comprometida uma proteção, que, de acordo com a axiologia constitucional, deveria ser completa e cabal.

¹⁹ CANOTILHO, Jose Joaquim G. O ativismo Judiciário: Entre o Nacionalismo, a Globalização e a Pobreza. In: Moura, Lenice S. Moreira (org.). O novo constitucionalismo na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 51 “Se vemos bem as coisas, o direito de criação judiciária do direito converte-se, fundamentalmente, no *governo judiciário da liberdade contratual*, com o seu específico modo institucional de produzir regras jurídicas funcionalmente adequadas à governação global das relações jurídico-privadas, sobretudo das relações comerciais. Neste governo, os juízes pertencerão a um microcosmo inserido no esquema regulador global, em que, além das convenções internacionais de direito uniforme, ganham cada vez mais relevância os *contratos atípicos*, internacionalmente uniformes.”

Para Junior (2011), o processo coletivo é o instrumento institucional adequado para a correção de políticas públicas, na medida em que representarem violação aos direitos fundamentais sociais.

6. CONCLUSÃO

Entende-se que o ativismo judicial brasileiro é inevitável, em razão da própria evolução do constitucionalismo, de um texto constitucional analítico, de uma constitucionalização de direitos, de uma eficácia horizontal irradiante dos direitos fundamentais, baseados em uma nova hermenêutica constitucional.

O simples silogismo jurídico não é mais auto-suficiente, existindo a necessidade de uma leitura constitucional aberta, pluralista e democrática através de um pensamento jurídico do possível²⁰ para solucionar as lacunas legislativas, as cláusulas gerais, os conceitos indeterminados e, sobretudo, os asseios sociais.

A atual hermenêutica constitucional pugna pela aplicação prática dos princípios, pela sistematização de um mecanismo de ponderação e, sobretudo, pela concretização dos direitos fundamentais sociais e do mínimo existencial, que são a essência da *vontade constitucional* e da força normativa do seu conteúdo.

O ativismo judicial é igualmente inevitável, em razão de que, no Brasil, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, correspondeu a uma mera tentativa de juridicização dos direitos econômicos e sociais, *um simulacro de modernidade*, conforme diz Streck (2009), mediante a importante, mas simples, posituação constitucional dos direitos fundamentais. Entretanto, apesar de positivados constitucionalmente, ainda não se efetivaram.

Conclui-se que o texto constitucional transformou-se em um ideal utópico de mínimo alcance quanto à transformação da realidade, em que, de lado temos um direito idealizado e positivado, a ser implementado, e do outro, não há quem o implemente, configurando uma crise de legitimidade e de força normativa constitucional.

A crise de legitimidade constitucional depreende-se da crise de legitimidade dos poderes instituídos, na medida em que há uma inércia e inaptidão dos poderes executivo e legislativo e uma tentativa de mitigar, demasiadamente, as funções que a jurisdição constitucional assumiu no contexto do constitucionalismo contemporâneo.

²⁰ HÄRBELE, Peter. Demokratische Verfassungstheorie aus praktischer Sicht, in: Verfassungsrecht zwischen wissenschaft und Richterkunst, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p.53.

Aspecto interessante desta realidade brasileira é que, a descrença na classe política brasileira é tamanha ao ponto de surgir, no cenário representativo-democrático, o fenômeno do *voto por protesto*, em que os cidadãos preferem votar em candidatos que não possuem nenhuma vocação e conotação política, como jogadores de futebol, palhaços e participantes de *reality show*, ao ter que votarem em “figurinhas carimbadas”, ou seja, naqueles políticos já manchados e envoltos em denúncias de desvio de dinheiro público, corrupção, dentre outras fraudes. Entretanto, em razão de um sistema eleitoral, em que um voto pode valer mais do que outro, os partidos valem-se de personagens de forte apelo social para elegerem candidatos, através de um sistema eleitoral proporcional.

Os pilares de uma democracia representativa e de sua legitimidade são o sufrágio universal, a temporariedade dos mandatos representativos, a responsabilização dos governantes, a moralidade, a prestação de contas com a sociedade. No entanto, a realidade brasileira é de um sufrágio condicionado, de mandatos vitalícios e hereditários, de corrupção e de impunidade.

É diante disto, que se defende a participação do poder judiciário no papel de força contramajoritária, em face de maiorias legislativas eventuais. Observe-se que não se defende a atuação única, discricionária ao extremo, autoritária e irresponsável do judiciário e sim, uma atuação racional, conjunta e integrada com os demais poderes, dotando-os de diretrizes constitucionais mínimas, os direitos fundamentais, a serem seguidas, advindas de um sentimento constitucional nacional uniforme.

Para Barroso (2010), a jurisdição constitucional deve resguardar o processo democrático e a estabilidade institucional, promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando for o caso, sem desqualificar sua própria atuação pela excessiva constitucionalização do direito.

Os direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos, intangíveis, de eficácia plena e aplicação imediata, a serem concretizados por políticas públicas conduzidas, pelo o que Junior (2011) denominou de *núcleos constitucionais de irradiação dos direitos fundamentais*, parâmetros programático-constitucionais de comportamento para a atuação estatal, que estão vinculados aos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro e fixados na Constituição Federal.

No sentido de realizar estes núcleos de irradiação, as normas integradoras não se destinam a garantir a eficácia dos direitos fundamentais, mas a capacitar o Estado à sua satisfação espontânea. Quando o Estado não promove a satisfação voluntária dos direitos fundamentais, nasce para os titulares-destinatários destes direitos, o direito de ação e, em

consequência, o da inafastabilidade de provimento judicial, não podendo ser invocada a separação de poderes para legitimar a inércia judicial e o descumprimento das obrigações impostas pela Constituição.

Entretanto, observa-se que, apesar do inevitável deslocamento político-jurídico para o judiciário, da necessidade de que o Estado Democrático de Direito realize o Estado Social inacabado, há uma *desfuncionalidade* do direito e de suas instituições, em razão da crise do paradigma liberal-individualista, na medida do conflito entre uma sociedade transmoderna e uma dogmática jurídica de conflitos interindividuais.

Segundo Streck (2009, p.51):

É este o dilema brasileiro: não sufragamos a tese substancialista, porque o Judiciário, preparado para lidar com conflitos interindividuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfrentamento dos problemas decorrentes da transindividualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988; por outro lado, em face da democracia delegativa que vivemos, de cunho hobbesiano (O'Donnell), no interior do qual o legislativo é atropelado pelo decretismo do Poder Executivo, também não temos garantidos o acesso à produção democrática dos direitos previstos na Constituição.

Infere-se como entrave deste redimensionamento para o poder judiciário, a atual organização do judiciário brasileiro. A estrutura vivenciada desvirtua a função precípua que a jurisdição constitucional, diga-se Supremo Tribunal Federal, assumiu como órgão legitimado para proteger, garantir e efetivar a vontade constitucional e os direitos fundamentais.

Utilizando como base, os dados das pesquisas “O Múltiplo Supremo” e os “Cem Maiores Litigantes”, que constatarem um percentual de mais de 90% da atuação recursal do STF, sendo 86% destes recursos provenientes do próprio setor público, propõe-se que haja *uma limitação do trâmite processual, estritamente, em dois graus de jurisdição e a instituição de penalidades pessoais* para os agentes públicos que utilizam dos mecanismos processuais com o único objetivo de protelar o trânsito em julgado, dificultar a execução judicial e impedir o usufruto de um direito já reconhecido.

A medida de contenção de terceiro e quarto grau de jurisdições satisfaz todos os fundamentos do princípio do duplo grau de jurisdição, quais sejam: o *fundamento político*, a ausência de maior representatividade do poder judiciário, o que leva ao controle social de suas ações; o *fundamento natural* da falibilidade humana e o *fundamento jurídico*, que é o reexame da lide por um órgão judicial de hierarquia superior, mediante instrumentos processuais adequados que possibilitem a análise das matérias discutidas judicialmente, em complemento ao controle socialmente exercido.

Além de efetivar a celeridade processual e a segurança jurídica do sistema processual, esta mudança reduziria, drasticamente, o alcance indevido de processos ao Supremo Tribunal Federal, possibilitando-o desenvolver a função que o constitucionalismo contemporâneo lhe determinou, qual seja, de ser o guardião da Constituição.

Outra medida salutar visando mitigar os erros e a discricionariedade judicial, que vem de encontro com a limitação em dois graus de jurisdição, é a adoção de *uma estrutura colegiada de primeira instância em determinadas temáticas jurídicas*.

Por fim, a realização do Estado Social no Brasil passará, necessariamente, pela atuação de suas instituições. Dentre as instituições constitucionais com o perfil, totalmente voltado para este projeto, destacam-se as defensorias públicas. Neste diapasão, torna-se imprescindível a qualificação e a expansão deste serviço público notável para o alcance dos objetivos fixados no artigo 134 da Constituição Federal brasileira de 1988, dentre eles a busca pela primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito e a prevalência e efetividade dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.** O triunfo tardio do direito Constitucional no Brasil. 2006. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf> >. Acesso em: 08 set 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova Jurisdição Constitucional Brasileira.** Legitimidade democrática e Instrumentos de realização. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CANOTILHO, Jose Joaquim G. **O ativismo Judiciário:** Entre o Nacionalismo, a Globalização e a Pobreza. In: Moura, Lenice S. Moreira de Moura (org.). O novo constitucionalismo na era pós-positivista. Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009.

CERDEIRA, Pablo *et al.* **I Relatório Supremo em Números.** O Múltiplo Supremo. Fundação Getúlio Vargas, Direito Rio. 2011.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia.** São Paulo: Ática, 2000.

CINTRA, A.; GRINOVER, A.; DINAMARCO, C.; **Teoria Geral do Processo.** 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Os 100 maiores litigantes.** Departamento de pesquisas judiciais. Brasília, 2011. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf >. Acesso em 07 maio 2011.

_____. **Relatório Final.** Metas Prioritárias do Poder Judiciário 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/metas_judiciario/metas_prioritarias_2010.pdf> . Acesso em 23 ago 2011.

_____. **Metas Nacionais 2011.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-poder-judiciario/tribunais-e-conselhos/metas_2011_relatorio.pdf> Acesso em 23 ago 2011.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da Filosofia.** 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JUNIOR, Osvaldo Canela. **Controle Judicial de Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2011.

KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?**. Madrid: Tecnos, 1931.

POLITZER, Georges. **Princípios fundamentais de filosofia**. São Paulo: Hemus, 1970.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**. Introdução a uma leitura externa do Direito. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2005.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.