

A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE CIDADANIA POR MEIO DA EFETIVA TUTELA JURISDICIONAL COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Márcio Luís de Oliveira

*O que realmente significa dizer que uma
ordem social é justa?*

*Significa que essa ordem regula a conduta dos homens de
modo satisfatório a todos, ou seja, que todos os homens
encontram nela a sua felicidade.*

*O anseio por justiça é o eterno anseio do
homem pela felicidade.*

*É a felicidade que o homem não pode encontrar como
indivíduo isolado e que, portanto, procura em sociedade.*

A justiça é a felicidade social.

Hans Kelsen.

Sumário

1. Introdução. 2. Cidadania. 2.1. Conceitos clássicos. 2.2. Cidadania e nacionalidade. 2.3. Cidadania e direitos políticos. 3. Funções do Estado. 3.1. Funções do Estado e poderes do Estado. 3.2. Teoria kelseniana. 3.2.1. Supra-infra-ordenação. 3.2.2. Criação e aplicação do direito – dicotomia das funções. 3.3. Tripartição das funções. 4. Jurisdição. 4.1. Função legislativa e função jurisdicional. 4.2. função administrativa e função jurisdicional. 4.3. Função jurisdicional – conceito. 5. Estado democrático de direito. 6. Cidadania, jurisdição e Estado democrático de direito. 7. Considerações finais. 8. Fontes bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia é fruto de um estudo e de uma reflexão que se iniciaram nas aulas de Direito Político, e por incentivo direto do Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho. Não tem, portanto, nenhuma pretensão de esgotar o tema abordado, mesmo porque o objeto em questão, por si só, é digno de uma dissertação de mestrado ou de uma tese de doutoramento.

Buscou-se, apenas, analisar sucintamente alguns dos mais diversos conteúdos que a palavra *cidadania* vem comportando ao longo do processo histórico. Além disso, demonstrou-se a intrínseca relação que o estudo clássico da cidadania possui com a condição da nacionalidade e com o exercício dos direitos de cunho político.

O item 2 tratou das funções do Estado, para que se pudesse, ao final do item seguinte, compreender o fenômeno da jurisdicionalidade como um fim primordial do Estado contemporâneo. Nesse sentido, compararam-se as três funções estatais num âmbito genérico e, de forma mais específica, na Teoria Kelseniana.

No item 3, relatou-se, de forma concisa, a evolução do Estado Democrático de Direito e suas implicações no que concerne à participação do Poder Público na promoção da dignidade do ser humano. Constatou-se que a concepção sobre os fins do Estado, na atual conjuntura histórica, tem ultrapassado as fronteiras das nacionalidades para abarcar a pessoa humana.

Para concluir, buscou-se uma relação sobre a ampliação do conceito de cidadania por meio de uma efetiva tutela jurisdicional como um dos pressupostos básicos do Estado Democrático de Direito. Daí decorre a razão de ser do tema escolhido, ou seja, a proteção e a concretização dos direitos do homem por intermédio de uma jurisdição eficiente e que tenha como objetivo ampliar e promover o *status de cidadão*.

2 CIDADANIA

O termo cidadania congrega uma pluralidade de significados. Ao longo dos séculos, o seu conteúdo axiológico sofreu nuances significativas nas mais diversas culturas.

Observa-se, entretanto, que o alcance do termo vem adquirindo contornos cada vez menos definidos. Este fenômeno é consequência direta da evolução dos

povos, pois o desenvolvimento político, social e econômico tem feito com que o *status* decorrente da cidadania se estenda para abarcar as mais variadas dimensões humanas refletidas na sociedade atual.

Se a palavra cidadania tinha em sua origem uma conotação política e jurídica, hoje sua significação transcende a esfera do vínculo estatal, abrangendo, sobretudo, a pessoa humana; se o seu efeito era de cunho meramente formal, atualmente ele atinge parâmetros de sobrevivência e de dignidade do homem; se antes o elo da cidadania ficava adstrito a uma dimensão geopolítica, no milênio que se aproxima ele ultrapassa as fronteiras nacionais e se constitui numa realidade global.

O exercício da cidadania é, no tempo presente, muito mais do que o gozo de determinados direitos e o dever que provém de certas obrigações. Pode-se dizer que, na atual conjuntura, a efetividade da cidadania é a própria manutenção da vida humana.

2.1 Conceitos clássicos

Como já dito anteriormente, o vocábulo cidadania comporta inúmeros conceitos e conteúdos, segundo variados critérios.

Em sua acepção popular, ou comum, a cidadania se confunde com a residência num determinado país. Dessa condição de residência derivam-se os direitos civis e fundamentais da pessoa humana. Muitas são as vezes, entretanto, em que a concepção popular de cidadania se resume tão-somente aos direitos políticos de votar e de ser votado.

No campo da Ciência Política, o conceito de cidadania passa pela relação da pessoa humana com um determinado Estado:

“Em ciência política, cidadania pode ser definida: 1. como o estatuto que rege a relação entre a pessoa natural e o Estado, pelo qual a pessoa deve a este obediência e aquele dispensa proteção; 2. como o estatuto que regula a vida do indivíduo em sociedade, estatuto fixado por lei e baseado no princípio de igualdade.”¹

1 ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos sociais na Constituição e outros estudos*, p. 184.

No que tange à sociologia e à política social, a idéia de cidadania está presente na participação ativa do indivíduo na sociedade da qual ele faz parte. Neste ponto, o relato do Prof. Romita ilustra bem a questão:

“Em política social e em sociologia, o termo cidadania é utilizado em sentido mais amplo. Esse emprego pode ser sintetizado numa frase de C. S. Loch: ‘A indigência é a inimiga social do Estado moderno. O Estado necessita de cidadãos.’ O conceito passa a fundamentar a atividade primordial do Estado, a saber, impor o império da lei e submeter todos os súditos, inclusive seus próprios funcionários, a uma soberania impessoal. Observa-se uma evolução do conceito de cidadania, em face da mudança da concepção de direitos e deveres sociais, a ponto de se afirmar que a idéia de cidadania apresenta dois aspectos: 1. todo cidadão tem o direito de ser consultado sobre a direção da sociedade política e o dever de contribuir com algo para esse método de convivência em sociedade; 2. inversamente, o cidadão que tem o direito de ser consultado tem o dever de aceitar os resultados da consulta. A moderna cidadania não é encarada apenas como atributo inerente ao exercício dos direitos políticos, mas passa, a partir do exercício desses direitos, para os direitos sociais.”²

Já sob a ótica do Direito Público clássico, a cidadania está intimamente relacionada à questão da nacionalidade e dos direitos políticos que dela advêm. Assim sendo, ela se constitui num vínculo jurídico que une o Estado ao seu nacional, do qual decorrem direitos e deveres tanto para aquele quanto para este. A natureza desses direitos se assenta principalmente na vida política e civil dos cidadãos:

“A cidadania (o *status civitatis* dos romanos) é o vínculo jurídico-político que, traduzindo a pertinência de um indivíduo a um Estado, o constitui perante este num particular conjunto de direitos e obrigações. Mais do que a mera ligação de um indivíduo a uma entidade sociológica, como a nação – ligação esta sempre difícil de estabelecer dada a dificuldade da selecção e escolha dos elementos para o efeito atendíveis (entre outros, lembre-se a

2 ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos sociais na Constituição e outros estudos*, p. 184.

comunidade de origens, de cultura ou de destino político e o sentimento de pertinência a um mesmo povo) – , a cidadania exprime assim um vínculo de carácter jurídico entre um indivíduo e uma entidade política: o Estado. Tal vínculo assume para o Estado importância fundamental, na medida em que é através dele que se define um dos seus elementos estruturantes – a população ou povo estadual; mas do mesmo modo é ele importante para os indivíduos, pois constitui o seu estatuto jurídico fundamental e primário – a matriz de onde decorrem os seus direitos face ao Estado (inclusive o de participar constitutivamente na formação da vontade soberana deste último) e as suas obrigações perante ele (*maxime* aquelas a que apenas os membros da população estadual estão adstritos – como a do serviço militar).”³

Entretanto, o alcance jurídico do conceito de cidadania tem-se ampliado ultimamente para comportar também os direitos sociais e económicos, além, é claro, dos direitos fundamentais, civis e políticos.

Já na esfera da comunidade internacional, e mais especificamente no Direito Internacional clássico, a cidadania se mantém vinculada ao problema da nacionalidade, que é uma questão central deste ramo da Ciência Jurídica. Atualmente, porém, o seu conteúdo de se expande de tal forma que já tem abarcado a própria idéia de dignidade humana, fazendo que da concepção de cidadania surjam reflexos que a conectem com a preservação do Planeta e da vida humana.

Não se pode também deixar de relatar que, com a globalização da economia mundial e o surgimento de ordens jurídicas supraestatais, ou supra-nacionais, com o intuito de promover maior e melhor desenvolvimento económico, o conceito clássico de cidadania vem sofrendo uma alteração profunda a nível dos Direitos Constitucional e Internacional.

2.2 Cidadania e nacionalidade

As normas jurídicas que cercam a idéia de nacionalidade estão muito presas à concepção de um Estado-Nacional, ou seja, a de que num dado território e sob o

3 Pólis. ENCICLOPÉDIA Verbo da Sociedade e do Estado; antropologia, direito, economia, ciência política. Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa (R. M. Moura Ramos). São Paulo: Editorial Verbo, 1983, v. 1, p. 825-826.

poder institucionalizado e soberano de um governo vivam as pessoas que tenham entre si valores sociais, políticos, econômicos, religiosos e culturais semelhantes.

Com o advento, porém, de uma nova realidade conjuntural na relação entre os diversos Estados componentes da comunidade internacional, em que a idéia de *nação* e de soberania política tem cedido lugar às necessidades e contingências histórico-econômicas, não só o critério de nacionalidade vai aos poucos transcendendo sua originária conceituação, como também o conteúdo axiológico do termo *cidadania* vai-se desvinculando do contexto de *nação* para alcançar uma realidade humana completamente distinta daquela que herdamos no estudo clássico da sociedade.

Do que se relatou acima, pode-se inferir o quanto o conceito de cidadania ainda depende do regime jurídico da nacionalidade, que é um critério variável de acordo com cada Estado.

Nesse sentido, para se compreender o que por enquanto prevalece sobre o conceito de cidadania, faz-se necessário discorrer a respeito do termo nacionalidade:

“Em face do Estado todo indivíduo ou é nacional ou é estrangeiro. É que a nacionalidade representa um vínculo jurídico que designa quais são as pessoas que fazem parte da sociedade política estatal. Ao conjunto dessas pessoas chama-se povo, o que não deve ser confundido com população, que é um conceito meramente demográfico, designativo do número de habitantes de um dado território, num determinado momento.

.....
São portanto nacionais de um Estado aqueles que o seu direito define como tais. É uma situação jurídica e não uma mera situação de fato.

É interessante notar que o Estado é livre e soberano para adotar os critérios que preferir para a outorga da nacionalidade. As práticas adotadas pelos outros Estados não se traduzem em coerção para que o Estado exerça uma ou outra opção.

O direito positivo de cada Estado é o componente para conferir a nacionalidade, o que é feito em função da adoção de diferentes critérios. Basicamente, podem ser resumidos a dois. O primeiro se funda no princípio de que será nacional todo aquele que for filho de nacionais (*ius sanguinis*). O segundo determina serem nacionais todos aqueles nascidos em seu território (*ius solis*). Constata-se, pois, que são regimes de inspiração muito diversa, uma vez que um leva em conta a paternidade, ou seja, a nacionalida-

de dos pais, enquanto o outro parte do critério da territorialidade, vale dizer, ao lugar do nascimento.”⁴

No caso específico do Brasil, as condições jurídicas para a aquisição da cidadania brasileira estão previstas em nossa Constituição Federal, no art. 12. Aqui prevalece como critério básico o do *ius solis*, e o *ius sanguinis* serve apenas como presunção a favor de um filho de brasileiro nascido no exterior, pois faz-se necessária a sua residência no Brasil e a opção pela nacionalidade brasileira.

Como mencionado anteriormente, na medida em que as atenções dos governos e das demais entidades públicas e privadas se voltam para um desenvolvimento econômico sustentável e com melhor condição de vida para as sociedades do mundo, o conceito de cidadania irá, com certeza, desvincular-se do critério da nacionalidade para conter, em todas as dimensões possíveis, os valores da dignidade humana, independentemente de qualquer formalismo jurídico ou contexto ideológico vigentes entre os mais distintos povos da Terra.

2.3 Cidadania e direitos políticos

Não raramente, o conceito de cidadania se confunde com os chamados direitos políticos. Embora mantenham um estreito vínculo jurídico-político, não se pode identificar o conteúdo de um com o conteúdo do outro, porque a cidadania, em seu conceito tradicional, é pressuposto para o exercício dos direitos de cunho político.

Os direitos políticos constituem um conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício da soberania popular no regime representativo de governo. Em seu sentido mais estrito, tratam da capacidade de votar e de ser votado; em seu sentido mais amplo, podem abarcar uma série de outros direitos de participação no governo e de atuação no contexto político-social, tais como: iniciativa popular na elaboração das leis e emendas constitucionais, plebiscito, referendo, veto popular, *recall*, filiação e constituição partidárias, ações eleitorais, etc.

Percebe-se, pois, que os chamados *direitos políticos* formam um ramo do direito público que mantém uma estreitíssima relação com o Direito Constitucio-

4 BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, p. 547-549.

nal, posto que trata do exercício da soberania popular segundo a essência e as nuances do regime de governo adotado pelo poder constituinte.

“O regime representativo desenvolveu técnicas destinadas a efetivar a designação dos representantes do povo nos órgãos governamentais. A princípio essas técnicas aplicavam-se empiricamente nas épocas em que o povo deveria proceder à escolha dos seus representantes. Aos poucos, porém, certos modos de proceder foram transformando-se em regras, que o direito positivo sancionara como normas de agir. Assim, o direito democrático de participação do povo no governo, por seus representantes, acabara exigindo a formação de um conjunto de normas legais permanentes, que recebera a denominação de *direitos políticos*.”⁵

Por outro lado, a cidadania ainda continua sendo o pressuposto básico para a titularidade dos direitos políticos. Isto ocorre porque a concepção jurídica da cidadania é por demais limitada à faculdade ou ao dever que o indivíduo ou o nacional tem de atuar na vida política e no governo de seu país. Entretanto, a ampliação do conceito de cidadania para além daquele centrado apenas na soberania popular será um fator de grande importância para a concretização do Estado Democrático de Direito.

José Afonso da Silva, ao escrever sobre os *fundamentos do Estado brasileiro*, demonstra com bastante clareza esta ampliação do conceito de cidadania:

“O Estado brasileiro, segundo o art. 1º, tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

.....
A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento dos indivíduos como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de *soberania*

5 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 304.

popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático.”⁶

3 FUNÇÕES DO ESTADO

O termo função também é polissêmico. Quando se trata, porém, de funções do Estado, está se referindo às atividades que este realiza na consecução de seus fins, ou seja, as atribuições ou tarefas que lhe cabem exercer em consequência direta do poder que lhe foi delegado pelo povo.

Assim, o exercício das chamadas *funções do Estado* visa tornar concretos o bem-estar e a felicidade das pessoas que vivem no âmbito de seu território.

3.1 Funções do Estado e poderes do Estado

As *funções* do Estado não se confundem de forma alguma com os *poderes* do Estado. Enquanto as funções ou atividades do Estado estão intimamente relacionadas à consecução das finalidades para as quais ele existe, os poderes do Estado são, na realidade, uma tricotomia decorrente da própria soberania do Estado, que é una e tem como objetivo primordial o controle e a racionalização no exercício de seu poder político por meio de órgãos especializados.

Por uma contingência histórica, as funções do Estado foram repartidas entre os chamados poderes do Estado, porém, o poder é único, mas exercido de forma tridimensional pelos órgãos juridicamente competentes.

José Alfredo de Oliveira Baracho faz a seguinte observação quanto às funções e aos poderes do Estado:

“O exame da teoria das funções do Estado vem, geralmente, precedido do conhecimento da teoria da separação de poderes, da qual deriva a primeira. A divisão de poderes, vista como uma teoria política necessária para comba-

6 SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 95-96.

ter o absolutismo e estabelecer um governo de garantias [...] tornou-se princípio básico da organização dos Estados constitucionais democráticos.

O Estado realiza-se por meio de um conjunto de atos, tarefas e atividades em geral, que se assentam na legislação positiva, conseguindo, dessa maneira, promover seus fins.

Para que possa realizar estes fins essenciais, o Estado deve constituir-se mediante um sistema de órgãos, através dos quais manifesta vontade e exerce funções.

De maneira geral, ocorre a coincidência do caráter formal com o caráter material das funções. As funções que materialmente têm a natureza legislativa, administrativa e judicial correspondem aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Existem oportunidades em que essa situação não é acolhida.⁷⁷

Já que o Estado se faz materialmente visível e dinâmico por meio da ordem jurídica que o consubstancia, as funções do Estado se concentram na gênese e na execução do Direito:

“O Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins por meio de três funções em que se reparte a sua atividade: *legislação*, *administração* e *jurisdição*. A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. *Legislar* (editar o direito positivo), *administrar* (aplicar a lei de ofício) e *julgar* (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Enquanto o conceito da função legislativa decorre facilmente do contraste entre os fenômenos de formação do direito e os de realização, o mesmo não sucede com o das funções administrativa e jurisdicional. Constitui um delica-

do problema doutrinário fixar para cada uma destas o conceito específico, pois que ambas, se prendendo à fase de realização do direito, identificam-se como funções de execução. Assim, faz-se necessário estabelecer o feitiço peculiar da interferência de cada uma delas nos fenômenos executivos, distinguindo-as entre si como espécies do gênero *funções de execução*.⁷⁸

3.2 Teoria kelseniana

Em sua *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen trata a questão das funções do Estado sob o ângulo da criação e da aplicação do Direito. Isto se dá porque a sua teoria é de natureza monista, ou seja, identifica o fenômeno jurídico com a própria existência e realidade do Estado.

Para se compreender as funções do Estado na visão de Kelsen, é necessária uma abordagem acerca do que o autor compreende por *supra-infra-ordenação*, criação e aplicação da norma jurídica.

3.2.1 Supra-infra-ordenação

Constituindo-se a ordem jurídica num sistema escalonado de normas, no qual uma norma encontra sua validade em outra imediatamente superior e anterior, constata-se que a unidade da ordem jurídica, que em última instância é a sua norma fundamental, passa, necessariamente, por uma relação gradativa entre as normas que a compõem.

Essa gradação normativa, melhor dizendo, o vínculo de dependência de uma norma imediatamente inferior a uma norma imediatamente superior na escala hierárquica das normas, foi denominada por Kelsen como *supra-infra-ordenação*, conforme segue o seu relato:

“Por várias vezes se fez notar a particularidade que possui o Direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se de forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas também é possível que seja determinado ainda – em certa medida – o conteú-

7 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*, p. 61-63.

8 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 2-4.

do da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.”⁹

3.2.2 Criação e aplicação do Direito – dicotomia das funções

Kelsen compreende o processo jurídico como aquele que vai da pressuposição da norma fundamental à execução do ato coercitivo. Entre estes dois pontos extremos de uma ordem jurídica se dá todo o fenômeno de criação e aplicação da norma.

O primeiro ponto-limite, o da pressuposição da norma fundamental, é tido pelo autor como um momento de criação absoluta da norma, e nada mais. Já o segundo ponto-limite, o da execução do ato coercitivo, é considerado tão-somente como ato de pura aplicação da norma.

Entretanto, entre estes dois pontos extremos do processo jurídico, todo e qualquer ato de criação de uma norma é simultaneamente um ato de aplicação de uma outra norma. Este fenômeno identificado por Kelsen tem como base a supra-

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 246-247.

infra-ordenação do sistema jurídico, que encontra, por sua vez, uma justificativa epistemológica na validade das normas, conforme já abordado acima.

A análise do autor é bastante simples quanto a esta questão doutrinária. Se uma norma inferior encontra sua validade numa norma que lhe é imediatamente anterior e superior, quando a norma hierarquicamente superior é aplicada ocorre a criação de uma norma hierarquicamente inferior.

Conclui-se, portanto, que muito embora a criação de uma norma inferior coincida com a aplicação de uma outra norma que lhe é superior, os dois fenômenos jamais se confundem, posto que são fases distintas da realidade jurídica.

Com muita clareza, Kelsen descreve o processo jurídico:

“Como já anteriormente verificamos, uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com uma outra norma desta ordem jurídica. Por esta via, somos reconduzidos finalmente à norma fundamental, que já não é estabelecida de conformidade com a determinação de uma outra norma e que, portanto, tem de ser pressuposta.

.....
Uma norma que regula a produção de outra norma é aplicada na produção, que ela regula, dessa outra norma. A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior [...] A aplicação do Direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercivo estatuído por uma norma.

A criação de uma norma inferior através de uma norma superior pode ser determinada em duas direções. A norma superior pode não só fixar o órgão pelo qual e o processo no qual a norma inferior é produzida, mas também determinar o conteúdo desta norma [...] a determinação do órgão é o mínimo

do que tem de ser determinado na relação entre uma norma superior e uma norma inferior [...] Todo ato criador de Direito deve ser um ato aplicador de Direito, quer dizer: deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato, para poder valer como ato da comunidade jurídica.

A determinação da produção de uma norma inferior através de uma norma superior pode ter diferentes graus. Nunca pode, porém, ser tão reduzida que o ato em questão já não possa ser considerado como ato de aplicação do Direito, e nunca pode ir tão longe que o ato já não possa ser havido como ato de produção jurídica.

.....
A questão de saber se um ato tem o caráter de criação jurídica ou de aplicação do Direito está dependente do grau em que a função do órgão que realiza o ato é predeterminada pela ordem jurídica. Há, no entanto, atos que apenas são aplicação do Direito e não criação jurídica: são os já mencionados atos através dos quais os atos de coerção estatuídos pelas normas jurídicas são executados. E há um ato de positiva criação jurídica que não é aplicação de uma norma jurídica positiva: a fixação da primeira Constituição histórica, que se realiza em aplicação da norma fundamental, a qual não é posta mas pressuposta.”¹⁰

Inseridas neste contexto da criação e da aplicação da norma jurídica, Hans Kelsen faz o seguinte relato sobre as funções do Estado:

“Na verdade, uma dicotomia é a base da costumeira tricotomia. A função legislativa opõe-se tanto à função executiva quanto à judiciária, sendo que estas duas últimas estão, obviamente, relacionadas de modo mais íntimo entre si do que com a primeira. A legislação (*legis latio* do Direito romano) é a criação de leis (*leges*). Se falarmos de ‘execução’, devemos perguntar o que é executado. Não há nenhuma outra resposta que não a afirmação de que são executadas as normas gerais, a constituição e as leis criadas pelo poder legislativo. A execução de leis, porém, também é a função do chamado poder judiciário. Esse poder não é distinguível do poder ‘executivo’ pelo fato

10 KELSEN, Hans, *op. cit.*, p. 260-262.

de que apenas os órgãos deste ‘executam’ normas. Neste aspecto, a função de ambos é realmente a mesma. As normas jurídicas gerais são executadas tanto pelo poder executivo quanto pelo judiciário; a diferença é, simplesmente, que, num caso, a execução das normas gerais é confiada aos tribunais, e, no outro, aos chamados órgãos ‘executivos’ ou administrativos. Assim, a tricotomia usual é, no fundo, uma dicotomia, a distinção fundamental entre *legis latio* e *legis executio*. A segunda função, no sentido mais restrito, está subdividida em função jurídica e função executiva.

.....
Assim, as funções do Estado provam ser idênticas às funções essenciais do Direito. É a diferença entre criação e aplicação do Direito que se expressa na distinção entre os três poderes do Estado.

.....
Na medida em que as chamadas funções executiva e judiciária consistem na criação de normas individuais com base em normas gerais e na execução das normas individuais, o poder legislativo, por um lado, e o poder executivo e o judiciário por outro, representam apenas diferentes estágios no processo por meio do qual a ordem jurídica nacional – de acordo com os seus próprios dispositivos – é criada e aplicada. Esse é o processo por meio do qual o Direito, ou o que redonda no mesmo, o Estado, se regenera continuamente.”¹¹

3.3 Tripartição das funções

Historicamente as funções do Estado se dividem em três: legislativa, executiva, ou administrativa, e jurisdicional. Conforme demonstrado antes, a esta tripartição das funções do Estado se contrapõe a teoria dicotômica da qual Hans Kelsen faz uma brilhante abordagem.

Paralelamente a essas duas teorias, poder-se-ia dizer que a função de controle, distinta das outras três, ainda não é muito bem estudada pelos doutrinadores do Estado. Entretanto, na atual conjuntura do processo evolutivo da sociedade e do Estado, esta quarta função é tão vital para a concretização dos fins do Estado como as demais.

11 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 250-252.

Ao longo da história, as funções do Estado deram origem à tripartição do exercício do seu poder soberano, muito embora nenhum dos três poderes exerça com exclusividade a sua função típica. O mesmo se pode dizer quanto a esta quarta função que é também exercida simultaneamente pelos três poderes do Estado. Porém, e especialmente no contexto jurídico da realidade institucional brasileira, não se pode negar que esta função de controle seja a atividade típica do Ministério Público.

Como não se tem aqui o objetivo de tratar desta quarta função ou de se construir uma tese acerca desse *possível quarto poder do Estado*, volta-se à velha tripartição das funções e dos poderes estatais que é, de fato, o que tem prevalecido no estudo político-jurídico do Estado.

José Eduardo Carreira Alvim, fazendo menção a Chiovenda, resume muito bem as três funções e poderes do Estado:

“Assim, ao Poder Legislativo corresponde a função de ditar as normas reguladoras das atividades dos cidadãos e dos órgãos públicos, ou, em outras palavras, a função de criar o direito, de elaborar a norma geral e abstrata, reguladora da vida em sociedade, à qual estão sujeitos todos os que se encontram sob o seu império. As normas gerais e abstratas ditadas pelo Poder Legislativo compõem o ordenamento jurídico do Estado ou o direito objetivo.

Ao Poder Executivo incumbe a função administrativa (ou executiva), provendo as necessidades gerais e realizando o bem comum.

Ao Poder Judiciário cabe a função jurisdicional, no exercício da qual atua a lei (o direito objetivo) na composição dos conflitos de interesses. O Estado-juiz atua o direito objetivo à lide que lhe é apresentada *in concreto* e declara o direito aplicável. À função jurisdicional corresponde ‘atuar as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos’.”¹²

4 JURISDIÇÃO

Antes de se adentrar no conceito de jurisdição, faz-se necessária a distinção da função jurisdicional das demais funções, legislativa e executiva (ou administrativa propriamente dita).

12 ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*, p. 62-63.

4.1 Função legislativa e função jurisdicional

É razoavelmente fácil distinguir-se a função legislativa da função jurisdicional. Enquanto o ato legislativo tem por fim criar abstrata e genericamente o direito positivo, o ato jurisdicional visa aplicar o direito objetivo a uma situação concreta que põe fim a um conflito de interesses:

“A lei, editando regras de conduta gerais e abstratas, busca a tutela dos interesses coletivos; a *sentença*, pela composição de determinada lide mediante a aplicação da lei, realiza uma tutela concreta e individualizada.”¹³

Esta distinção das funções de criação e aplicação do direito já foram abordadas anteriormente, quando da análise da dicotomia das funções do Estado no pensamento kelseniano, sendo, portanto, desnecessárias maiores considerações a respeito.

Cumprido ressaltar que o Poder Judiciário exerce funções legislativas tanto quanto o Poder Legislativo exerce funções jurisdicionais. No primeiro caso, destacam-se o controle direto de constitucionalidade das leis emanadas do parlamento e, tratando-se especificamente do sistema da *common law*, a vinculação jurisprudencial por meio do *precedente*. No que diz respeito ao exercício da função jurisdicional pelo Poder Legislativo, merece importância o julgamento político dos chefes de Estado ou chefes de Governo pelo parlamento, nos casos de crimes de responsabilidade administrativa.

4.2 Função administrativa e função jurisdicional

Se por um lado é fácil perceber a distinção entre as funções legislativa e jurisdicional, o mesmo não ocorre na diferenciação das funções administrativa e jurisdicional.

Conforme já abordado, o fenômeno jurídico se faz pela criação e pela aplicação do direito. Se a função legislativa tem por fim a gênese do direito positivo, a aplicação deste direito é uma função única, que comporta, porém, duas realidades jurídicas distintas.

13 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*, p. 15.

Neste raciocínio, tanto a função administrativa quanto a função jurisdicional se consubstanciam na aplicação do direito. E é exatamente devido à consubstanciação destas duas funções estatais que distingi-las com intuito epistemológico se torna uma tarefa bastante árdua. É o que demonstra Hans Kelsen:

“Uma separação entre o Poder Judiciário e o chamado Poder Executivo também é possível apenas num grau comparativamente limitado. Uma separação estrita dos dois poderes é impossível, já que os dois tipos de atividade habitualmente designados por esses termos não são funções essencialmente distintas. Na verdade, a função judiciária é executiva no mesmo sentido em que a função comumente descrita por esse termo; a função judiciária também consiste na execução de normas gerais. Que tipo particular de execução de normas gerais é chamada ‘judiciária’? A questão só pode ser respondida por meio de uma descrição das atividades típicas dos tribunais civis e criminais.

.....
O processo judiciário geralmente tem a forma de uma controvérsia entre duas partes. Uma parte afirma que a lei foi violada pela outra parte, ou que a outra parte é responsável por uma violação da lei cometida por outro indivíduo, e a outra parte nega que seja esse o caso. A decisão judiciária é a decisão de uma controvérsia. Do ponto de vista da norma geral que tem de ser executada pela função judiciária, o caráter de controvérsia do processo judicial é de importância secundária.”¹⁴

Já Seabra Fagundes distingue bem as duas funções, tomando como base o momento, o modo e a finalidade da jurisdição:

“O procedimento do Estado, por meio da função jurisdicional, muito se assemelha, como elemento de individualização da lei, ao que é praticado por meio da função administrativa. A função jurisdicional, tanto quanto a administrativa, determina ou define situações jurídicas individuais. À primeira vista ela se confundiria com a Administração como função realizadora do

direito, pois que o ato jurisdicional é tipicamente um ato de realização do direito pela individualização da lei. Expressa a vontade do Estado, pelo preceito normativo, todos os atos destinados a fazê-la são, sem dúvida, atos de execução, quer os que aparecem como resultado do exercício da função administrativa, quer os decorrentes da atividade jurisdicional. Mas o momento em que é chamada a intervir a função jurisdicional, o modo e a finalidade, por que interfere no processo realizador do direito, é que lhe dão os caracteres diferentes. O seu exercício só tem lugar quando exista conflito a respeito da aplicação das normas de direito, tem por objetivo específico removê-lo, e alcança sua finalidade pela fixação definitiva da exegese. São, assim, três os seus elementos específicos:

- a) como *momento* do seu exercício – uma situação contenciosa surgida no processo de realização do direito;
- b) como *modo* de alcançar a sua finalidade – a interpretação definitiva do direito controvertido;
- c) como *finalidade* do seu exercício – o trancamento da situação contenciosa, consequência necessária da interpretação fixada.”¹⁵

Athos Gusmão Carneiro faz as seguintes observações sobre a questão:

“Se, em geral, é bastante precisa a distinção entre o ato jurisdicional e o ato legislativo, apresenta-se tarefa complexa a de buscar teoricamente, em linhas nítidas, os elementos que permitam discernir entre o ato jurisdicional e o ato administrativo. Em muitos países, inclusive, a doutrina dominante, negando ao Judiciário a qualificação de ‘Poder’, é no sentido de considerar a jurisdição apenas como modalidade, embora bastante diferenciada, da administração, inexistente, assim, uma distinção essencial entre o ato administrativo e o ato jurisdicional.

No direito brasileiro, o Judiciário é *um dos Poderes da União*, ‘independentes e harmônicos’ entre si (CF, art. 2º).

14 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*, p. 266-267.

15 FAGUNDES, Miguel Seabra, *op. cit.*, p. 10-13.

A distinção não será certamente encontrada pelo *critério subjetivo* ou orgânico (de quem praticou o ato), pois os juízes também praticam atos administrativos, quer sob forma *processual*, no exercício da chamada 'jurisdição voluntária', 'graciosa' ou 'administrativa', quer praticando os atos de autogoverno da magistratura e de administração dos serviços judiciários. A distinção deve, pois, ser buscada na conjugação de diversos critérios de *ordem objetiva*.¹⁶

Esta diferenciação entre as funções jurisdicional e administrativa se faz ainda mais difícil e, ao mesmo tempo, necessária, quando se constata que em muitos ordenamentos jurídicos tanto a Administração Pública quanto o Poder Judiciário exercem simultaneamente a função jurisdicional:

"A dualidade de jurisdição, assentada na separação das autoridades administrativa e judiciária, evoca importante debate, quando se torna necessário definir os instrumentos processuais de defesa dos direitos e os procedimentos eficazes à sua plena efetivação."¹⁷

O fato é que a real distinção entre estas duas importantes funções varia necessariamente segundo o critério adotado pelo doutrinador. Neste sentido, não há, de forma alguma, unidade conceitual satisfatória que possa diferenciar epistemologicamente a função *aplicativa-administrativa* e a função *aplicativa-jurisdicional* do direito. O que ocorre, na realidade, é um desdobramento no exercício desta função de aplicação do direito pelo Estado, que pode ser nitidamente percebida no contexto fático.

Por outro lado, compreender esta bidimensionalidade da função de aplicação do direito é de vital importância, na atual conjuntura histórica das relações entre o Estado e a pessoa humana. Isso porque a jurisdição é uma atividade de substituição do Estado na concretização de um de seus fins – a manutenção da paz social:

16 CARNEIRO, Athos Gusmão, *op. cit.*, p. 18.

17 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*, p. 68.

"Os litígios afetavam e afetam sobremaneira a segurança da ordem jurídica, e, assim, para manter a ordem no meio social, para restaurar a ordem jurídica quando violada, a justiça – arte de dar a cada um o que é seu – passou a ser exercida, administrada pelo Estado.

Foi, pois, pela necessidade de pacificar o grupo e de 'restabelecer em benefício dele, a ordem jurídica, ameaçada ou violada, que o Estado interveio no campo da administração da Justiça."¹⁸

Sob esse mesmo enfoque, as palavras do Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho ao resumir a questão:

"A doutrina é constante em apontar a dificuldade em se precisar o conceito de atividade jurisdicional, distinguindo-a da administrativa. A atividade jurisdicional é dirigida a propor a realização da norma, através de sua aplicação ao caso concreto. Como função imprescindível ao Estado contemporâneo, amplia seus pontos de atuação. No Estado de Direito, nenhuma atividade pode estar isenta do controle, muito menos a estatal. Não é possível aceitar a idéia de que a circunstância de julgar casos controvertidos seja dado suficiente para configurar a atividade jurisdicional. Sabe-se que, em numerosas oportunidades, a administração julga e soluciona controvérsias, por meio de atividade administrativa, que não pode ser qualificada de jurisdicional.

Essa discriminação, no momento em que se examinam as diversas formas de proteção dos direitos humanos, é de grande significado, principalmente tendo em vista os Estados que consagram a jurisdição administrativa e o controle jurisdicional da atividade administrativa."¹⁹

4.3 Função jurisdicional – conceito

O oferecimento da tutela jurisdicional pelo Estado àqueles que a ele recorrem para que seus conflitos sejam resolvidos de forma rápida, de boa qualidade

18 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 1, p. 8.

19 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*, p. 67-68.

técnica, eficaz, sem grandes custos e acessível a todos é, indubitavelmente, um fim primordial a qualificar o Estado Democrático de Direito.

Por esse motivo, um conceito satisfatório do que seja a função jurisdicional, com base em tudo o que foi exposto neste capítulo, se torna demasiadamente difícil, porém necessário para a compreensão desta monografia.

Assim sendo, e ao buscar uma abordagem simplificada do que seria a função jurisdicional, encontraram-se as seguintes palavras do Prof. José de Albuquerque Rocha sobre a problemática de sua definição:

“A jurisdição é justamente a instância que realiza a função de interpretar e aplicar, coativamente, as normas jurídicas de modo terminal, garantindo a certeza e a segurança dos direitos de que carece a sociedade para reproduzir-se na história.

Trata-se, pois, de uma atividade indispensável a todo ordenamento jurídico, que é a de colocar um ponto final no debate sobre o sentido, alcance e validade das normas, por um lado, e sua violação, por outro lado, transformando as proposições normativas abstratas e gerais em disciplina efetiva de fatos concretos e reais.”²⁰

É, portanto, neste seu objetivo de pacificação dos conflitos particulares e coletivos que a função jurisdicional ocupa uma importância ímpar na ampliação do conceito de cidadania. É este o intuito desta monografia, ou seja, demonstrar e valorizar a tutela jurisdicional como forma de concretizar a plenitude da cidadania num Estado Democrático de Direito.

5 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Historicamente, o conceito do Estado Democrático de Direito sofreu um lento processo de evolução. Seu desenvolvimento passou pelas seguintes fases: Estado Absolutista (anterior à Revolução Francesa), Estado de Direito (séculos XVIII e XIX), Estado Social de Direito (após a Primeira Guerra Mundial) e, finalmente, Estado Democrático de Direito (posterior à Segunda Grande Guerra).

²⁰ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*, p. 23.

Durante a Baixa Idade Média, período em que o regime feudal entrou em decadência, os Estados Nacionais começaram a surgir por toda a Europa Ocidental. A característica marcante desse período foi exatamente a concentração de poderes políticos nas mãos dos monarcas, dando origem aos Estados Absolutistas dos séculos XVI, XVII e XVIII.

Em conseqüência da expansão do comércio por meio das *grandes navegações*, a política expansionista do colonialismo europeu, centrada no mercantilismo, fez surgir uma nova classe social que detinha grande poder econômico – a burguesia –, que a partir do século XVIII passou a lutar por poderes políticos e pelo fim da ingerência estatal no controle das atividades econômicas. A luta pelos direitos individuais e pela proteção do indivíduo contra a arbitrariedade do Estado sustentou os ideais políticos que culminaram na Revolução Francesa: *liberdade, igualdade e fraternidade*.

Com o avanço dos ideais revolucionários por toda a Europa Ocidental e colônias das Américas, teve início a era do Estado de Direito, cujos fundamento e limite eram a lei que provinha do parlamento e garantia a liberdade de todos os homens.

Entretanto, e em decorrência da *Revolução Industrial*, percebeu-se que a abstenção do Estado na atividade econômica gerou uma profunda desigualdade social que acabou por sufocar o liberalismo clássico:

“A burguesia, classe dominada a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social.

E tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas no momento em que apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.

.....
A escola do direito natural da burguesia racionaliza o problema delicadíssimo do poder, simplificando a sociedade, como se fora possível ignorar as forças elementares e obscuras que atuam na infra-estrutura do grupalismo humano.

Fez pretensiosamente da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes.

Daí o desespero e a violência das objeções que mais tarde suscitou notadamente no século XIX, quando os seus esquemas de Estado jurídico puro se evidenciaram inócuos, e de logicismo exageradamente abstrato, em face de realidades sociais imprevisíveis e amargas, que rompiam os contornos de seu lineamento tradicional.”²¹

Concluiu-se que para a concretização de uma verdadeira *igualdade*, que não a meramente formal, seria necessária maior interferência do Estado em todo o ciclo econômico, com o objetivo de garantir certos direitos de cunho eminentemente social. Para este fim contribuíram decididamente os ideais socialistas que se efetivaram por meio dos conflitos populares ocorridos a partir de meados do século XIX e das revoluções socialistas do início do século XX.

O socialismo, em suas concepções mais amplas e aliado a uma conjuntura histórica de exaltação dos interesses e valores nacionais, muitas vezes patrocinados por grupos populistas, constituiu o fundamento político-ideológico do Estado Social de Direito, cujas variações históricas foram das mais paradoxais.

Entre as duas guerras mundiais, surgiram tanto os Estados de regimes políticos democráticos quanto os Estados de regimes políticos totalitários, sustentados nestes direitos sociais:

“A concepção do *Estado Social de Direito*, ainda que, como Estado Material de Direito, revele um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Sua ambigüidade, porém, é manifesta. Primeiro, porque a palavra *social* está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, com sua própria visão do *social* e do *Direito*, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30 – bem observa Paulo Bonavides –

21 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, p. 30.

foram Estados sociais, o que evidencia, conclui, ‘que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo’.”²²

Com o fim da Segunda Grande Guerra, o mundo pôde perceber o quanto a arbitrariedade do Estado poderia violentar a dignidade humana. *Liberdade, igualdade e fraternidade* passaram a ser lemas distantes naquele contexto histórico e demasiadamente sofrido pelos mais diversos povos do Planeta.

Verificou-se que a vida humana e a sua inerente dignificação só poderiam ser efetivamente concretizadas numa sociedade que promovesse a participação individual e simultaneamente conjunta de todos os seus integrantes. O Estado deveria, sim, intervir na atividade privada, mas de maneira a garantir melhor e proporcional participação de todos nos custos e nos benefícios sociais. Abster-se completamente ou intervir arbitrariamente na vida civil seria um erro de efeitos desastrosos para a dignidade da pessoa humana.

Constatou-se, assim, que o indivíduo e a sociedade eram faces de uma mesma realidade indissociável. Nesse sentido, jamais se poderia valorizar a individualidade humana em detrimento da coletividade, ou, por outro lado, desprezar o indivíduo em favor dos valores sociais:

“Qual o dado mais imediato que se impõe à nossa consciência? Nosso ser individual, o homem concreto e singular que somos. É o nosso corpo que experimenta o sofrimento, nosso coração é que anseia, nossa vontade é que se realiza ou se frustra; são nossos os sonhos que se estiolam e as esperanças que estimulam; nós é que morremos e encerramos nosso ‘aparecer’ em algo que nos precedeu e nos sucederá, inexoravelmente. Só o homem, como indivíduo, tem destino. E só ele sabe de sua própria morte.

Nada se pode tentar compreender, conseqüentemente, sem se levar em conta o homem que compreende e o homem a que se destina a compreensão. O pensar, em qualquer de suas manifestações, como o conhecer, é algo específico do homem e só explicável a serviço do homem.

Ao lado dessa evidência, entretanto, há uma outra que por igual se impõe – a sociedade. É no espaço social que se realiza a nossa condição humana.

22 SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 105.

Hominizamo-nos socializando-nos. A humanidade específica do homem e sua socialidade estão inextricavelmente entrelaçadas: o *homo sapiens* é, sempre, e na mesma medida, *homo socius*.²³

O nascimento do Estado Democrático de Direito veio garantir a liberdade de todos os homens por meio da construção de uma sociedade menos desigual e mais participativa, cuja manifestação da fraternidade se torna possível pelo respeito à pluralidade dos valores que a constituem.

“A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária [...], em que o poder emana do povo, que deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos; participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de forma de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.”²⁴

6 CIDADANIA, JURISDIÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Nos capítulos anteriores já se abordou, ainda que sucintamente, a questão doutrinária acerca da cidadania, da jurisdição e do Estado Democrático de Direito. A esta altura, busca-se uma inter-relação entre os temas.

23 PASSOS, J. J. Calmon de. *Cidadania tutelada*, p. 125.

24 SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 109.

O conceito clássico de cidadania não corresponde mais à era em que vivemos. O fenômeno da globalização da economia e dos direitos humanos tem feito com que o *status* de cidadão ultrapasse as fronteiras políticas das nações, ampliando os direitos do homem para além daqueles meramente políticos.

Não que os chamados direitos políticos sejam devidamente respeitados em todos os povos ou em todas as situações em que são invocados, ou que os direitos políticos já não sejam mais tão importantes. Não se trata de se focar o tema quanto à relevância ou não do direito de participação do ser humano, individual ou coletivamente, na vida pública das nações.

O fato é que, transcendendo a simples questão da participação política, a condição de se ser hoje um cidadão pleno está intimamente relacionada com a necessidade que o homem tem de fazer valer os seus direitos, quer em face de outro particular, quer em face do próprio Estado.

Já não se pode mais conceber um Estado Democrático de Direito que promova tão-somente a participação política dos seus cidadãos nos assuntos de governo. Embora essa participação seja essencial para a existência do Estado Democrático de Direito, a valorização da dignidade humana passa, necessariamente, por outros direitos de fundamental importância para a sobrevivência individual e social do homem.

Se o Estado apenas concede determinados direitos tidos como fundamentais, mas não torna no mínimo razoável a sua efetivação, de nada valerá a participação meramente formal dos seus nacionais na vida pública. Nesse sentido, e para garantir a concretude desses direitos fundamentais, não do cidadão (em seu sentido clássico), mas da pessoa humana, é que se faz indispensável o acesso a um poder jurisdicional que seja não só autônomo e independente, mas, sobretudo, capaz, digno, respeitado, atualizado, democrático, humano e corajoso para fazer valer suas decisões.

Está, pois, no poder jurisdicional do Estado a certeza de que os direitos elencados nos textos de lei não se tornarão utopia ou simples mito de um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, o Poder Judiciário, no exercício de tão nobre função pública, não pode ser uma instituição corporativista. Não pode ser apático à realidade social que o rodeia e que o sustenta. Não pode se esconder atrás da formalidade ou do tecnicismo exacerbado. O Poder Judiciário tem de ser instituição audaciosa e consciente da amplitude de sua função jurisdicional. Tem de se fazer valer, dando-se o respeito por meio da ética e demonstrando uma capacidade e dinamismo na solução

dos problemas que lhe são postos. Tem de buscar a legitimidade de sua atuação indo ao encontro dos anseios da sociedade para a qual ele existe como um grande servo da democracia e da defesa dos direitos do homem. Tem de ser humilde para reconhecer suas limitações, mas determinado na busca por soluções que sejam ao mesmo tempo legais, legítimas e justas.

Dentro dessa mesma realidade institucional, o Estado-juiz não pode perder de vista a sua condição de homem, no mesmo nível daqueles a quem serve. Não pode, pois, o magistrado se esquecer que ele também está sujeito às contingências humanas como todos os demais, e, inclusive, sujeito à própria lei que aplica. Ele tem uma função social e humana que deve transcender qualquer personalismo. Por isso, o magistrado deve-se constituir num servidor da sociedade da qual recebeu tão nobre missão. É por este motivo que a real dignificação de um juiz não se encontra no exercício de seu poder, na vaidade que possa construir a seu próprio respeito, no grau de intelectualidade ou de uma aparência moral de um deus do Olimpo. A dignidade de um juiz está no seu apreço pela humanidade que o rodeia e da qual faz parte, assumindo o importante papel de defendê-la, ainda que com a própria vida.

Se a justiça ainda é um bem extremamente subjetivo, a vida humana e todos os seus reflexos não o são. Defender a integridade, a individualidade, a identidade e a dignidade do homem não é só ato de simples justiça, mas também um ato de respeito, sabedoria, benevolência e amor à humanidade. Se a justiça, enquanto valor, e em sua acepção máxima, é uma grande utopia, a vida humana e suas contingências são realidades que não podem ser ignoradas.

Na atual conjuntura histórica, já sabemos, o bom funcionamento do Poder Judiciário é questão vital para a efetivação do Estado Democrático de Direito. Repensar o poder jurisdicional do Estado e propor sugestões concretas para o seu melhor desempenho é ampliar o conceito de cidadania.

No caso específico do Brasil, o Poder Judiciário ainda se apresenta muito tímido e pouco retorno oferece à sociedade. O brasileiro deposita pouca confiança nos atos jurisdicionais. A tutela jurisdicional, além de ser demasiadamente morosa, não possui, em muitos casos, uma qualidade técnica satisfatória.

Atualizar e simplificar as normas processuais, aumentar o número de juízes, desembargadores e ministros e promover a especialização dos órgãos jurisdicionais é uma forma de democratizar a justiça. O mundo está mudando de forma acelerada, e a manutenção de castas jurisdicionais obsoletas pela simples vaidade do cargo ou

pela aparente falta de recursos para se equipar o Poder Judiciário é um pecado contra a sociedade que tanto carece de justiça.

A criação de uma Corte Constitucional, cuja competência seja devidamente racionalizada, é matéria que deveria há muito ter sido levada à concretização. Um Supremo Tribunal Federal abarrotado de recursos de pouca expressão ou de matérias já pacificadas pela jurisprudência e pela doutrina em nada colabora com a eficiência do Poder Judiciário. Assim também se pode dizer em relação a inúmeros outros tribunais espalhados pelo País.

O incentivo e a criação de conselhos de arbitragem, a simplificação da execução das decisões e a eliminação de recursos descabidos e meramente procrastinatórios não diminuem de forma alguma a qualidade das decisões ou impedem o acesso à tutela jurisdicional. E é com o intuito de se democratizar o acesso à justiça que se faz extremamente necessária a descentralização do Poder Judiciário, regionalizando-se os tribunais e especializando-se as câmaras julgadoras. Em cidades com grande volume de ações, a descentralização das varas e também as suas especializações devem ser estimuladas.

A ampliação e a valorização da Defensoria Pública e dos profissionais da Polícia Civil e Militar (incluindo-se aqui os delegados) é medida que deve ser estudada com bastante atenção pelo Estado, se é que isso interessa efetivamente àqueles que ocupam cargos públicos. Neste mesmo sentido, a humanização do sistema carcerário e a melhor aplicação das penas alternativas, somada à capacitação profissional e educacional dos presos, além de uma efetiva prestação de assistência social não só aos condenados como também às suas respectivas famílias, são matérias que devem ser discutidas urgentemente pelos nossos representantes políticos.

A criação de contenciosos administrativos especializados e a transferência da chamada "jurisdição voluntária" para determinados órgãos da Administração Pública devem ser tomados em consideração. A garantia de direitos não tem necessariamente que passar pelo Poder Judiciário. Inúmeras são as lides em que a atuação do Poder Judiciário pode ser dispensada. Basta que haja órgãos administrativos competentes e tecnicamente especializados e com pessoal dotado de um mínimo de garantias para se fazer valer um sem-número de direitos em que o recurso ao Poder Judiciário poderia ser perfeitamente uma exceção, sem que se permitisse a lesão ou a ameaça de lesão a tais direitos.

Em certos casos, a criação de câmaras de julgamento, compostas por três juízes togados já na primeira instância de jurisdição e com competências específi-

cas, evitaria certos recursos e tornaria menos morosa a tutela jurisdicional. Aparentemente parece mais custosa esta composição do Poder Judiciário, mas, por outro lado, eliminam-se recursos que pouco oferecem de garantia quanto à qualidade ou *justiça* das decisões, e acabam por trazer um benefício social relevante. O mesmo se pode dizer sobre a ampliação dos Juizados Especiais.

Ainda sob este mesmo enfoque, e no caso específico da Justiça do Trabalho, a manutenção dos juízes classistas é medida de grande custo para o Estado e para o cidadão, e de nenhum benefício jurisdicional que a justifique.

Também sem nenhuma justificativa plausível a participação de advogados e de membros do Ministério Público na composição dos tribunais. Esta situação é meramente corporativista e nada contribui para a melhoria do Poder Judiciário. Tanto o advogado quanto o representante do Ministério Público são indispensáveis no exercício da jurisdição, mas cada qual na sua devida função. Os juízes devem ser todos de carreira e devem ser estimulados a ascender na hierarquia administrativa por meio de uma reciclagem constante dos seus conhecimentos, pela qualidade técnica de suas decisões e pela ética profissional.

A informatização do Poder Judiciário e a reciclagem de seus profissionais (não só dos juízes) são medidas que promovem a racionalização e a humanização do trabalho. É mais do que necessário e urgente que se invista na *justiça*. O Poder Público tem consciência disso, faltando-lhe tão-somente interesse político.

A promoção de um melhor relacionamento entre aqueles profissionais que atuam no âmbito do Poder Judiciário (juízes, serventuários, promotores e procuradores, defensores públicos e advogados) deve ser analisada com bastante interesse pelos seus respectivos órgãos de representação.

A responsabilização dos órgãos jurisdicionais e a existência de corregedorias não corporativistas, bem como de conselhos internos de inspeção e fiscalização da atividade funcional de juízes e tribunais, são de fundamental importância para a melhoria da prestação jurisdicional.

A avaliação ética e profissional periódica dos juízes e membros dos tribunais pela comunidade também é salutar num Estado Democrático de Direito. Participar de todas as esferas do poder, não só naqueles cujos integrantes sejam passíveis de eleição, é, acima de tudo, um direito e um dever que decorrem da ampliação do conceito de cidadania.

A modificação dos currículos escolares das Faculdades de Direito no sentido de se discutir sobre a formação acadêmica de seus estudantes é um passo que deve

ser dado pelo Poder Público. Deve-se criar no estudante de Direito um espírito político, social, de liderança, liberdade de atuação e, sobretudo, de humanidade e solidariedade para que ele seja um bom profissional e exerça seu ofício público com maior segurança, independência e coragem.

Finalmente, discutir a sociedade, a política, o Estado e os problemas brasileiros são prioridades que o Poder Público deve assumir logo nas escolas primárias, secundárias e superiores. A ampliação da cidadania decorre fundamentalmente do direito básico e inalienável a uma educação dignificante da qual o Estado não pode se eximir, sob pena de não se tornar um Estado Democrático de Direito.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo que culminou na elaboração desta monografia se deve ao empenho do Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, que, em suas aulas na disciplina de Direito Político, deu ênfase ao conceito e à ampliação da *cidadania*.

A escolha do tema reflete o que foi debatido em sala de aula, e a elaboração da presente monografia teve como fundamento um mínimo de vivência profissional e cívica.

Como se sabe, a realidade da *justiça* brasileira é bastante caótica. Nunca se recorreu tanto ao Poder Judiciário na busca de soluções de conflitos, e nunca o Poder Judiciário deixou tanto a desejar no cumprimento desta sua tão honrosa função jurisdicional. Este fato se dá numa época em que o País está tentando, arduamente, encontrar seu caminho de desenvolvimento econômico e social.

Por outro lado, não se pode culpar apenas o Poder Judiciário pelo estado deplorável em que se encontra a nossa justiça, situação que é decorrente de todo um conjunto de circunstâncias históricas, fáticas, legais, políticas e econômicas em que vive a sociedade e o Estado brasileiros.

Os demais Poderes da República são tão responsáveis quanto o Poder Judiciário por este contexto aflitivo de nossas instâncias jurisdicionais. O Poder Legislativo é extremamente irresponsável e omisso em suas funções, sem falar na falta de ética e de civismo de muitos de nossos representantes no Parlamento. No mesmo sentido se pode dizer sobre o Poder Executivo, no qual ainda impera um certo resquício de arbitrariedade, irresponsabilidade e má condução dos assuntos públicos na tomada de decisões e na prática de certos atos.

Se a realidade jurisdicional no Estado brasileiro é desesperadora, e isto sem dizer de outras tantas realidades nacionais (saúde, educação, urbanização, agricultura, moradia, transporte público, etc.), a solicitação da intervenção do Poder Judiciário na solução de conflitos de interesses particulares e coletivos de pequena e grande monta está cada vez maior. E é normal e saudável que assim o seja. Tal fato demonstra, apesar de tudo, o crescimento da conscientização de direitos e deveres; e ter consciência é um passo fundamental para o exercício pleno da cidadania.

É de vital importância para a efetivação e a manutenção de um Estado Democrático de Direito e para a própria estabilidade política e institucional do País que os seus cidadãos tenham concretizados e protegidos seus direitos fundamentais elencados no texto constitucional. E é por este motivo que a função jurisdicional é por demais relevante para ser tão negligenciada pelo Poder Público. É óbvio que há todo um interesse mesquinho ou um descaso historicamente proposital por parte de alguns segmentos da sociedade para que se mantenha a justiça brasileira sobrecarregada e inoperante. Os juízes, como instrumentos vivos da jurisdição, incomodam os interesses contrários à vontade do povo brasileiro. Entretanto, jamais teremos uma sociedade menos desigual social, política e economicamente, se o Poder Judiciário se mantiver tímido em suas decisões e ineficiente em sua estrutura institucional.

Pelo bem da nossa própria democracia já está na hora de se questionar todo o aparato do Poder Judiciário, na tentativa de encontrar saídas concretas para modernizá-lo e adaptá-lo às novas contingências da sociedade.

Não é mais possível quando as fronteiras das nações se abrem para a formação de ordens jurídicas supranacionais, na busca pela proteção de determinados bens que são de interesse global, que o Poder Judiciário brasileiro ainda esteja na contramão da história.

Muito precisa ser feito para se promover a dignidade da pessoa humana aqui, neste país. Se os nossos homens públicos se mantêm inertes culposa ou dolosamente, eles não merecem da sociedade brasileira nenhum apreço e respeito. O Estado brasileiro tem que garantir a seus cidadãos um mínimo de certeza quanto à efetivação de seus direitos. Repensar a nossa justiça na atual conjuntura do desenvolvimento social da humanidade é um sinal de amadurecimento político e de valorização do indivíduo, enquanto pessoa e enquanto partícipe de uma sociedade consciente e transformadora das contingências históricas.

8 FONTES BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de teoria geral do processo*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1 e 2.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 5. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- ENCICLOPÉDIA Verbo da Sociedade e do Estado; antropologia, direito, economia, ciência política. Sociedade Científica da Universidade Católica Portuguesa (R. M. Moura Ramos). São Paulo: Verbo, 1983, v. 1.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.), DINAMARCO, Cândido Rangel, WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed., Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992. (Tradução de: *General theory of law and state*).
- _____. *Teoria pura do direito*. 4. ed., trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995. (Tradução de: *Reine Rechtslehre*).
- PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania tutelada. *Revista de Processo*, v. 18, n. 72, p. 124-143, out./dez. 1993.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos sociais na Constituição e outros Estudos*. São Paulo: LTr, 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

O DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA NA DOCTRINA SOCIAL DA IGREJA*

Paulo Umberto Stumpf*

Sumário

1. Introdução. 2. O desenvolvimento da concepção de propriedade privada. 2.1. O ensino social da Igreja no Pré-Concílio Vaticano II. 2.2. Os impasses da concepção de propriedade privada da Doutrina Social da Igreja do Pré-Concílio Vaticano II. 3. A novidade da concepção de propriedade privada no período do concílio Vaticano II. 3.1. A finalidade cristã dos bens. 3.2. A relação capital e trabalho humano. 3.3. A propriedade privada a serviço do trabalho. 4. Questões conexas à nova concepção de propriedade privada. 4.1. Os limites do Estado e as políticas capitalistas e socialistas. 4.2. Perspectivas práticas. 4.3 A opção pelos excluídos. 5. Conclusão. 6. Fontes bibliográficas.

-
- * Siglas das Encíclicas Papais citadas no texto:
RN – *Rerum Novarum* (1891) – Papa Leão XIII
QA – *Quadragesimo Anno* (1931) – Papa Pio XI
MM – *Mater et Magistra* (1961) – Papa João XXIII
PP – *Populorum Progressio* (1967) – Papa Paulo VI
LE – *Laborem Exercens* (1981) – Papa João Paulo II
SRS – *Sollicitudo Rei Socialis* (1989) – Papa João Paulo II
CA – *Centesimus Annus* (1991) – Papa João Paulo II
- ** Advogado, Licenciado em Filosofia, Mestrando em Direito da UFMG.