

# Contribuição para a construção de uma teoria da jurisdição compatível com o Estado Democrático de Direito

## Contribution to the construction of a theory of jurisdiction compatible with the democratic rule of law

**Antônio Gomes de Vasconcelos<sup>1</sup>**

Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil  
angovas@gmail.com

**Marcelo Veiga Franco<sup>2</sup>**

Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil  
veigafranco@hotmail.com

### Resumo

O presente artigo tem como objetivo fornecer contribuições doutrinárias à necessária reconstrução do conceito de jurisdição conforme o Estado Democrático de Direito, a partir da análise da relação de interdependência entre o conceito de jurisdição e o modelo de Estado em que ela é exercida. Por essa razão, o estudo é desenvolvido por meio do exame da forma como a função jurisdicional é realizada no Estado Liberal, no Estado do Bem-Estar Social e no Estado Democrático de Direito. Ao final, sugere-se uma reconstrução do conceito de jurisdição de acordo com os princípios de uma ordem jurídica democrática. A pesquisa foi realizada com base nas vertentes metodológicas jurídico-dogmática, jurídico-teórica e jurídico-sociológica. Já os tipos genéricos de utilização foram os histórico-jurídico, jurídico-descritivo, jurídico-projetivo e jurídico-propositivo.

**Palavras-chave:** jurisdição, Estado Democrático de Direito, Poder Judiciário.

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça. Juiz do Trabalho. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Av. João Pinheiro, 100, 30130-180, Belo Horizonte, MG, Brasil.

<sup>2</sup> Doutorando e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático, em parceria com o Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Procurador do Município de Belo Horizonte (MG). Advogado. Diretor Científico do Instituto de Direito Processual (IDPro). Universidade Federal de Minas Gerais. Av. João Pinheiro, 100, 30130-180, Belo Horizonte, MG, Brasil.

## Abstract

This article aims to provide doctrinal contributions to the necessary reconstruction of the concept of jurisdiction according to the democratic rule of law, based on the analysis of the interdependent relationship between the concept of jurisdiction and the model of State in which it is exercised. For this reason, the study is developed by examining the way the judicial function is performed in the Liberal State, Welfare State and Democratic State. Finally, it suggests a reconstruction of the concept of jurisdiction in accordance with the principles of a democratic legal system. The research was conducted based on legal-dogmatic, legal-theoretical and legal-sociological methodological aspects. In turn, the methodological generic types used were the historical-legal, legal-descriptive, legal-projective and legal-propositional.

**Keywords:** jurisdiction, democratic rule of law, judicial power.

## Introdução

O presente artigo estabelece uma correlação entre os paradigmas de jurisdição ao longo do processo histórico de evolução dos modelos de Estados Modernos Ocidentais. Busca-se compreender de que forma o sentido de jurisdição está atrelado, essencialmente, ao modelo de Estado em que ela é exercida.

Nesse sentido, a análise desta interdependência entre o conceito de jurisdição e o modelo de Estado a que ela serve é indispensável para a compreensão do processo de assimilação, ou não, pela cultura jurídica subjacente ao exercício da função jurisdicional, das premissas político-constitucionais e da razão jurídica imanente ao paradigma do Estado Democrático de Direito.<sup>3</sup>

Infelizmente, o exercício da função jurisdicional no Brasil ainda se encontra, em boa parte das vezes, atrelado a uma cultura jurídica formada sob a égide do Estado Liberal, em que o Judiciário detinha uma função irrelevante. Trata-se de uma cultura que pode ser caracterizada como “liberal-tecnicista-formal-positivista”, porém presente também na perspectiva jurídica norteadora do exercício da jurisdição no Estado Social – ainda que este tenha aberto caminho para a assunção, pelo Judiciário, de um papel proeminente na garantia da efetividade dos direitos sociais proclamados desde então.

A análise da temática revela que a perspectiva “liberal-tecnicista-formal-positivista” é presente na cultura jurídica nacional e se reflete na prática das instituições

encarregadas da aplicação do Direito e, de modo especial, no exercício da função jurisdicional. Este confronto entre a cultura jurídica liberal e as premissas do Estado Democrático de Direito – caso haja a hegemonia da primeira – pode implicar a neutralização das transformações oriundas da absorção do paradigma do Estado Democrático de Direito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

Percebe-se que, por vezes, a atividade jurisdicional – sem assimilar em sua plenitude os princípios fundamentais da República brasileira e sem deles extrair as consequências para a prática jurídica – permanece restrita a conceitos formais e tecnicistas que mais se aproximam aos estereótipos pandectistas ou dos glosadores medievais.<sup>4</sup> Isso ocorre por conta de um anacronismo da ótica liberal-positivista que personifica no juiz “a boca da lei”, cuja responsabilidade na aplicação da legislação se resume à mera operação de silogismo lógico-racional de subsunção dos fatos à norma. Contudo, essa concepção da função jurisdicional despreza o fato de que ela implica uma escolha entre múltiplos fatos jurídicos, isto é, escolha do sentido que se atribui ao fato que se considera juridicamente relevante, escolha da norma aplicável ao caso concreto, escolha da teoria que serve de referência à exegese, escolha do sentido que se atribui à norma escolhida e, enfim, escolha do sentido que se atribui à conexão norma-fato na decisão do caso concreto.<sup>5</sup>

Nesse contexto, a compreensão do conceito de *paradigma* é de fundamental importância para o embasa-

<sup>3</sup> Os resultados deste trabalho são fruto de pesquisa realizada com base nas vertentes metodológicas jurídico-dogmática, jurídico-teórica e jurídico-sociológica, e os tipos genéricos de utilização foram os histórico-jurídico, jurídico-descritivo, jurídico-projetivo e jurídico-propositivo (Sousa Gustin e Fonseca Dias, 2002). Isso porque o artigo tem o objetivo de propor uma abordagem crítico-comparativa entre os paradigmas jurídicos correspondentes aos Estado Liberal, Estado do Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito, com vistas a averiguar se a concepção e prática jurisdicional adotadas no Estado Democrático de Direito são compatíveis com as suas premissas e princípios.

<sup>4</sup> A Escola Pandectista, de origem alemã e inserida dentro de uma concepção exegética, afirmava que todo o ensino jurídico estava contido na lei e no direito positivo. Por seu turno, os glosadores acreditavam na plena completude do texto, razão pela qual as glosas não podiam ir além da letra da lei (Herkenhoff, 2002, p. 36).

<sup>5</sup> Para aprofundar sobre essa afirmação, vale conferir, entre outros: Zagrebelsky (2008); Dworkin (2007, 2001); Ferraz Junior (2004).

mento teórico deste trabalho (Morin, 2010), tendo em vista a nossa proposta de contextualização do exercício da jurisdição no Estado Liberal, no Estado do Bem-Estar Social e no Estado Democrático de Direito.

Costuma-se atribuir ao conceito de paradigma, sobretudo a partir dos estudos de Thomas Kuhn, um duplo aspecto, de modo a indicar não só “toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada”, como também “as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal” (Kuhn, 2007, p. 220). Também Menelick Netto aduz que o conceito de paradigma apresenta uma dupla perspectiva: por um lado, possibilita a explicação do desenvolvimento científico como um processo que se verifica através de rupturas, enquanto, por outra banda, permite a consolidação dos esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades em certo tempo e espaço (Carvalho Netto, 1999, p. 476).

Portanto, o conceito de paradigma atua como um pano de fundo compartilhado intersubjetivamente, o qual visa a contextualizar o cientista – na qualidade de pesquisador e/ou intérprete – no cenário político-social em que vive, construindo um horizonte hábil a possibilitar a percepção do Direito vigente (Habermas, 2003b, p. 131; Cattoni, 2002, p. 54).

É por essa razão que a reconstrução paradigmática dos modelos de Estados Modernos Ocidentais, a partir do conceito de paradigma, é de suma importância para permitir o exame da forma de exercício da função jurisdicional no Estado Liberal, no Estado do Bem-Estar Social e no Estado Democrático de Direito. Com isso, será possível entender as razões pelas quais há uma resistência da comunidade jurídica a promover uma efetiva mudança no sentido de jurisdição, inspirada nos princípios do Estado Democrático de Direito (Morin, 2010).

## A jurisdição no Estado Liberal

O surgimento dos Estados Modernos Ocidentais resultou de um contexto de transição político-social

e de ruptura com a ordem jurídica medieval que era pautada na teoria do jusnaturalismo clássico. Com espeque no Direito Natural, o Direito medieval sustentava a existência de normas jurídicas absolutas, universais, permanentes, imutáveis e não escritas, eternamente válidas para todos os povos em qualquer espaço e tempo, e destinadas a resguardar os direitos inatos advindos da própria condição humana (Ferraz Junior, 2004). Com isso, a função jurisdicional, em um cenário jusnaturalista, era exercida com bases metafísicas, já que o poder estatal era a manifestação dos desígnios divinos.

Posteriormente, com o advento da Modernidade, buscou-se atribuir um embasamento ético-racional ao Direito, mediante a afirmação da ideologia iluminista que colocava o “homem racional” no núcleo do conhecimento científico.<sup>6</sup> A partir da superação da ideia da fundamentação transcendental do Estado e do Direito, a ideologia iluminista, fruto do racionalismo, permite a eclosão das revoluções burguesas do século XVIII, mormente a Revolução Norte-Americana em 1776 e a Revolução Francesa de 1789, e o surgimento das bases políticas e filosóficas dos Estados Modernos Ocidentais (Goyard-Fabre, 1999) – entendidos como “espaços laicos de definição e imposição dessas regras racionais que deveriam reger impositivamente a organização e a reprodução social, a normatividade propriamente jurídica” (Carvalho Netto, 1999, p. 477).

Nesse cenário, os Estados Modernos Ocidentais apareceram com a derrocada do Absolutismo Monárquico e com a ascensão da classe burguesa, o que permitiu a difusão dos ideais de um constitucionalismo moderno<sup>7</sup> pautado nos pressupostos de limitação do poder político estatal e de proteção dos direitos individuais por meio da edição de Cartas Constitucionais escritas. O Estado Moderno surge em um contexto de afirmação de uma teoria mínima de direitos fundamentais individuais, com espeque no binômio *liberty and property* (Baracho Junior, 1999, p. 53).

O primeiro dos grandes modelos de Estado da Era Moderna Ocidental, denominado Estado Liberal, adveio desse contexto de surgimento do constitucionalismo moderno. Ao instituir a ideologia do liberalismo político, o Estado Liberal possuía, dentre as suas características principais, a limitação do poder político

<sup>6</sup> André Tavares diz que no século XVIII o Homem era o centro das atenções – antropocentrismo – e explica que a expressão “Idade da Razão” deriva da obra de Thomas Paine denominada *The Age of Reason*, na qual este ressaltou a crença absoluta na razão humana: “The most formidable weapon against errors of every kind is Reason. I have never used any other, and I trust I never shall” (Tavares, 2009, p. 13; Paine, 1993, p. 4).

<sup>7</sup> Gomes Canotilho define o constitucionalismo moderno como “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”, em contraposição ao constitucionalismo antigo, entendido como “o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder” (Gomes Canotilho, 2003, p. 51-52).

estatal mediante a adoção do princípio da divisão das funções estatais, bem como a previsão formal de uma gama de liberdades públicas e de direitos individuais oponíveis em face do Estado, notadamente a liberdade individual, a propriedade privada e a igualdade formal (Carvalho Netto, 1999).

Defendia-se, portanto, a existência de um Estado mínimo e não interventor, adequado ao individualismo exacerbado e à prevalência da esfera privada vigentes à época. Havia a preponderância do princípio do “império da lei escrita”, decorrente do positivismo jurídico, segundo o qual a legitimidade do Direito estava condicionada à observância da legislação formal (Zagrebelsky, 2008). José Afonso da Silva resume as características gerais do Estado Liberal:

Na origem, como é sabido, o *Estado de Direito* era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderes particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal (Silva, 2003, p. 112-113).

Diante dessa ideologia de cunho privatístico, a legislação positivada retratava a mais absoluta certeza jurídica, capaz de condensar racionalmente a (suposta) exatidão da linguagem (Cruz, 2004, p. 56). A base do conhecimento jurídico se prendia a conceitos e institutos eminentemente técnicos e formalistas, em que a lei escrita assumia papel soberano na interpretação e na aplicação do Direito. O positivismo jurídico então dominante, com base em uma concepção descritiva da realidade, resumia o Direito apenas à legislação formal objetivamente positivada (Franco Bahia, 2004, p. 306).

Sob a perspectiva do liberalismo político, cabia ao intérprete e/ou ao aplicador do Direito se afastar de influências externas, já que “conhecer o texto da lei equivaleria a conhecer o Direito” (Pelayo, 2007, p. 110). Mediante uma interpretação literal (ou gramatical) da legislação escrita, buscava-se alcançar a *voluntas legislatoris* (ou vontade do legislador) (Maximiliano, 1998, p. 44).

Não é difícil perceber que esse “protagonismo da lei” (Barboza, 2007, p. 123), por meio do qual a legislação posta traduzia a fonte única e primária do conhecimento jurídico (Faria, 1994, p. 24), fez com que o Legislativo adquirisse função de destaque no âmbito do liberalismo político (Cruz, 2001, p. 217). O Parlamento, na condição de órgão estatal encarregado de inovar a ordem jurídica por meio da edição de leis escritas, ditava os rumos da interpretação e da aplicação do Direito e vinculava a atividade hermenêutica do Executivo e do Judiciário.<sup>8</sup>

No Estado Liberal, o Executivo era concebido como uma função estatal burocrática e mecânica, à qual competia apenas servir de respaldo à atuação legislativa, na qualidade de órgão de referendo da atividade do legislador político (*référé législatif*) (Maus, 2010, p. 21-22). O Gestor Público se constituía como mero órgão executor de normas jurídicas, estando a função executiva limitada “à ‘aplicação’ do poder administrativo no quadro das leis” (Habermas, 2003a, p. 232-236).

Por seu turno, o papel proeminente do Legislativo e a absoluta submissão da função executiva aos ditames da legislação posta também geraram reflexos na atuação do Judiciário. Circunscrito às leis editadas pelo Parlamento e à supremacia do princípio da legalidade, o juiz liberal, mediante atividade estritamente dedutiva, também era considerado um simples aplicador “autômato” da legislação escrita, cuja função era exercida sem espaço para interpretação ou questionamentos.<sup>9</sup> Na célebre expressão de Charles de Montesquieu, o juiz retratava a “boca que pronuncia as palavras da lei” (*bouche de la loi*), ou seja, nada mais que “seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (Montesquieu, 2000, p. 175).

Com isso, ao Judiciário competia simplesmente exercer uma atividade subsuntiva, a qual estava adstrita à legislação escrita. O magistrado estava inserido em um “modelo de legislação sem jurisdição” (Picardi, 2008, p. 24-27; 84-97), pois lhe cabia perquirir a *voluntas legis-*

<sup>8</sup> Respeitado o contexto histórico do liberalismo político, pode-se dizer que a proeminência do Legislativo e o aprisionamento da atuação dos juízes à literalidade da lei eram também uma reação aos abusos da magistratura no período do absolutismo monárquico. Isso porque o Judiciário, a essa época, estava comprometido apenas com os interesses das classes superiores – realeza, nobreza e Igreja Católica –, o que fez com que a classe burguesa se insurgisse com uma ação proativa a favor do Parlamento.

<sup>9</sup> Não por outra razão é que Maximilien Robespierre, um dos idealizadores da Revolução Francesa de cunho liberal, sustentava que o vocábulo ‘jurisprudência’ deveria ser banido da língua francesa, dizendo que “Num Estado que tem Constituição e legislação, a jurisprudência dos tribunais não pode ser outra coisa senão a própria lei” (Kelsen, 2003, p. IX).

*latoris* e exercer a função jurisdicional de forma politicamente “neutra”,<sup>10</sup> sem a possibilidade de aproximar-se da realidade social. O exercício da atividade jurisdicional encontrava rígidos limites, pois o juiz, em face de sua suposta neutralidade – inclusive política – e sujeito ao brocardo *quod non est in actis no est in mundo*, era quase um “escravo” da legislação escrita. Chaïm Perelman ensina que

Essa concepção implica que a lei fornece a solução de cada caso contencioso, que ela não comporta nem lacunas nem antinomias e que não dá azo à interpretação. O juiz, ao aplicar a lei, não tinha de perguntar-se se a solução era equitativa ou socialmente admitida, pois apenas o legislador tinha de decidir do justo e do injusto, do que era ou não era conforme ao interesse geral. Em caso de dúvida, supunha-se que o juiz recorria ao legislador (Perelman, 2000, p. 562).

Portanto, o Judiciário, no âmbito do Estado Liberal, era desprovido de senso crítico e não ostentava o *status* de órgão transformador da realidade social, capaz de realizar os anseios sociais e jurídicos dos cidadãos.<sup>11</sup> A função jurisdicional era exercida em caráter negativo, isto é, apenas para fins de proteção dos direitos individuais em face de eventuais arbitrariedades praticados pelo Estado.

## A jurisdição no Estado do Bem-Estar Social

O Estado do Bem-Estar Social (ou *Welfare State*) surgiu em um cenário de declínio da ideologia do liberalismo político, tendo em vista que a postura omissiva do Estado Liberal e o individualismo preponderante à época geraram desarmonia social. Práticas ocorridas durante a égide do Estado Liberal – tais como exploração da mão de obra infantil, imposição de jornadas de trabalho desumanas, deterioração das condições laborais, intensa concentração econômica e dominação do mercado pelo poder do capital (Leopoldino da Fonseca, 2004, p. 257) – serviram como cenário propício à eclosão da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e à inauguração da ideologia do constitucionalismo social.

Em linhas gerais, o Estado do Bem-Estar Social era caracterizado pela sua postura intervencionista, a

qual visava a realizar o bem comum em detrimento da vontade individual. Idealizado especialmente pela Constituição de Querétaro, no México (1917), e pela Constituição de Weimar, na Alemanha (1919), o *Welfare State* possuía caráter paternalista, uma vez que atuava por meio da formulação estatal de políticas públicas assistencialistas – tais como doação de cestas básicas e construção de aglomerados habitacionais populares – destinadas à redução das desigualdades sociais e das discrepâncias econômicas verificadas na sociedade (Carvalho Netto, 1999).

Na ideologia do constitucionalismo social, a esfera pública prevalecia sobre a ótica privada. O Estado do Bem-Estar Social, ao intervir incisivamente na esfera econômica com o fito de conformar a realidade social (Cattoni, 2002, p. 59), projetava as suas bases para a providência (*État providence*), exercendo uma técnica *promocional* de controle social (Cappelletti, 1993, p. 41).

Nesse contexto, o *Welfare State* tinha como objetivo a materialização do princípio da igualdade entre os membros que compunham o corpo social, com vistas à promoção do bem comum (Gomes Canotilho, 2003, p. 426ss.). O constitucionalismo social objetivava, portanto, a concretização de direitos de índole social que transcendessem a esfera jurídica unicamente individual (Miranda, 2000, p. 100).

Diante desse cenário, é possível constatar que a postura intervencionista do Estado do Bem-Estar Social acarretou no “agigantamento de uma Administração Pública prestacional” (Oliveira, 2010, p. 108). A própria natureza dos direitos sociais exigia, por parte do Estado, uma postura positiva na implementação de práticas públicas dirigidas à afirmação dos anseios da coletividade (Recaséns-Siches, 1978, p. 601).

Como decorrência do engrandecimento do papel do Estado na sua relação com a sociedade, pode-se dizer que, no *Welfare State*, a função executiva assumiu uma posição destacada. A Administração Pública, de maneira burocrática e planejadora, avocava “tarefas de provisão, de elaboração de infra-estrutura, de planejamento e de previsão de riscos, portanto, tarefas da regulação política em sentido amplo” (Habermas, 2003b, p. 174-175).

Entretanto, a superação gradativa da ideia da lei formal como fonte única e primária do Direito implicou o enfraquecimento da atividade do Legislativo. Antes preponderante sob a perspectiva do liberalismo

<sup>10</sup> No ponto, é interessante a observação de Álvaro Ricardo Cruz, quando diz que “A metáfora da justiça pela mulher vendada ilustra bem o quadro, pois a justiça deveria ser cega/neutra, ou seja, sem vontade própria” (Cruz, 2004, p. 73).

<sup>11</sup> Estefânia Maria Barboza diz que, sob a ótica liberal, “não importava ao judiciário se os interesses da sociedade eram atendidos ou não por suas decisões, o que interessava era que se aplicasse a lei, de forma mecânica, ao caso concreto. Nessa concepção, a jurisdição não era vista como um ato decorrente e aplicador da justiça, mas apenas, aplicador da lei” (Barboza, 2007, p. 139-141).

político, o Parlamento perdeu espaço em face de uma ampliação significativa da função jurisdicional (Sarmiento, 2009, p. 31-32).

Na ótica do constitucionalismo social, o papel do Judiciário ganhou relevo na medida em que a atividade jurisprudencial passou a ser enfatizada. A partir da abertura das possibilidades de interpretação judicial do conteúdo dos textos legislativos (Carvalho Netto, 1999, p. 480-481), os juízes e os tribunais judiciários se investiram da própria posição paternalista do Estado, na condição de indutores de políticas públicas e de condutores da jurisdição constitucional. Essa “burocratização do juiz” acabou “por igualar substancialmente a função judiciária à administrativa” (Picardi, 2008, p. 26), fazendo com que o magistrado interviesse ativamente nos programas e nas ações governamentais, com vistas a resguardar os interesses estatais e a tutelar as pautas éticas constitucionais.

Nessa linha de raciocínio, o Judiciário assumiu uma posição superlativa de protagonista social. Para Ingeborg Maus, a jurisdição era cultuada com traços de “veneração religiosa”, e o Judiciário era visto como o “superego da sociedade”, vale dizer, como o administrador público da moral e o guardião ético da virtude (Maus, 2010, p. 15-35).

Essa a razão por que, com a transição da ótica liberal para o constitucionalismo social, verificou-se a passagem do Estado de Leis (*Gesetzesstaat*) para o Estado de Juízes (*Richterstaat*), com a consequente diminuição da importância do Legislativo e a potencialização da função jurisdicional (Picardi, 2008, p. 3ss.). Ao juiz cabia a exclusividade na resolução dos conflitos de interesses – inclusive mediante uma “postura agressivamente legiferante” (Cruz, 2004, p. 224) –, sem que houvesse a possibilidade de interferência de instâncias não-jurisdicionais (Nunes, 2011, p. 107). Marcelo Cattoni resume o papel do Judiciário sob a perspectiva do constitucionalismo social:

Ao Poder Judiciário cabe, no exercício da função jurisdicional, aplicar o direito material vigente aos casos concretos submetidos à sua apreciação, de modo construtivo, buscando o sentido teleológico de um imenso ordenamento jurídico. Não se prendendo à literalidade da lei e à de uma enormidade de regulamentos administrativos ou a uma possível intenção do legislador, deve enfrentar os desafios de um Direito lacunoso, cheio de antinomias. E será exercida tal função através de procedimentos que muitas vezes fogem ao ordinário, nos quais deve ser levada mais em conta a eficácia da prestação ou tutela do que propriamente a certeza jurídico-processual-formal: no Estado Social, cabe ao juiz, enfim, no exercício

da função jurisdicional, uma tarefa densificadora e concretizadora do Direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade material, ‘a Justiça no caso concreto’ (Cattoni, 2002, p. 60-61).

Assim sendo, o Judiciário possuía uma posição preponderante, pois deveria efetivamente realizar a “Justiça no caso concreto”. Isso fez com que o exercício da jurisdição fosse alvo de abusos e arbitrariedades em nome do “justo” e de uma atuação destinada à proteção de uma Constituição entendida como uma “ordem concreta de valores”, isto é, como um “sistema de regras e de princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais [...], bem como de programas de fins, realizáveis no ‘limite do possível’” (Cattoni, 2002, p. 60).

Por conseguinte, no Estado do Bem-Estar Social, o sentido da jurisdição ainda não encontrara respaldo democrático. A sentença, então concebida como uma peça lógico-formal, encontrava guarida na prática jurídica fundada em uma ética axiológica de “intenções” (ou de “valores”) e pautada na crença de que a existência de leis, instituições e juízes, por si só, seria suficiente para a “realização da Justiça” (Cattoni, 2006).

Importante acentuar que, embora do ponto de vista teórico e ideológico o Estado Social tenha conferido ao Judiciário maior relevância política, o exercício da jurisdição permaneceu pautado por uma ética intencionalista (Cortina e Martínez, 2005), que desprezava as consequências sociais da aplicação da norma. A jurisdição ainda não fora capaz de deixar de aplicar determinada norma ou atribuir-lhe, construtivamente, um novo sentido de modo a fazê-la cumprir a sua função social. Esse contexto gerou a proliferação de textos legislativos e métodos interpretativos que culminaram em uma prática jurídica inefetiva e insuficiente para o atendimento das necessidades dos jurisdicionados.

E assim é que, posteriormente, tornou-se necessária a conformação cívica e democrática à função jurisdicional mediante a instituição do Estado Democrático de Direito. Isso porque o Direito, no âmbito do Estado Social, seguiu sendo aplicado com as mesmas técnicas jurídicas próprias do modelo “liberal-tecnicista-individual-positivista” do Estado Liberal.

Razões filosófico-epistemológicas fundamentam a associação de ambos os modelos de Estado – Social e Liberal – a um mesmo modelo de racionalidade, mas não serão desenvolvidas neste trabalho, por sua limitação temática. Por ora, é importante pontuar que a jurisdição exercida em ambos os modelos de Estado é adepta da racionalidade cientificista, típica da filosofia

da consciência<sup>12</sup> e da ética intencionalista, e a qual não mais encontra respaldo em um modelo democrático de Estado.

## A jurisdição no Estado Democrático de Direito

### Características gerais do Estado Democrático de Direito

Antes de adentrar no exame da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito, é preciso uma compreensão prévia acerca das principais características deste modelo estatal.

A ideia de um modelo democrático de Estado de Direito surgiu depois do término da Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Nessa época, o Estado do Bem-Estar Social passou a ser alvo de críticas e questionamentos, sobretudo diante da utilização desvirtuada da ideologia do constitucionalismo social para justificar determinadas atrocidades, dentre elas o aniquilamento da população soviética e os campos de concentração nazistas.

Entretantes, a comunidade jurídica global se uniu com o objetivo de universalizar os valores democráticos, iniciando um movimento de internacionalização dos direitos humanos mediante a edição de diversas Cartas Jurídicas de abrangência transnacional, direcionadas à proteção de direitos fundamentais mínimos para uma existência com dignidade (Jayme, 2005, p. 14-23).<sup>13</sup>

No Brasil, o Estado Democrático de Direito<sup>14</sup> foi inaugurado pela Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88), tendo sido concebido – ao menos

no plano teórico – como um Estado promotor de justiça social, idealmente apto a conjugar os valores do liberalismo e do constitucionalismo social<sup>15</sup> e “indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais” (Streck, 2009, p. 37).<sup>16</sup> José Afonso da Silva ressalta que

A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. [...] O certo, contudo, é que a Constituição de 1988 não promete a transição para o socialismo com o Estado Democrático de Direito, apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais, que ela inscreve, e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana. [...] A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social (Silva, 2003, p. 119-122).

Estruturalmente, o Estado Democrático de Direito, na busca de suas finalidades de promoção da justiça social e de proteção dos direitos e garantias fundamentais, é um modelo político-jurídico maleável, o qual visa a se adequar às cada vez mais complexas e emaranhadas relações sociais.<sup>17</sup> Pode-se dizer que um modelo democrático de Estado de Direito busca ser “líquido, diluído e fluido” e de “estrutura societária móvel” (in Fernandes e Pedron, 2008, p. xi).

<sup>12</sup> Álvaro Ricardo de Souza Cruz ensina que, “Em termos simplificados, a ‘filosofia da consciência’ supunha que o ser ciente era capaz de idealizar mentalmente qualquer objeto (maçã) ou conceito (Teorema de Pitágoras), permitindo-lhe ter uma perspectiva de suas características e elementos. Nesse contexto, a linguagem seria mero mecanismo de padronização/intermediação do sujeito com o objeto de sua análise. Assim, os signos/símbolos de uma linguagem falada ou escrita prestavam-se, exclusivamente, para operacionalizar esse processo mental. Era um mero elo de ligação entre a consciência humana e o fenômeno pesquisado” (Cruz, 2004, p. 143).

<sup>13</sup> Destaca-se, entre essas Cartas Jurídicas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Americana dos Direitos do Homem (ou Pacto de São José da Costa Rica, 1969) e as Diretrizes de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1977). Também é importante realçar a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, em substituição à extinta Liga das Nações, com o objetivo de promover a “pacificação mundial”.

<sup>14</sup> Quanto à terminologia, é importante destacar que a Constituição Espanhola cunha a nomenclatura Estado Social e Democrático de Direito (art. 10), enquanto a Constituição da República Portuguesa aduz em Estado de Direito Democrático (art. 2º). Já José Afonso da Silva prefere a expressão consagrada na Constituição brasileira, com o vocábulo ‘democrático’ qualificando o Estado, e não o contrário, “o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica” (Silva, 2003, p. 119).

<sup>15</sup> Exemplo que bem ilustra a síntese pretendida pelo Estado Democrático de Direito brasileiro é o art. 1º, IV, CRFB/88, que enumera como fundamentos da 14 Federativa do Brasil, concomitantemente, tanto a livre-iniciativa – que constitui postulado do paradigma liberal de Estado –, como os valores sociais do trabalho – típicos do Estado Social.

<sup>16</sup> Dada a importância da tutela das liberdades públicas e das garantias constitucionais, Eduardo Cambi diz que o atual Estado de Direito democrático pode ser chamado também de Estado de Direitos Fundamentais (Cambi, 2009, p. 24).

<sup>17</sup> Nesse sentido, Daniel Sarmento, ao discorrer sobre o Estado e os direitos fundamentais em um contexto que denomina de ‘pós-modernidade constitucional’, diz que “O direito pós-moderno pretende-se também mais flexível e adaptável às contingências do que o direito coercitivo e sancionatório, próprio da modernidade. No novo modelo, ao invés de impor ou proibir condutas, o Estado prefere negociar, induzir, incitar, comportamento, tornando-se mais ‘suave’ o seu direito (soft law). Fala-se em desregulamentação e deslegalização, partindo-se da premissa de que a intervenção normativa excessiva do Estado é perturbadora da harmonia nos subsistemas sociais. Prefere-se autoregulamentação e mercado à heteroregulamentação estatal. Na resolução de conflitos, avultam instrumentos substitutivos da Justiça como a arbitragem e a mediação. A separação entre Estado e sociedade civil, neste contexto, torna-se mais tênue e nebulosa do que nunca” (Sarmento, 2004, p. 409-410).

O Direito, nesse cenário, é considerado como “dúctil”, já que é flexível de acordo com as mutações da realidade social (Zagrebelsky, 2008).<sup>18</sup> Na sociedade, de caráter pluralista e multifacetário, há a possibilidade do compartilhamento intersubjetivo de atos e ideias entre os agentes sociais, bem como o respeito às diferenças pessoais e ideológicas (Silva, 2006, p. 327-331).

Dessarte, o Estado Democrático de Direito é aberto e dinâmico, razão pela qual tende a viabilizar o exercício de todos os projetos de vida que compõem a sociedade, inclusive os de minorias (Galuppo, 2001, p. 54). A participação ativa da sociedade civil organizada<sup>19</sup> adquire relevância na construção da mentalidade política e na tomada das decisões governamentais, consolidando o papel proativo do cidadão na defesa da cidadania e da democracia (Carvalho, 2006, p. 81).

Na esfera social, busca-se assegurar o livre espaço público<sup>20</sup> de debate entre os cidadãos, por meio da formação de um ambiente de diálogo que permita a expressão das livres opiniões dos atores sociais.<sup>21</sup> O caráter persuasivo e argumentativo da linguagem ganha importância para permitir que conflitos sejam resolvidos mediante o convencimento racional entre os debatedores. Nesse contexto de realização do consenso e do dissenso (Franco Bahia, 2004, p. 337), reconhecem-se “instâncias não estatais de regulação social e de arbitragem de conflitos” (Sarmiento, 2004, p. 403).

Com o fortalecimento das possibilidades de influência da opinião pública, há o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição (Häberle, 1997), a qual é considerada o locus de aplicação e de interpretação das normas jurídicas (Streck, 2009, p. 241). O Direito se reaproxima da Moral e da Filosofia, a partir do reconhecimento da força normativa de princípios constitucionais e da formação de uma teoria hermenêutica direcionada à proteção da dignidade da pessoa humana (Sarmiento, 2009, p. 31-32; Barroso, s.d.).

Anteriormente visualizados em apartada dicotomia, o espaço público e a esfera privada reciprocamente se amoldam e passam a formar esferas equiprimordiais

(Sarmiento, 2004, p. 403). A legitimidade da ordem jurídica se caracteriza quando assegura a autonomia cidadã na esfera público-política e a autonomia individual no campo privado, cuja garantia de exercício dessas autonomias ocorre mediante a institucionalização de canais dialógicos de participação na construção da cidadania e da democracia.

No Estado Democrático de Direito, a co-originariedade entre a autonomia pública/soberania popular e a autonomia privada/direitos fundamentais converge através de um processo de autolegislação democrática em que os cidadãos são simultaneamente destinatários e autores das normas jurídicas (Habermas, 2003a, p. 128-139). Para tanto, o processo de produção do Direito tem como fundamento um sistema democrático calcado no respeito à Constituição.

Traçadas as linhas gerais que caracterizam o Estado Democrático de Direito, passa-se agora ao estudo do fenômeno da “constitucionalização do Direito”, cuja importância é imprescindível para o exercício democrático da função jurisdicional.

### **Releitura da ordem jurídica conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito**

No Estado Democrático de Direito, a Constituição exerce papel decisivo, na medida em que condensa os fundamentos de um Estado cuja base está estruturada na defesa de direitos e garantias fundamentais. Ao mesmo tempo em que organiza o campo político, a Constituição regulamenta o âmbito público-privado, com o objetivo de integrar todas as esferas da sociedade civil em um espaço social cívico e democrático (Häberle, 1997, p. 33; Diniz, 2002, p. 181-182).

Entendida como a lei fundamental, a Constituição não só impõe limites ao exercício do poder estatal, como também representa o *locus* ou *topos* hermenêutico (Streck, 2009, p. 241), pois fornece os parâmetros para a

<sup>18</sup> De igual forma, Richard Bäumlín e Gomes Canotilho também defendem a abertura da Constituição à dinâmica da historicidade, ao devir temporal e à própria sociedade plural democrática, pois no Direito Constitucional, como um sistema aberto de normas, a Constituição passa de um *law in the books* para um *law in action*, para uma *living constitution* (Bäumlín, 1978, p. 83; Gomes Canotilho, 2003, p. 176 in Sampaio, 2004, p. 29).

<sup>19</sup> Jürgen Habermas aduz que a “sociedade civil” é formada “por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas” (Habermas, 2003b, p. 99).

<sup>20</sup> Jürgen Habermas conceitua a “esfera” ou o “espaço público” como “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana” (Habermas, 2003b, p. 92, destaques no original).

<sup>21</sup> Para Jürgen Habermas, “só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos” (Habermas, 2003b, p. 146).

releitura de toda a ordem jurídica sob a “lente da Constituição a fim de realizar os valores nela consagrados” (*filtragem constitucional*) (Barroso, 2009, p. 341-342). Consolida-se o fenômeno da *constitucionalização do Direito*, o qual, associado “a um efeito expansivo das normas constitucionais”, resulta em que todos os valores, fins públicos e comportamentos contemplados na Constituição “passam a condicionar a validade e o sentido” das normas jurídicas infraconstitucionais (Barroso, 2009, p. 341-342, 370-376).

A Constituição adquire *eficácia irradiante*, no sentido de que toda criação, interpretação e aplicação do Direito devem necessariamente se pautar pela absoluta observância das normas constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais (Sarlet, 2009, p. 142-151, 365-374). Tanto os poderes estatais como as forças privadas se vinculam à Constituição e, por conseguinte, ficam impedidos de negar vigência aos princípios e às regras constitucionais (Hesse, 1998, p. 276-277). O respeito às normas constitucionais constitui o vetor que atribui validade e legitimidade a todo o sistema normativo. A Constituição se coloca no “centro do sistema jurídico” e faz com que toda interpretação jurídica seja também uma interpretação constitucional (Barroso, s.d.).

Nesse cenário, a Constituição – assim como os direitos e as garantias fundamentais – adquire *força normativa* e passa a prever comandos jurídicos imperativos e vinculantes da ordem jurídica, e não apenas meras diretrizes de condutas humanas ou pautas de inspiração para a atuação do Legislativo.<sup>22</sup> Com a superação da visão da Constituição “como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos”, atribui-se à norma constitucional o *status* de norma jurídica, com todas as características de vinculatividade, obrigatoriedade e imperatividade daí decorrentes (Barroso, s.d.).

Com isso, opera-se o recrudescimento da jurisdição constitucional, uma vez que a Constituição é entendida como “autêntica norma jurídica” que atua como limite do exercício da função legiferante e como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis.

Lenio Streck, ao examinar a Constituição como o “fundamento de validade do sistema jurídico”, ensina que

*A Constituição constitui.* Um texto jurídico (leis, regulamentos, etc.) somente é válido se estiver em conformidade com a Constituição, que deve ser entendida em seu conjunto de valores principiológicos. A jurisdição constitucional, mais do que um mecanismo de controle dos poderes, é condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. O juiz tem o dever de aplicar a norma somente em seu sentido constitucional. Lamentavelmente, examinando a tradição jurídica brasileira, é possível constatar a existência de um certo fascínio em torno do Direito infraconstitucional, ao ponto de se adaptar a Constituição às leis ordinárias..., e não o contrário! *Enfim, continuamos a olhar o novo com os olhos do velho...* A Constituição – e tudo o que representa o constitucionalismo contemporâneo – ainda não atingiu o seu devido lugar no campo jurídico brasileiro (Streck, 2001, p. 251-252, destaques no original).

Emerge daí uma “justiça constitucional das liberdades”, cujo núcleo é a “proteção jurisdicional dos direitos fundamentais” (Cappelletti, 1993, p. 62), inclusive no que se refere às *relações entre particulares (eficácia horizontal)* (Sarmento, 2006). A tutela da dignidade da pessoa humana se converte em “núcleo axiológico constitucional” e em “valor jurídico fundamental do constitucionalismo contemporâneo” (Baracho, 2008, p. 103; Piovesan, 2005, p. 49-51),<sup>23</sup> baseado nos valores de *fraternidade e solidariedade*.

Assim sendo, a Constituição, além do seu *status* normativo, converte-se também em instrumento de transformação política, social e cultural, isto é, em ferramenta de realização dos princípios constitucionais, de defesa dos direitos e garantias fundamentais, de tutela da dignidade da pessoa humana, de redução das discrepâncias sociais e, por conseguinte, de concretização do princípio da igualdade e de promoção da justiça social (Silva, 2003, p. 119-121).

<sup>22</sup> Para Konrad Hesse, a Constituição se converte em força ativa se estiverem presentes, na consciência geral e, particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, que retrata a vontade de concretizar a realização das tarefas e condutas constitucionais, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*, que demanda a necessidade de compreensão da Constituição como uma ordem jurídica inquebrantável e que logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana (Hesse, 1991, p. 15-19).

<sup>23</sup> Luis Roberto Barroso aduz: “A dignidade da pessoa humana transformou-se em um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Dignidade significa, em primeiro lugar, o valor intrínseco da pessoa humana, que identifica sua posição diferenciada no mundo da criação e a distingue dos outros seres vivos e das coisas. As coisas têm preço, mas as pessoas têm dignidade, um valor que não tem preço. Da ideia de dignidade se extrai o postulado ético essencial enunciado por Kant: todo homem é um fim em si mesmo, e não um meio para a realização de metas coletivas ou projetos pessoais dos outros. Do valor intrínseco de cada pessoa decorrem os direitos fundamentais à vida, à igualdade e à integridade física e psíquica. Um segundo conteúdo da dignidade é a autonomia de cada indivíduo, que identifica sua capacidade de autodeterminação, o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. A autonomia privada se manifesta nas liberdades fundamentais, como a de religião, de expressão, de associação, de profissão e a liberdade sexual. A autonomia pública se exterioriza no direito de participação política, não apenas no processo eleitoral, mas também no debate público permanente nos meios de comunicação, nas entidades da sociedade civil e no movimento social. Pré-condição necessária para o exercício da autonomia é a satisfação do mínimo existencial. Para poder ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, a pessoa humana tem de viver sem privações e ter acesso a um mínimo de condições para uma vida digna, incluindo educação e saúde básicas, renda mínima e informação, dentre outras” (Barroso, 2011).

Portanto, o Estado Democrático de Direito – seja em virtude do seu caráter plural e argumentativo, seja em face da ampliação do leque de direitos e garantias fundamentais voltados à proteção da dignidade da pessoa humana – aponta a *democracia* como o seu pilar fundamental. A função do Direito – e, naturalmente, da Constituição – ultrapassa as fronteiras do Estado Liberal e do *Welfare State*, pois busca a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana ao agregar a democracia, a cidadania e o respeito aos direitos fundamentais como os seus alicerces (Streck, 2001, p. 251).

Nesse cenário, o próprio exercício da jurisdição passa por um processo de reformulação. A função jurisdicional, em um Estado Democrático de Direito, deve superar o caráter formalista do liberalismo político ou o viés superlativo do constitucionalismo social. Diferentemente, em uma democracia pautada no respeito aos direitos e garantias fundamentais, o papel do Judiciário vai além, pois se baseia em um duplo aspecto: a jurisdição não apenas retira a sua legitimidade da Constituição, como também se legitima na medida em que atua para a efetiva concretização das normas constitucionais.

### O sentido da jurisdição no Estado Democrático de Direito

Como ressaltado, um dos pilares do Estado Democrático de Direito é a necessidade de respeito e concretização dos princípios constitucionais. A consolidação da tutela da dignidade da pessoa humana como o “superprincípio constitucional” (Piovesan, 2005) unifica o sistema jurídico em torno do escopo de máxima efetivação dos direitos fundamentais.

A partir de uma relação orgânica com a ordem constitucional, os direitos fundamentais estruturam a legitimidade do exercício de qualquer poder democrático, seja na esfera dos livres espaços públicos e institucionalizados de comunicação, seja no campo privado da sociedade civil organizada (Fernandes e Pedron, 2008, p. 28). Os direitos e garantias fundamentais, “como pilar de sustentação de qualquer atividade humana”, integram e interagem com a democracia, a qual denota o respeito aos direitos fundamentais como alicerces de uma Constituição e de um processo – legislativo e jurisdicional – substancialmente democrático. A efetiva realização dos direitos fundamentais é requisito indeclinável para a

manifestação da soberania popular e da cidadania, como “único caminho seguro para a consolidação da democracia” (Cruz, 2001, p. 195-196, 242).

Nesse cenário, é reforçada e valorizada a atuação do Judiciário como instância de proteção e materialização de direitos e garantias fundamentais. O papel da jurisdição na garantia de proteção judicial dos direitos conecta os juízes à realidade social e eleva o processo jurisdicional a um instrumento de transformação do direito material debatido em juízo. Dentro desse enfoque, Fernando Gonzaga Jayme ensina que o art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) consagra a cláusula da *garantia de proteção judicial*, a qual engloba “o direito de acesso à justiça como meio para se obter, em tempo razoável, uma decisão jurisdicional eficaz, quando houver interesse em reparar lesões ou prevenir ameaças a direitos” (Jayme, 2008, p. 243).

Conforme ensina Luigi Paolo Comoglio, a “moderna *instrumentalidade* do processo” é caracterizada a partir de uma “*conotação deontológica*” e visa “a preservar não apenas os escopos e os perfis técnicos, mas também os *aspectos éticos* do procedimento judicial”. Essa instrumentalidade “exige que as garantias *formais* do processo nunca sejam os fins a si mesmos”, já que concorrem em um plano institucional para a obtenção “de resultados decisórios coerentes com os valores de *equidade substancial* e de *justiça procedimental*” consagrados em normas constitucionais e convenções internacionais. Para o autor, é justamente a incidência dos “*perfis ético-morais* e *deontológicos*” que faz do processo um “*instrumento* eficiente de progresso evolutivo do ordenamento constitucional e jurídico, não mais dominado por um rígido formalismo como um fim em si próprio ou pelas garantias puramente abstratas de *legalidade procedimental*” (Comoglio, 1998, p. 271-272, 320, tradução livre, destaques no original).

No Estado Democrático de Direito, portanto, a institucionalização de mecanismos de fortalecimento da atuação do Judiciário na proteção dos direitos e garantias fundamentais visa ao rompimento com “uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal – quase como a fonte exclusiva – do Direito, e não atribuída força normativa às constituições”.<sup>24</sup> A ideia de atribuição de uma eficácia irradiante às normas constitucionais supera a teoria do “positivismo legalista, centrado, única e

<sup>24</sup> Sarmento (2009, p. 34-35). Daniel Sarmento aduz ainda, em tom crítico, que “Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria” (2009, p. 43).

exclusivamente, na letra da lei, fechado ao exterior”, e que apresenta o Direito como objeto de uma ciência unidisciplinar (Tavares, 2009, p. 20-21).

Em um modelo democrático de Estado, a teoria e a prática jurídicas comportam sempre e necessariamente uma dimensão constitucional e multidisciplinar, contrária a uma concepção unidisciplinar predominante no modelo “tecnicista-individual-formal-positivista” dos Estados Liberal e Social. A noção da Constituição como um “sistema aberto de princípios e regras” atribui um papel central à necessidade de realização dos direitos fundamentais e da justiça substantiva, ao mesmo tempo em que a abertura constitucional “traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real” (Barroso, 2009, p. 330-334).

Como decorrência da ampliação do campo da interpretação jurídica, as normas constitucionais passam por um processo de abertura semântica cujo objetivo é possibilitar a evolução do texto constitucional e a adaptação às mutações sociais (Sarmiento, 2009, p. 31-32). A rejeição do culto ao formalismo busca suplantar a antiga mentalidade do sistema jurídico fechado a elementos externos, então predominante no positivismo, a partir da difusão de técnicas argumentativas adequadas da amplitude hermenêutica do Direito.

Nesse cenário, o magistrado – e nem qualquer outro jurista teórico ou de ofício – não se prende à estrita literalidade da lei em seu aspecto formalista ou tecnicista. De igual modo, o processo jurisdicional não é mais encarado como forma, e pela forma. É relevante, no Estado Democrático de Direito, que a jurisdição atue em prol da materialização de uma justiça não apenas formal, em termos de efetivação de direitos. A necessidade de tornar substantiva a proteção da esfera jurídica dos cidadãos demanda uma pronta resposta jurisdicional, a qual tenha como escopo efetivar a tutela do direito material de modo adequado e em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CRFB).

Dessa maneira, as liberdades públicas e os direitos constitucionais adquiridos ao longo da tradição

histórico-institucional das sociedades modernas conformam o exercício da jurisdição, tendo em vista que proventos jurisdicionais não podem implicar retrocesso no que tange à tutela das garantias fundamentais dos cidadãos. A necessidade de materialização da dignidade da pessoa humana – ou ao menos do *mínimo existencial*<sup>25</sup> – retrata a ideia do *entrenchment* (ou *entrenchment*) dos direitos fundamentais, isto é, a expressa proibição de retrocesso em termos de proteção e concretização dos direitos fundamentais.

De fato, o princípio da *proibição do retrocesso* (ou *non cliquet*) denota “a tutela jurídica do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, respaldada em uma legitimação social, evitando que possa haver um retrocesso, seja através de sua supressão normativa ou por intermédio da diminuição de suas prestações à coletividade”. A necessidade de preservação do conteúdo da Constituição aumenta a legitimidade da jurisdição na medida em que funciona como uma garantia de efetivação dos direitos fundamentais e, em última instância, como própria garantia de “eficácia ao ordenamento jurídico, dotando-o de segurança jurídica, o que faz com que as normas deixem de ter um papel retórico e possam ter uma concretude prática” (Agra, 2007, p. 24-26).

Nessa perspectiva, o conteúdo das decisões jurisdicionais deve necessariamente levar em consideração o escopo de materialização dos princípios constitucionais e das liberdades públicas. É ilegítimo qualquer ato decisório que suprima, em caráter definitivo, as garantias constitucionais historicamente conquistadas com o desenvolvimento do Direito, diante da necessidade de preservar direitos e interesses básicos dos indivíduos (Lorenzetti, 2009, p. 334-335).

O sentido da jurisdição no Estado Democrático de Direito é integrado ao objetivo de promoção, através da via jurisdicional, de substanciais avanços na proteção da esfera jurídica dos indivíduos e da sociedade. A proibição de retrocesso em termos de tutela de direitos fundamentais projeta-se para o conteúdo material das decisões judiciais,<sup>26</sup> como forma de impedir que sentenças resultem em violação à dignidade da pessoa humana

<sup>25</sup> Quanto à definição do que é o mínimo existencial, Ingo Sarlet e Giovanni Saavedra ressaltam que “o primeiro publicista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada” (Sarlet e Saavedra, 2011, p. 123). Contudo, atualmente, a doutrina mais autorizada ultrapassa o mero conceito material do mínimo existencial, atribuindo-lhe também uma perspectiva de mínima (e igualitária) inserção sociocultural e de participação política. Nesse sentido, Cláudio Neto entende que o conceito de mínimo existencial abrange não só a concretização das “condições materiais da autonomia privada”, como também as “condições para uma participação igualitária na vida pública” (Souza Neto, 2006, p. 324).

<sup>26</sup> Tradicionalmente, o princípio da vedação ao retrocesso é aplicado, apenas, nos casos de violação aos direitos fundamentais de caráter social, os quais demandam prestações materiais estatais para sua concretização (STF, ARE n. 639337, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15/09/2011). Contudo, no presente trabalho, defendemos a aplicação de referido princípio também em relação ao conteúdo das decisões judiciais, como forma de proteção do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais.

e à integridade dos direitos fundamentais.<sup>27</sup> O devido processo legal consiste em instrumento destinado não só à atuação do direito material, como também para possibilitar o “pleno desenvolvimento da pessoa humana” (Marinoni, 1996, p. 29). Fredie Didier Jr. resume a questão ao dizer que

Há, inegavelmente, um acúmulo histórico a respeito da compreensão do *devido processo legal* que não pode ser *ignorado*. Ao longo dos séculos, inúmeras foram as concretizações do devido processo legal que se incorporaram ao rol das garantias mínimas que estruturam o *devido processo*. Não é lícito, por exemplo, considerar *desnecessário* o contraditório ou a duração razoável do processo, direitos fundamentais inerentes ao *devido processo legal*. Nem será lícito retirar agora os direitos fundamentais já conquistados; vale, aqui, o princípio de hermenêutica constitucional que proíbe o *retrocesso* em tema de direitos fundamentais (Didier Jr., 2010, p. 43).

Assim sendo, a garantia de um conteúdo mínimo de direitos fundamentais é correlacionada ao dever de proteção estatal. Cabe ao Estado a *obrigação de proteção*, manifestada no momento em que o juiz profere uma decisão a respeito da tutela dos direitos fundamentais.

É certo, contudo, que a jurisdição “não é apenas uma forma de dar proteção aos direitos fundamentais, mas sim uma maneira de se conferir tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial”. Todavia, o exercício da jurisdição, não obstante o escopo de proteção de *qualquer* direito material, visa a tutelar um conteúdo mínimo de direitos fundamentais, os quais devem ser interpretados “em um sentido que lhes confira a maior efetividade possível”. E, nessa visão, “o processo civil também se constitui em mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, seja para evitar a violação ou o dano ao direito fundamental, seja para conferir-lhe o devido ressarcimento” (Marinoni, 2004, p. 187, 222-223).

Portanto, no Estado Democrático de Direito, a atividade jurisdicional se legitima não apenas em seu aspecto procedimental, em termos de observância de garantias formais do processo. A fundamentação democrática da jurisdição requer também que a atuação dos magistrados assegure a satisfação do direito material, a concretização dos princípios e dos direitos constitucionais e, de resto, a realização do projeto constitucional

da sociedade a que servem. Assim, a legitimação do provimento jurisdicional, na sua perspectiva contenciosística – e não apenas no seu aspecto formal/procedimental –, depende de sua aptidão para alcançar aquela tríplice função. Nestes termos, também se expressa Luiz Guilherme Marinoni:

A legitimação da jurisdição não pode ser alcançada apenas pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão. É que o contraditório e a adequação legitimam o processo como meio, porém não se prestam a permitir a identificação da decisão ou do resultado do processo, ou melhor, a garantir o ajuste da decisão aos compromissos do juiz com os conteúdos dos direitos fundamentais. O procedimento pode ser aberto à efetiva participação em contraditório e adequado ao procedimento material e, ainda assim, produzir uma decisão descompromissada com o conteúdo substancial das normas constitucionais. [...] Quando se frisa a observância do procedimento como critério para a legitimidade da decisão, pode-se estar negando a possibilidade de o juiz identificar o conteúdo substancial dos direitos fundamentais. Isso ocorre quando a identificação judicial do conteúdo material do direito fundamental é integralmente substituída pela participação no procedimento. Acontece que a participação não deve ser contraposta à proteção do conteúdo substancial dos direitos fundamentais como critério de legitimidade da decisão judicial. [...] A observância do procedimento ou a participação não são suficientes para conferir legitimidade à decisão. É preciso que a jurisdição tenha o poder de apontar para o fundamento material do direito fundamental para poder negar a lei que com ele se choca (Marinoni, 2006, p. 26-33).

De fato, a vinculação da jurisdição aos princípios constitucionais é essencial ao Estado Democrático de Direito, o qual atribui aos juízes o dever de guarda da força normativa da Constituição. O processo jurisdicional, como verdadeira “metodologia de garantia dos direitos fundamentais” (Baracho, 2008, p. 47), representa um “moderno veículo de diálogo entre o Estado e a sociedade” e um “canal de realização dos direitos fundamentais”, através da “participação democrática” das partes e da “presença ativa do juiz na condução da atividade probatória” (Melo, 2006).

<sup>27</sup> A teoria da integridade do Direito (*law as integrity*) foi desenvolvida por Ronald Dworkin e possui como elemento central a ideia de comunidade de princípios. Para o autor, o desenvolvimento jurídico busca a coerência principiológica, mediante a realização dos ideais de equidade (*fairness*), de justiça (*justice*) e de devido processo legal (*procedural due process*). A fim de aprofundar no tema, conferir: Dworkin (2007, 2001).

## Considerações finais

No Estado Democrático de Direito, a atividade jurisdicional subordina-se ao escopo político de promover a concretização de direitos fundamentais e a realização do projeto de sociedade inscrito na Constituição. Esta compreensão do papel da jurisdição estatal implica a necessidade urgente e emergente de uma teoria crítica da jurisdição estatal, de uma avaliação do estágio em que ela se encontra, nas suas dimensões política, cultural e operacional.

É possível dizer que, hoje, vive-se um momento de luta velada entre, de um lado, a propagação de uma teoria constitucional a favor de uma ideologia conservadora, a qual apregoa a permanência ou o retrocesso hermenêutico no estágio da consciência “liberal-tecnicista-formal-positivista”; e, de outro lado, a difusão das tendências emergentes no sentido da assimilação teórica e operacional do Direito na direção do novo constitucionalismo, de forma a assumir as suas consequências práticas. É justamente nesse contexto de tensão permanente que cabe a construção de uma nova “identidade constitucional” do Estado brasileiro – no sentido que Rosenfeld atribui a esta expressão – (Rosenfeld, 2003), e que acarreta repercussões em uma nova perspectiva de exercício da atividade jurisdicional.

Partindo dessas premissas, a presente investigação enfatiza a *historicidade* do conceito de jurisdição e a sua “relatividade histórica”, tendo em vista que “não se pode dar uma definição do conceito de jurisdição absoluta, válida para todos os tempos e para todos os povos” (Calamandrei, 1999, p. 96-97, 150-155). Isso quer dizer que, embora a jurisdição seja vista de determinada maneira nos Estados Liberal e Social, a evolução do conhecimento jurídico confere-lhe outra perspectiva no Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, percebe-se que, atualmente, o conceito clássico de jurisdição não mais se coaduna com a definição e a forma como a atividade jurisdicional deve ser exercida no Estado Democrático de Direito. Conforme proposto neste trabalho, o sentido contemporâneo de jurisdição abrange uma tríplice função, a saber: satisfação do direito material; concretização dos princípios e dos direitos constitucionais; e,

finalmente, a realização do projeto de sociedade estabelecido pela Constituição.

No entanto, as definições tradicionais sobre a jurisdição estão claramente desalinhadas com os objetivos do Estado Democrático de Direito e com o sentido contemporâneo de jurisdição oriundo deste novo modelo de Estado. Aliás, o próprio descompasso entre a cultura jurídica nacional e os novos horizontes hermenêuticos abertos pela evolução da teoria constitucional contemporânea, como reflexo de uma percepção inadequada em relação ao paradigma do Estado Democrático de Direito, tem raízes mais profundas na academia jurídica brasileira, a qual se encontra em um premente desafio de construir uma ciência jurídica capaz de dar conta desse desafio.<sup>28</sup>

De fato, conceitos clássicos de jurisdição como o “poder de atuar a vontade da lei no caso concreto” (Chiovenda, 1942, p. 73-74) ou a função do juiz de “dizer o direito” (*juris dicere*) (Llobregat, 2009, p. 40) mostram-se hoje ultrapassados e dissonantes de uma perspectiva que prima pela preponderância das normas constitucionais. É possível dizer que, tradicionalmente, a jurisdição ainda é compreendida com base em uma cultura “liberal-tecnicista-formal-positivista”, a qual, tendo como “contraponto a crença no equilíbrio entre os poderes e na separação entre o direito público e o direito privado”, concebe o juiz, “encarregado de aplicar normas gerais a casos concretos, como o guardião de um sistema jurídico tido como completo e sem contradições” (Faria e Lopes, 1999, p. 159-160).

Ora, afirmar que o juiz atua a “vontade concreta da lei” nada mais é do que restringir a sua atuação à literalidade da lei e desconsiderar a abertura semântica das normas constitucionais, o que, a nosso ver, significa conceber a jurisdição com base em ideais típicos do Estado Liberal. De igual maneira, atribuir à atividade jurisdicional a função exclusiva de “pacificação social” equivale a um retorno à definição anacrônica emergida no contexto do constitucionalismo social.

Na verdade, o Estado Democrático de Direito vincula a atividade jurisdicional, fundamentalmente, ao escopo de concretização de princípios constitucionais e direitos fundamentais, por meio da atuação de um Judiciário ativo, dinâmico e consciente de seu “papel central

<sup>28</sup> Criticando o ensino jurídico no Brasil, Calmon de Passos se posiciona: “Tão defeituoso e pernicioso quanto o que vem de ser dito é o sistema de recrutamento e aperfeiçoamento de nossa magistratura, no particular um mal que é extensível a todos os operadores do Direito, vale dizer, também aos advogados e aos membros do Ministério Público. Permitimos que jovens mal saídos de faculdades que lhes dão formação mais que deficiente de logo se habilitem aos cargos de magistrados, promotores, procuradores ou exerçam a advocacia e isso com a maior liberdade e sem qualquer restrição” (Passos, 1999, p. 114). Em sentido semelhante, Luiz Guilherme Marinoni aduz que “A problemática da organização judiciária [...] também tem a ver com a forma de recrutamento dos magistrados, repousando na questão do ensino jurídico, atualmente tão desprezado, com faculdades germinando em todos os cantos do país, onde a preocupação é muitas vezes nenhuma com o ensino, mas fundamentalmente com os lucros” (Marinoni, 1996, p. 52).

na arquitetura constitucional” (Carvalho Netto, 1999, p. 474-475) de agente transformador da realidade social. A pacificação social, nesse cenário, é a consequência do exercício de uma atividade jurisdicional empenhada em cumprir a Constituição e, com isso, realizar o projeto constitucional de sociedade.

Todavia, o Judiciário brasileiro, como constatado por Dalmo de Abreu Dallari no final do século XX, encontra-se historicamente preso a uma “tradição paralisante” e a um “processo de distanciamento” dos juízes em relação ao povo, “presente na linguagem rebuscada e no tratamento cerimonioso, falsamente respeitoso, previsto na própria legislação e que tem o efeito real de criar mais temor do que respeito”. Com isso, pode-se dizer que “o Brasil tem muitos bons juízes e não tem um bom Poder Judiciário” (Dallari, 1996, p. 77, 144-147).

Em outras palavras, boa parte do Judiciário nacional parece não ter compreendido, até o momento, a mudança paradigmática no conceito de jurisdição advinda com a inauguração e posterior consolidação do Estado Democrático de Direito. O apego do Judiciário a ritos e procedimentos formais, a aversão à atividade interpretativa no plano dos direitos fundamentais, a ilusão de uma atuação política e axiologicamente neutra e descritiva, dentre outros fatores, demonstram que o exercício da jurisdição ainda se encontra descompassado com a realidade democrática hoje vivenciada (Faria, 1998, p. 53, 95). De maneira similar, a resistência do Judiciário em absorver de forma dinâmica as sucessivas alterações políticas, sociais, culturais e tecnológicas faz com que o serviço público jurisdicional seja ineficiente, burocrático, formal e atrasado (Theodoro Junior, 2005, p. 68-71; Jayme, 2008, p. 240-241).

Portanto, mostra-se imprescindível que haja uma *reciclagem* da mentalidade e da cultura anacrônica perceptível em boa parcela do Judiciário brasileiro. É relevante delinear um novo papel democrático e cívico à magistratura, o qual atenda aos anseios e necessidades da população. Ao juiz cabe oferecer a prestação jurisdicional próxima da realidade social dos cidadãos e destinada à efetivação de benefícios práticos ao povo. É por isso que o magistrado, antes visto como um “poder quase ‘nulo’” no Estado Liberal, hoje está “alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo” (Sarmiento, 2009, p. 37).

Nessa perspectiva, a crescente movimentação da sociedade civil, cada vez mais engajada na busca judicial de suas pretensões, implica o fortalecimento do papel dos juízes na concreção dos direitos fundamentais, de modo a conferir, ao Judiciário, um importante papel de efetivação da Constituição e dos direitos fundamentais.

O exercício da função jurisdicional deve se destinar à tutela das liberdades públicas e da garantia de observância dos procedimentos democráticos de participação e de deliberação (Barroso, s.d.).

A rigor, um Judiciário independente e respaldado pelos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB) e do juízo natural (art. 5º, XXXVII, da CRFB) é essencial para o Estado Democrático de Direito. A democracia pressupõe a “existência de uma magistratura bem preparada para o desempenho da função, independente e responsável” (Passos, 1999, p. 117), dentro de um cenário de respeito à democracia e à cidadania.

Portanto, a redefinição e o conseqüente fortalecimento da jurisdição não significam conferir arbitrariedade ao julgador. Pelo contrário, o Estado Democrático de Direito visa a atribuir à jurisdição a finalidade de assegurar, às partes, um leque intangível de direitos e de garantias processuais fundamentais. A magistratura, como função estatal independente e imparcial, compete defender a legitimidade e a eficácia da ordem constitucional, de maneira a efetivar a possibilidade de realização da vontade popular (art. 1º, parágrafo único, da CRFB) (Bonavides, 2003, p. 68-71). A jurisdição, nessa linha, deve ser realizada *em função do povo*, isto é, em nome do povo e para o povo.

Enfim, no modelo democrático, o Judiciário está comprometido com a realização da ordem constitucional. A Constituição contempla e normatiza um *projeto de sociedade* no qual todas as instituições e instâncias estatais estão empenhadas na realização de princípios fundantes como a *democracia*, *cidadania*, *soberania popular*, *dignidade da pessoa humana* e *direitos e garantias fundamentais*.

Para tanto, compete aos juízes atuar de forma proativa e com ampla abertura ao diálogo com a sociedade. Cabe à magistratura assumir a sua “condição de participante ativa do processo de mudança social” (Dallari, 1996, p. 53), pautada em uma dimensão ética de responsabilidade social.

Nessa linha, a atuação da jurisdição, através do processo, está pautada em uma ética edificada no “conjunto dos valores fundamentais da civilização e da democracia” (Comoglio, 2004, p. 7, tradução livre). É justamente essa abordagem que visa a transformar o processo, de uma “*garantia de legalidade procedimental* (ou de *justiça formal*)”, em uma “*ampla garantia de justiça substancial*”, ou, em outras palavras, são os “*componentes equitativos* e os *perfis ético-deontológicos*” que permitem que a ideia de *devido processo legal* se converta na noção do *processo justo* (Comoglio, 1998, p. 270-271, 321, tradução livre, destaques no original).

Dessarte, o ideal de *justiça*, em um Estado Democrático de Direito, equivale a cumprir a Constituição. É possível afirmar que, no modelo democrático, a jurisdição atua para realizar a *justiça*, entendida esta como a materialização dos princípios constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais consagrados na ordem constitucional (Vasconcelos, 2014, p. 251 ss.).

## Referências

- AGRA, W. de M. 2007. O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: A.R. TAVARES (coord.), *Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte, Fórum, p. 23-41.
- BARACHO, J.A. de O. 2008. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte, Fórum, 882 p.
- BARACHO JUNIOR, J.A. de O. 1999. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte, Del Rey, 340 p.
- BARBOZA, E.M. de Q. 2007. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte, Fórum, 222 p.
- BARROSO, L.R. 2011. Democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos. In: Conferência Magna de Encerramento da XXI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Curitiba. Disponível em: [http://www.iabnacional.org.br/article.php?id\\_article=1660](http://www.iabnacional.org.br/article.php?id_article=1660).
- BARROSO, L.R. 2009. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 432 p.
- BARROSO, L.R. 2005. Neoliberalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.georgemilima.xpg.com.br/barroso.pdf>. Acesso em: 16/01/2015.
- BÄUMLIN, R. 1978. *Lebendige oder gebändigte Demokratie?* Basel, Z-Verlag, 143 p.
- BONAVIDES, P. 2003. O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. In: S.S. da CUNHA, E.R. GRAU (org.), *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo, Malheiros, p. 67-88.
- CALAMANDREI, P. 1999. *Direito Processual Civil: estudos sobre o Processo Civil*. Campinas, Bookseller, vol. 1, 333 p.
- CAMBI, E. 2009. *Neoliberalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo, RT, 527 p.
- CAPPELLETTI, M. 1993. *Juizes legisladores?* Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 134 p.
- CARVALHO, K.G. 2006. *Direito Constitucional*. 12ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1078 p.
- CARVALHO NETTO, M. de. 1999. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, 3:473-486.
- CATTONI, M. 2006. *Devido Processo Legislativo*. 2ª ed., Belo Horizonte, Mandamentos, 228 p.
- CATTONI, M. 2002. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 208 p.
- CHIOVENDA, G. 1942. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, vol. 1, 1323 p.
- COMOGLIO, L.P. 2004. *Etica e tecnica del 'giusto processo'*. Torino, G. Giappichelli Editore, 429 p.
- COMOGLIO, L.P. 1998. Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto). *Revista de Direito Comparado*, 2(2):95-150.
- CORTINA, A.; MARTÍNEZ, E. 2005. *Ética*. São Paulo, Loyola, 176 p.
- CRUZ, Á.R. de S. 2004. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte, Del Rey, 475 p.
- CRUZ, Á.R. de S. 2001. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: J.A.L. SAMPAIO; Á.R. de S. CRUZ (coord.), *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, p. 195-248.
- DALLARI, D. de A. 1996. *O poder dos juizes*. São Paulo, Saraiva, 163 p.
- DIDIER JR., F. 2010. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12ª ed., Salvador, Jus Podium, vol. 1, 618 p.
- DINIZ, M.A.V. 2002. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2ª ed., Belo Horizonte, Mandamentos, 294 p.
- DWORKIN, R. 2007. *O império do Direito*. 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 513 p.
- DWORKIN, R. 2000. *Uma questão de princípio*. São Paulo, Martins Fontes, 593 p.
- FARIA, J.E. 1998. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo, Malheiros, 155 p.
- FARIA, J.E. 1994. O modelo liberal de direito e Estado. In: J.E. FARIA (org.), *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. 2ª ed., São Paulo, Ática, p. 19-35.
- FARIA, J.E.; LOPES, J.R. de L. 1999. Pela democratização do judiciário. In: J.E. FARIA (org.), *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo, Ática, 205 p.
- FERNANDES, B.G.; PEDRON, F.Q. 2008. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 306 p.
- FERRAZ JUNIOR, T.S. 2004. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo, Atlas, 370 p.
- FRANCO BAHIA, A.G.M. 2004. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: M.A. CATTONI DE OLIVEIRA (coord.), *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, p. 301-357.
- GALUPPO, M.C. 2001. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: J.A. LEITE SAMPAIO, Á.R. de S. CRUZ (coord.), *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, p. 47-65.
- GOMES CANOTILHO, J.J. 2003. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra, Almedina, 1522 p.
- GOYARD-FABRE, S. 1999. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo, Martins Fontes, 526 p.
- HÄBERLE, P. 1997. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 55 p.
- HABERMAS, J. 2003a. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, vol. I, 356 p.
- HABERMAS, J. 2003b. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, vol. II, 352 p.
- HERKENHOFF, J.B. 2002. *Como aplicar o direito*. 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 179 p.
- HESSE, K. 1991. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 34 p.
- HESSE, K. 1998. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 576 p.
- JAYME, F.G. 2005. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte, Del Rey, 200 p.
- JAYME, F.G. 2008. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: F.G. JAYME, J.C. de FARIA, M.T. LAUAR (coord.), *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte, Del Rey, p. 235-257.
- KELSEN, H. 2003. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Martins Fontes, 319 p.
- KUHN, T.S. 2007. *A Estrutura das revoluções científicas*. 9ª ed., São Paulo, Perspectiva, 260 p.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, J.B. 2004. *Direito Econômico*. 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 334 p.
- LLOBREGAT, J.G. 2009. *Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos*

- constitucionales del Derecho Procesal. Pamplona, Thomson Reuters, 328 p.
- LORENZETTI, R.L. 2009. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 395 p.
- MARINONI, L.G. 2006. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *Revista dos Tribunais*, **95**(852): 11-37.
- MARINONI, L.G. 1996. *Novas linhas do processo civil*. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 167 p.
- MARINONI, L.G. 2004. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 701 p.
- MAUS, I. 2010. *O Judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 334 p.
- MAXIMILIANO, C. 1998. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 426 p.
- MELO, G. de M. 2006. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. Disponível em: <http://www.ibds.com.br/artigos/OACESSOADEQUADOAJUSTICANAPERSPECTIVADOJUSTOPROCESSO.pdf>. Acesso em: 16/01/2015.
- MIRANDA, J. 2000. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, t. IV, 563 p.
- MONTESQUIEU, C. de S. 2000. *O espírito das leis*. São Paulo, Martins Fontes, 851 p.
- MORIN, E. 2010. *Ciência com consciência*. 14ª ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 344 p.
- NUNES, D.J.C. 2011. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba, Juruá, 281 p.
- OLIVEIRA, F.F. de. 2010. *Direito Tributário e Direitos Fundamentais: uma revisão do princípio da tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Arraes, 258 p.
- PAINE, T. 1993. *The Age of Reason*. New Jersey, Library of Freedom, 155 p.
- PASSOS, J.J.C. de. 1999. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro, Forense, 138 p.
- PELAYO, M.H. 2007. *Teoría general de la interpretación*. México, Porrúa, 554 p.
- PERELMAN, C. 2000. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 722 p.
- PICARDI, N. 2008. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro, Forense, 155 p.
- PIOVESAN, F. 2005. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. *Revista dos Tribunais*, **94**(833):41-53.
- RECASENS-SICHES, L. 1978. *Tratado general de filosofía del derecho*. 6ª ed., México, Porrúa, 717 p.
- ROSENFELD, M. 2003. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 115 p.
- SAMPAIO, J.A.L. 2004. Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional. In: J.A.L. SAMPAIO (coord.), *Crises e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte, Del Rey, p. 3-54.
- SARLET, I.W. 2009. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 493 p.
- SARLET, I.W.; SAAVEDRA, G.A. 2011. *Constitucionalismo e democracia: breves notas sobre a garantia do mínimo existencial e os limites materiais de atuação do legislador, com destaque para o caso da Alemanha*. In: F. MACHADO; M. CATTONI (coord.), *Constituição e Processo: entre o Direito e a Política*. Belo Horizonte, Fórum, p. 111-138.
- SARMENTO, D. 2006. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 362 p.
- SARMENTO, D. 2009. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: M. NOVELINO (org.), *Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador, Jus Podivm, p. 31-68.
- SARMENTO, D. 2004. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?). In: J.A.L. SAMPAIO (org.), *Crises e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte, Del Rey, p. 375-414.
- SILVA, J.A. da. 2003. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 878 p.
- SILVA, O.A.B. 2006. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: Direito, Estado e Democracia – entre a (in)efetividade e o imaginário social*, **4**:323-352.
- SOUSA GUSTIN, M.B. de; FONSECA DIAS, M.T. 2002. (Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. Belo Horizonte, Del Rey, 237 p.
- SOUZA NETO, C.P. 2006. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: L.R. BARROSO (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, p. 285-325.
- STRECK, L.L. 2009. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 264 p.
- STRECK, L.L. 2001. Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da Constituição brasileira. In: J.A. LEITE SAMPAIO; Á.R. de S. CRUZ (coord.), *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, p. 249-294.
- TAVARES, A.R. 2009. Abertura epistêmica do Direito Constitucional. In: M. NOVELINO (org.), *Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador, Jus Podivm, p. 13-29.
- THEODORO JUNIOR, H. 2005. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*, **30**(125):61-78.
- VASCONCELOS, A.G. de. 2014. *Pressupostos filosóficos e político-constitucionais para a aplicação do princípio da democracia integral e da ética de responsabilidade na organização do trabalho e na administração da justiça: o sistema Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista*. São Paulo, LTr, 451 p.
- ZAGREBELSKY, G. 2008. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. 8ª ed., Madrid, Trotta, 156 p.

Submetido: 06/10/2015

Aceito: 14/03/2016